PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

Santiago, doce de agosto de dos mil veintidós.

Se complementa acta de audiencia de fecha 27 de julio de 2022, incorporándose con esta fecha el texto íntegro de la sentencia dictada.

RIT O-6034-2021

RUC 21- 4-0363380-9

m.e.a.p.

TRANSCRIPCIÓN SENTENCIA

Santiago, a veintisiete de julio del año dos mil veintidós.

VISTOS, OÍDOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que comparece don **ANDERSON BENITO ALVA CASTRO**, cédula de identidad N° 25.824.485-0, con domicilio para estos efectos en Dr. Ostornol N° 151, comuna de Recoleta, interponiendo demanda de despido indirecto, cobro de prestaciones y nulidad del despido, en contra de la empresa **EL DESEO SPA**, RUT N° 76.040.959-6, representada legalmente por don Elvis Benavides Norambuena, cédula de identidad N° 12.707.629-4, ambos con domicilio en Avenida del Valle N° 928, oficina 501, comuna de Huechuraba.

Señala que ingresó a prestar servicios para la demandada con fecha 01 de agosto de 2016, como cocinero, poniendo término a su relación laboral el 29 de octubre de 2021, por despido indirecto, por la causal del artículo 160 N°7 del Código del Trabajo que se basa en no pago de cotizaciones de seguridad social por los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016, no otorgar feriado por los últimos tres años y no otorgar el trabajo convenido, en el sentido de que se le obligaba a realizar funciones que no son propias de su cargo. Solicita en

este sentido y en base a una última remuneración mensual de $1.008.782, sea condenada la demandada al pago de sustitutiva de aviso previo, años de servicio, recargo legal, feriado legal y proporcional, cotizaciones adeudadas, remuneraciones y demás prestaciones que se dan entre la fecha del despido y su convalidación.

SEGUNDO: Que la demandada contesta la demanda, solicitando el rechazo de la misma en base a las siguientes consideraciones. Señala que es efectiva la existencia de la relación laboral, el cargo del demandante, controvierte la remuneración, que efectivamente el demandante con fecha 29 de octubre de 2021 había puesto término a su relación laboral por despido indirecto, señalando que los hechos no son efectivos, que solo las cotizaciones de seguridad social se encuentran pagadas aquellas, que respecto de no otorgar feriado no es cierto que el demandante haya pedido feriado en algún momento y este se le haya negado, siempre que pidió feriado se le otorgó, el último periodo entre diciembre de 2018 a enero de 2021.

Y, en cuanto a no otorgar el trabajo convenido, se señala que las funciones que se le asignan al demandante están de acuerdo a la descripción de su cargo y que en ningún caso se le asignaron funciones fuera de aquello. De esta manera, señala que no existe incumplimiento grave de obligaciones y que, además, no resulta aplicable la norma de nulidad del despido en la especie.

TERCERO: Que en audiencia preparatoria de fecha 10 de enero de 2022, se realizó el correspondiente llamado a conciliación, el cual no se produce, fijándose hechos pacíficos y controvertidos, conforme a lo que consta en el registro correspondiente.

CUARTO: Que en la presente audiencia de juicio se incorporaron los siguientes medios de prueba por la parte demandante.

Documental:

Todos los documentos ofrecidos en la audiencia preparatoria.

Por su parte, fueron incorporados los siguientes medios de prueba por la parte demandada.

Documental:

Todos los documentos ofrecidos en la audiencia preparatoria.

Testimonial:

Declararon como testigos de la parte demandada las siguientes personas luego de haber sido legalmente juramentadas.

1. Juan Eduardo Ponce Retamales.
2. Humberto Alejandro Roca Rossel.

QUINTO: Que en cuanto a las cuestiones que están siendo sometidas a la decisión del tribunal, no habiendo mayor controversia respecto de la existencia de la relación laboral, fecha de inicio, fecha de término, la forma de término por despido indirecto, y no habiendo tampoco mayor controversia respecto de los hechos que fundan el despido en cuanto a los hechos que son invocados por el trabajador al momento de su despido indirecto, corresponde analizar la efectividad de los mismos y si ellos constituyen la causal de término.

Sobre esto le parece al tribunal que dos de los hechos o no se han probado correctamente o no constituyen causal de término de la relación laboral. En primer

lugar, respecto del feriado, tiene razón la parte demandada en el sentido de que la parte demandante no ha probado siquiera que haya pedido feriado después del último que le fue otorgado, consta en el documento de la parte demandada que el trabajador hizo uso de feriado entre diciembre de 2018 y enero de 2019 que fueron 32 días de feriado, que de hecho es más de un periodo legal completo, por lo tanto, es un documento que da cuenta de que en general la empresa no tenía mayor problema en otorgar los feriados de la manera en que le estaban siendo pedidos, como señalábamos, de hecho, otorga feriado por más de un periodo legal completo en cuanto a días corridos, otorga 32.

No parece en ese sentido que la empresa ponga objeciones al feriado, después de ello, no hay prueba de que el demandante haya requerido feriado y este le haya sido negado de alguna manera, no hay más otorgamiento de feriado, pero efectivamente hay que considerar que el último periodo tomado es del año 2019, en el año 2020 hubo suspensión del contrato de trabajo, como lo señaló el testigo Roca, por la situación de la pandemia del virus COVID-19, la suspensión del contrato de trabajo se extendió por aproximadamente 6 meses, lo cual es relevante no a efectos de lo difícil que era cumplir obligaciones laborales en ese contexto, sino en cuanto a la lógica del feriado en el sentido de cuál sería la razón de un trabajador que tiene suspendido su contrato de trabajo de pedir feriado durante el periodo de suspensión de contrato de trabajo, no gana nada pidiendo feriado si de cualquier manera no está obligado a trabajar, y el hecho del feriado tampoco va a aumentar la cantidad de prestaciones o remuneraciones que se le están otorgando a un trabajador con contrato laboral suspendido, por lo tanto, en buena medida el contexto que se da el año 2020 explica la ausencia de feriado después del año 2019, de nuevo, sin prueba de que el trabajador lo haya requerido.

En cuanto a esta asignación de labores por sobre las que le correspondería, los documentos que acompañó la parte demandante que son su prueba, no dan cuenta de esta situación en general, lo que se acompaña fue la carta de autodespido, la entrega de la carta de autodespido a la Dirección del Trabajo, el contrato, un pacto de horas extras, un pantallazo respecto de vacaciones, el certificado de cotizaciones y liquidaciones de remuneraciones, nada de eso prueba que al demandante se le hayan asignado labores más allá de lo que le correspondía en su función de cocinero, por lo demás, explicaron ambos testigos de la parte demandada, que las labores de limpieza se circunscriben a la limpieza del módulo que le fue asignado a la persona y que son labores que cumplen todos los trabajadores de la empresa, conforme además a la descripción de cargo del reglamento. El caso es que al demandante no se le estaban asignando labores fuera de su cargo, porque en la empresa el cargo incorpora limpiar el módulo que le fue asignado, como lo señalan los testigos, eso lo hacen todos los trabajadores, por lo tanto, no hay nada extraño. En ese sentido, todos estos hechos le parecen al tribunal que no configuran causal.

SEXTO: Que en cuanto al no pago de cotizaciones de seguridad social por los periodos del año 2016, es efectivo el hecho, no están pagadas las cotizaciones de seguridad social o no estaban pagadas las cotizaciones de seguridad social más bien al momento del término de la relación laboral, conforme a la documental que acompañó la parte demandada las cotizaciones de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016 fueron pagadas el 30 de diciembre de 2021, el término de la relación laboral se dio el 29 de octubre de 2021, la demanda de autos se interpuso el mismo día 29 y fue notificada el día 09 de noviembre de 2021, por lo tanto, es bastante claro que el pago de las cotizaciones se da después de no solo el despido indirecto, sino que además de la interposición de la demanda y la notificación de la demanda, por lo tanto, la situación de

incumplimiento existe, el incumplimiento se dio por varios meses, durante toda la primera parte de la relación laboral, desde agosto de 2016 hasta diciembre de 2016.

De hecho, está fuera de la carta de despido, pero la cotización de enero de 2016 también fue pagada el 30 de diciembre de 2021, solo se empieza a pagar dentro de los plazos legales a partir de febrero de la cotización correspondiente a febrero de 2017, que ahí recién se empieza a pagar en marzo de 2017, por lo tanto, el incumplimiento existió, es bastante extenso en cuanto a meses y es un incumplimiento que en principio es grave en el sentido de que las cotizaciones de seguridad social son de cargo del trabajador, lo cual significa que el dinero que se usa para pagarlas es del trabajador, es parte de su remuneración, no es un dinero que aporte el empleador, salvo en pequeña parte para cotizaciones específicas, pero para estos efectos son irrelevantes porque no se pagó ninguna.

En ese sentido, cuando se hace cálculo de remuneraciones, la anotación que hay en la sección de descuentos de cotizaciones de seguridad social, no es una cuestión meramente contable, eso significa que al demandante se le pagó y se le retuvo parte de su remuneración y no se destinó a los fines que estaban establecidos en la norma. Ahora bien, la explicación respecto de falta de gravedad del incumplimiento porque el demandante no hubiera reclamado ante la empresa o que la empresa hubiese pagado después del término de la relación laboral, le parece al tribunal que no son procedentes en el sentido de que lo que se limitó a hacer la demandada en diciembre de 2021 fue cumplir con el mínimo de sus obligaciones legales, que es básicamente consignar plata que no le pertenecía ante la institución que la ley establece que tiene que recibir los dineros.

No le parece a este juez por lo menos que sea nada digno de destacar el hecho de que una persona devuelva dinero que no le pertenece, le parece al

tribunal además que en una situación de esta naturaleza que se ha naturalizado por lo habitual que es, pero que dicha habitualidad y naturalización no puede hacer olvidar que es una situación grave, que es básicamente que el empleador se apropia de parte de dinero del trabajador, no le resulta exigible a la parte trabajadora mantener la vigencia del vínculo, tal como al empleador no le resulta exigible buscar alternativas para mantener la vigencia del vínculo si es que uno de sus trabajadores se apropia de parte de los dineros recaudados durante el día en la caja, porque a los trabajadores también se les encomiendan bienes de la empresa y tienen la obligación de cuidar esos bienes, y de no destinarlos a fines que no estén autorizados.

Por lo tanto, de la misma manera que le parece al tribunal que un trabajador no otorgue explicación suficiente por haberse llevado dinero de la empresa a su casa por el hecho de haberlo devuelto después y, además, por el hecho de haberlo devuelto después de haber sido despedido, le parece al tribunal que tampoco es explicación suficiente o tampoco es una afirmación correcta señalar que el trabajador tenía la obligación de buscar otras alternativas cuando ha constatado que parte de su remuneración no estuvo destinada a los fines legales, lo que podría poner en entredicho la gravedad del incumplimiento es, por un lado, que se tratase de un hecho aislado, que no es el caso, como señalábamos, hablábamos de todo el periodo que va entre agosto y diciembre de 2016, de lo incluido en la demanda y además del mes de enero de 2017, que no está incluido en la demanda, o bien alguna explicación que dé cuenta de la razón por la cual no se pagaron las cotizaciones de seguridad social en su momento que fuese razonable.

Pero el tribunal no sabe y desconoce por qué no se pagaron las cotizaciones del año 2016, quizás es posible que haya una explicación razonable y

que el error esté justificado o que el error sea excusable por algún motivo, pero no se ha otorgado ningún elemento de prueba respecto de eso como para decir que el error que se cometió o la falta de pago que se cometió en su momento corresponde a un error excusable de parte del empleador por alguna circunstancia que dé cuenta de que efectivamente no estuvo en su interés incumplir la norma, pero no es suficiente prueba a juicio de este juez por lo menos. Respecto del interés de la empresa en cumplir la norma, el hecho de que se haya cumplido después de notificada la demanda, en ese sentido, le parece al tribunal que este hecho si configura una causal de término de la relación laboral de aquella establecida en el artículo 160 N°7 del Código del Trabajo, en razón de lo cual se hará lugar a la demanda de despido indirecto.

SÉPTIMO: Que en cuanto a la remuneración del trabajador para efectos de cálculo de indemnizaciones por término de la relación laboral, analizadas las liquidaciones de remuneraciones que se incorporaron, al tribunal le parece que esta asciende a $773.396, que es lo que afirma la contestación de la demanda, ello por cuanto en la demanda se incluye dentro de la base de remuneración las horas extraordinarias, estando expresamente excluidos por el artículo 172 del Código del Trabajo en los sobresueldos como parte de la última remuneración mensual, que de hecho da cuenta de que última remuneración mensual y remuneración no son conceptos equivalentes. Lo que se ha resuelto jurisprudencialmente para incluir las horas extraordinarias dentro de la última remuneración mensual, es que cuando estas se ocupan de manera permanente y estable para encubrir un sueldo fijo, deben entenderse incluidas dentro de la última remuneración mensual, porque en el fondo lo que se está haciendo es develar un fraude, horas extraordinarias que no son tales.

No parece que sea el caso más allá de que efectivamente en las distintas liquidaciones hay horas domingo trabajadas, siempre en la misma cantidad, no le parece al tribunal que sea una cuestión que dé cuenta de encubrimiento de sueldo fijo, considerando el tipo de trabajo que hacía el demandante que era cocinero en un restaurant, por lo tanto, no tiene mayor extrañeza el hecho de que trabajen días domingos, habitualmente a lo menos una vez en el mes o un par de veces en el mes, es algo que en el rubro es habitual, y respecto de las horas extraordinarias que son significativas, no parece que ellas se repitan de manera permanente como para encubrir una situación estable y descartar que sean efectivamente horas extraordinarias, así por ejemplo, en octubre de 2021 se hicieron 48 horas extraordinarias, en el mes anterior de septiembre son 55 y en el mes anterior de agosto son 60, y en julio no hay horas extraordinarias, por lo tanto, siempre son distinta cantidad de horas y distinta cantidad de remuneración pagada en base a esas horas, por lo tanto, el tribunal se atenderá a los conceptos que están acorde al artículo 172, que son sueldo base, gratificación, colación y movilización, y todos los conceptos que se paguen de manera permanente y reiteradamente.

Lo anterior, implica que los años de servicio ascienden a la suma de $3.866.980, dada las fechas no controvertidas de inicio de 01 de agosto de 2016 y de término 29 de octubre de 2021, el recargo legal conforme al parámetro del artículo 171 del Código del Trabajo, dada la causal que se ha invocado asciende a un 50% por la suma de $1.933.490.-

En cuanto a las prestaciones, se reclaman en los últimos dos periodos de feriado legal, los últimos dos periodos de feriado legal son los que se devengaron en agosto de 2020, agosto de 2021 y además el feriado proporcional entre agosto de 2021 y octubre de 2021, de estos periodos no hay prueba que se haya otorgado ninguno, el último feriado otorgado efectivamente fue en enero del año

2019, por lo tanto, razonablemente debiese corresponder al periodo que se devengó en agosto de 2018. Por lo tanto, efectivamente se adeudarían días corridos por 42 días de feriado legal y 3,7 de feriado proporcional, lo que hace un total de 45,7 días y conforme a lo dispuesto en los incisos primero y final del artículo 71 del Código del Trabajo, el monto en base a la remuneración mensual fijada ascendería por feriado a $1.178.139.-

OCTAVO: Que respecto de la nulidad del despido, es un hecho probado por la misma documental de la demandada, que al término de la relación laboral no estaban pagadas las cotizaciones de seguridad social de manera íntegra, faltaban las de todo el 2016 laborado y enero de 2017, las que fueron pagadas solo el 30 de diciembre de 2021, por lo tanto, efectivamente se verifica el supuesto del artículo 162 del Código del Trabajo, sin perjuicio de que antes de la fecha de la audiencia de juicio se ha convalidado el despido por el pago de las cotizaciones, por lo tanto, lo que corresponde es ordenar el pago entre el término de la relación laboral, 29 de octubre de 2021, y la convalidación que se da por el pago de las cotizaciones el 30 de diciembre de 2021, lo cual asciende efectivamente a dos remuneraciones, esto es una cifra total de $1.546.792, que corresponden a remuneraciones por nulidad del despido que ya se encuentra convalidado.

NOVENO: Que habiendo sido valorada la prueba conforme a las normas de la sana crítica, estima el tribunal que no hay otros antecedentes que permitan hacer variar las conclusiones a las que se ha arribado precedentemente, estimando que los restantes medios de prueba concurran de manera general a las conclusiones ya señaladas, sin que haya alguna alteración sustancial, considerando que lo que ha determinado acoger la demanda es básicamente un razonamiento jurídico respecto de un hecho que se prueba por documental, base que no está en mayor discusión.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 160, 162, 163, 168, 172, 452, 453, 454, 456, 457, 458 y 459 del Código del Trabajo; **se resuelve:**

I. Que se **acoge** la demanda interpuesta por don **ANDERSON BENITO ALVA CASTRO**, en contra de la empresa **EL DESEO SPA**, ambos individualizados precedentemente, declarándose que el despido indirecto ejecutado por el demandante con fecha 29 de octubre de 2021 resulta ajustado a derecho, habiéndose incurrido por la demandada en la causal de término de la relación laboral establecida en el artículo 160 número 7° del Código del Trabajo, en razón de lo cual se condena a la demandada al pago de las siguientes indemnizaciones y prestaciones:

1. La suma de $773.396, por concepto de indemnización sustitutiva del aviso previo;

2. La suma de $3.866.980, por concepto de indemnización por años de servicio;

3. La suma de $1.933.490, por concepto de recargo legal de la indemnización por años de servicio;

4. La suma de $1.178.139, por concepto de feriado adeudado al demandante;

5. La suma de $1.546.792, por concepto de remuneraciones de los meses correspondientes a noviembre y diciembre del año 2021, en base a lo dispuesto en el artículo 162 incisos 5 y 6 del Código del Trabajo, atendida la fecha de convalidación del despido de fecha 30 de diciembre de 2021;

6. Las sumas cuyo pago se ordena deberán pagarse con reajustes e intereses conforme lo disponen los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

II. Que no habiendo sido totalmente vencida y teniendo motivo plausible para litigar, no se condena en costas a la demandada.

Regístrese y archívense los antecedentes en su oportunidad.

Sentencia dictada por don FRANCISCO VEAS VERA, Juez Suplente del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

KXXZXXLMBXV

A contar del 03 de abril de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl

Francisco Alejandro Veas Vera
Juez
2 Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago
Doce de agosto de dos mil veintidós
13:13 UTC-4