



DIRECCION Y REPRESENTACION LEGAL

PATRICIA ROWE HOENEISEN
Gerente General y Representante Legal desde Noviembre de 1991 de Centro de Extensión Jurídica Ltda., Empresa editora de Revista Laboral Chilena.

COMITE EDITORIAL

WILLIAM THAYER ARTEAGA
Asesor Jurídico Laboral Abogado y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Católica de Chile y Universidad de Chile.

JORGE BEYÁ BRAVO
Asesor Económico Laboral. Ingeniero Comercial. Universidad de Chile. Gerente General de Revista Jurídica del Trabajo 1976-1981. Asesor formación y desarrollo de Centro de Extensión Jurídica Ltda.

PATRICIA ROWE HOENEISEN
Directora General

EDITORIA

YULY LUCIO AHUAD
Abogada. Universidad de Chile. Magister (C) en Derecho Económico. Universidad de Chile. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

COLABORADORES

MARIA ESTER FERES NAZARALA
Abogada. Ex - Directora del Trabajo. Profesora de Derecho Laboral y Directora del Centro de Relaciones Laborales. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Universidad Central.

GABRIELA LANATA FUENZALIDA
Abogada. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Concepción.

SERGIO GAMONAL CONTRERAS
Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Adolfo Ibáñez.

EDUARDO CAAMAÑO ROJO
Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho del Trabajo Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

URBANO MARIN VALLEJO
Ex - Presidente de la Excm. Corte Suprema.

HECTOR HUMERES NOGUER
Abogado. Universidad de Chile Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile y Universidad del Desarrollo. Magister en Derecho del Trabajo.

JOSE LUIS UGARTE CATALDO
Abogado. Profesor Universidad Alberto Hurtado. Director Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELA DIAZ MENDEZ
Abogada. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Tarapacá. Magister en Ciencias Sociales Doctoranda en Educación.

KARLA VARAS
Abogada Universidad de Chile. Magister en Derecho del Trabajo.

CONSTANZA CONTRERAS
Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de los Andes. Magister en Derecho Laboral, Universidad Adolfo Ibáñez.

MACARENA UNDURRAGA JARA
Abogada Universidad de Chile. Magister en Derecho Económico Universidad de Chile. Especialista en Derecho del Trabajo.

CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES
Abogado. Universidad de Chile. Profesor del Departamento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

FRANÇOIS TAQUET
Profesor de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Abogado, especialista en derecho laboral y protección social, matriculado en el colegio de Cambrai (Francia), Director científico de la red internacional de abogados GESICA

Publicación del Centro de Extensión Jurídica Ltda.
Agustinas 1442 Of. 608-B Fax 6724795
Tel: 226953615-226873369 Santiago.
Correo Electrónico: info@revistalaboral.cl
www.revistalaboral.cl ISSN 0717-4381
Impresión: Trama Impresores S.A.
Avda. Colón 7845. Hualpén, Concepción.
Suscripción Anual \$ \$ 233.445 + IVA.

SUMARIO

LEGISLACION

Ley N° 20.911. Crea el Plan de Formación Ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

De la Superintendencia de Seguridad Social

Oficio N° 4.599. Afiliación Caja de Compensación de Asignación Familiar (CCAF) respecto de funcionarios del sector público. Se consulta si dicha afiliación implica pérdidas de beneficios de bienestar y costo por trabajador.

Oficio N° 5.651. Reclamo a CCAF. Pago de Subsidios por Incapacidad Laboral a herederos de trabajador fallecido. Plazo de prescripción del Derecho de Cobro (DFL N°1 artículo 155 inciso 2°).

Oficio N° 9.862. Incumplimiento de Reposo. Rechazo de Licencia Médica por COMPIN. Trabajador fuera de Chile. D.S. N°3 artículo 55 letra a) de 1984, del Ministerio de Salud.

Oficio N° 10.109. Reclamo Plena Cobertura Accidente del Trabajo por trabajador a Mutualidad.

Oficio N° 11.234. Error empleador de informar elección de Postnatal Parental. Rectificación de Subsidio Parental.

Oficio N° 15.996. Reclamo contra Mutualidad. Reposición de anteojos dañados durante traslado a terapia por enfermedad profesional. Investigación que debe realizar dicha institución para dar respuesta al trabajador en cuestión.

De la Superintendencia de Pensiones

Oficio Ordinario N° 1.898. Aplicación de rebaja por Trabajo Pesado en trámites de pensión. Informa al tenor de lo expuesto.

Oficio Ord. N° 1.939. Se pronuncia sobre sentido y alcance del inciso final del artículo 58 del D.L. N° 3.500, de 1980. Derecho de acrecer del hijo no puede afectarse por la vía de la interpretación jurídica.

5 De la Contraloría General de la República

Dictamen N° 14.670. Reclamo contra desvinculación en el Hospital Militar de Santiago, es extemporáneo. No procede aplicar ley N° 18.834 en investigación destinada a acreditar alguna causal de término del artículo 160 del Código del Trabajo. Compensación de feriado proporcional sólo comprende días hábiles.

7 Dictamen N° 17.399. Desestima el reclamo de ex funcionaria sujeta al Código del Trabajo, por cuanto no se advierte que la forma de pago de las comisiones que fue acordada en su contrato, hubiese vulnerado lo establecido en la normativa aplicable.

8 Dictamen N° 17.814. Se ajustó a derecho término de la relación laboral, por la causal de salud incompatible con el desempeño del cargo, y ordena lo que indica.

8 Dictamen N° 18.933. No procede incluir las horas extraordinarias en el cálculo del feriado proporcional de los ex funcionarios afectos al Código del Trabajo.

9 Dictamen N° 20.170. Funcionaria que indica tiene derecho al descanso previsto en el inciso cuarto del artículo 196 del Código del Trabajo.

10 Dictamen N° 22.435. Recurrente debe reintegrar las remuneraciones en exceso que percibió durante el tiempo en que hizo uso del permiso postnatal parental en modalidad de media jornada.

De la Dirección del Trabajo

10 Dictamen Ord. N° 1.054/22. Negociación Colectiva; Efectos de la interposición de la acción que persigue la declaración de un solo empleador; Suspensión de la negociación y del fuero; Deniega reconsideración del dictamen N° 6776/89, de 28.12.2015.

12

13

15

16

17

18

20

20

22

Dictamen Ord. N°1.139/26. Trabajadores del comercio; Reponedores de supermercados; Atención directa al público; Calificación; Reconsidera doctrina.

Dictamen Ord. N°1.140/27. Sistema computacional de control de asistencia y determinación de las horas de trabajo; Dispositivos móviles; Actualiza doctrina contenida en dictamen N°696/27, de 24.01.1996.

Dictamen Ord. N°1.265. Modelo de prevención del delito; Incumplimiento; Causal de término de contrato; Competencia Tribunales de Justicia; Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad; Legalidad.

Dictamen Ord. N°1519/30. Trabajadora de casa particular; Descanso en días festivos; Remuneración de días festivos.

Dictamen Ord. N° 1646/31. Protección a la maternidad; Cuidado personal como medida de protección; Acceso a los beneficios de la maternidad.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Suprema, 5344-2015. Derecho a semana corrida de trabajadores que perciben sueldo y remuneraciones variables no está condicionado a que éstas últimas deban devengar.

Se rechaza Recurso de Unificación de Jurisprudencia, confirmando condena por maltrato laboral en CDE. Artículos 1, 477, 485 del Código del Trabajo en relación con los Artículos N°s 3, 10, 146 letra f) y 153 del Estatuto Administrativo.

Acoge demanda por despido injustificado de empaquetadores. Subordinación y dependencia. Artículos N° 3, 7, 10, 41, 44, 53, 63, 159, 162, 168, 172, 425 y siguientes del Código del Trabajo, Principios del Derecho del Trabajo.

24

28

32

35

36

NOVEDADES EN LA LITERATURA JURÍDICA CHILENA

Crisis Institucional del Agua.
“Descripción del Modelo Jurídico, Crítica a la Burocracia y Necesidad de Tribunales Especiales”.
Autor: Alejandro Vergara Blanco.
Comentado por Yuly Lucio Ahuad.

65

ESTUDIOS

Análisis de Sentencia: ¿cuándo la conducta inmoral de un trabajador pasa a afectar la empresa en la que se desempeña?
Rodrigo Sanhueza Torres.

67

ANALISIS

Reforma Laboral.
William Thayer Arteaga.

76

40

APUNTES

De lo táctico a lo estratégico, un plan de crecimiento profesional.
José Manuel Vecino P.

44

78

46

COMENTARIOS LEGALES

¿Se debería encuadrar mejor el procedimiento de despido por causales atribuidas al trabajador?
Ensayo comparativo entre el derecho laboral francés y chileno.
François Taquet.

TEMAS DE INTERES

Resumen Ejecutivo: Proyecto de Ley sobre Reforma Laboral.

Materias que estarán sujetas a modificación por la Reforma Laboral:

Paralelo entre norma actual del Código del Trabajo y Proyecto de Ley aprobado.
Yuly Lucio Ahuad.

CONSULTAS

Selección de Consultas de Interés.

81

DATOS

88

91

86

NOTA: Las opiniones vertidas en los artículos publicados en esta edición no representan, necesariamente, a la Revista y son de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

Ley N° 20.911

Crea el Plan de Formación Ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado.

Diario Oficial N° 41.422
2 de Abril 2016

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de ley:

"Artículo único.- Los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán incluir en los niveles de enseñanza parvularia, básica y media un Plan de Formación Ciudadana, que integre y complemente las definiciones curriculares nacionales en esta materia, que brinde a los estudiantes la preparación necesaria para asumir una vida responsable en una sociedad libre y de orientación hacia el mejoramiento integral de la persona humana, como fundamento del sistema democrático, la justicia social y el progreso. Asimismo, deberá propender a la formación de ciudadanos, con valores y conocimientos para fomentar el desarrollo del país, con una visión del mundo centrada en el ser humano, como parte de un entorno natural y social. En el caso de la educación parvularia, este plan se hará de acuerdo a las características particulares de este nivel y su contexto, por ejemplo, a través del juego.

Los objetivos de este plan serán:

a) Promover la comprensión y análisis del concepto de ciudadanía y los derechos y deberes aso-

ciados a ella, entendidos éstos en el marco de una república democrática, con el propósito de formar una ciudadanía activa en el ejercicio y cumplimiento de estos derechos y deberes.

- b) Fomentar en los estudiantes el ejercicio de una ciudadanía crítica, responsable, respetuosa, abierta y creativa.
- c) Promover el conocimiento, comprensión y análisis del Estado de Derecho y de la institucionalidad local, regional y nacional, y la formación de virtudes cívicas en los estudiantes.
- d) Promover el conocimiento, comprensión y compromiso de los estudiantes con los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, con especial énfasis en los derechos del niño.
- e) Fomentar en los estudiantes la valoración de la diversidad social y cultural del país.
- f) Fomentar la participación de los estudiantes en temas de interés público.
- g) Garantizar el desarrollo de una cultura democrática y ética en la escuela.
- h) Fomentar una cultura de la transparencia y la probidad.
- i) Fomentar en los estudiantes la tolerancia y el pluralismo.

El Plan deberá considerar la implementación de acciones concretas que permitan cumplir con estos objetivos, entre las que se podrán considerar:

- i. Una planificación curricular que visibilice de modo explícito los objetivos de aprendizaje transversales que refuerzan el desarrollo de la ciudadanía, la ética y una cultura democrática en las distintas asignaturas del currículum escolar.
- ii. La realización de talleres y actividades extraprogramáticas, en los cuales haya una integración y retroalimentación de la comunidad educativa.
- iii. La formación de docentes y directivos en relación con los objetivos y contenidos establecidos en esta ley.
- iv. El desarrollo de actividades de apertura del establecimiento a la comunidad.
- v. Actividades para promover una cultura de diálogo y sana convivencia escolar.
- vi. Estrategias para fomentar la representación y participación de los estudiantes.
- vii. Otras que el sostenedor en conjunto con la comunidad educativa consideren pertinentes.

Cada sostenedor podrá fijar libremente el contenido del plan de formación ciudadana, en conformidad a lo establecido en los incisos precedentes, debiendo tener a la vista las bases curriculares aprobadas por el Consejo Nacional de Educación, conforme a lo establecido en el artículo 31 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación.

Con el objeto de promover una adecuada implementación del Plan de Formación Ciudadana, éste podrá incluirse en el proyecto educativo

institucional de los establecimientos y, o en su plan de mejoramiento educativo, según lo disponga el sostenedor.

El Plan será de carácter público. El director del establecimiento lo dará a conocer a comienzos de cada año al Consejo Escolar y consultará con éste las modificaciones que deban hacerse para perfeccionarlo.

Al Ministerio de Educación le corresponderá apoyar a los sostenedores y establecimientos educacionales que así lo soliciten, en el desarrollo de sus respectivos planes. Asimismo, el Ministerio pondrá a disposición del sistema escolar orientaciones curriculares, ejemplos de planes y recursos educativos con el objeto de facilitar la implementación de aquellos.

Asimismo, el Ministerio de Educación, en el marco de sus atribuciones, fomentará que en la formación inicial docente se incorpore la formación ciudadana y educación cívica.

DISPOSICIONES
TRANSITORIAS

Artículo primero.- La presente ley entrará en vigencia al inicio del año escolar 2016.

Artículo segundo.- El Ministerio de Educación impulsará a más tardar durante el año 2017 la incorporación de una asignatura obligatoria de Formación Ciudadana para los niveles de 3° y 4° año de la enseñanza media, de conformidad al procedimiento contemplado en el artículo 31 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que permite establecer las bases curriculares."

Habiéndose cumplido con lo establecido en el N° 1° del artículo 93 de la Constitución Política de la República y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 28 de marzo de 2016.-
MICHELLE BACHELET JERIA,
Presidenta de la República.-
Adriana Delpiano Puelma, Ministra de Educación.

Lo que transcribo a Ud., para su conocimiento.-
Atentamente,
Valentina Karina Quiroga Canahuate,
Subsecretaria de Educación.

Tribunal Constitucional

Proyecto de ley que crea el plan de formación ciudadana para los establecimientos educacionales

reconocidos por el Estado, correspondiente al boletín N° 10.043-04

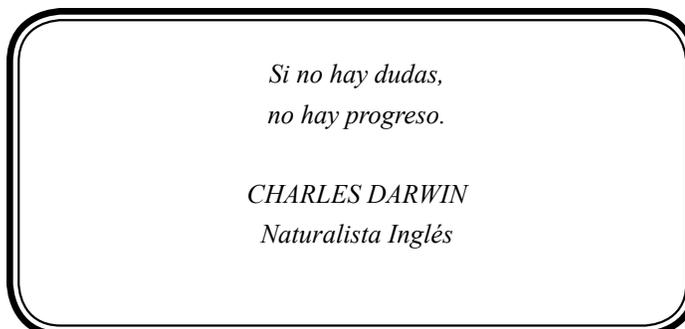
El Secretario del Tribunal Constitucional, quien suscribe, certifica que la Honorable Cámara de Diputados envió el proyecto de ley enunciado en el rubro, aprobado por el Congreso Nacional, a fin de que este Tribunal ejerciera el control preventivo de constitucionalidad respecto del artículo único y del artículo segundo transitorio del proyecto de ley y, por sentencia de 17 de marzo de 2016, en el proceso Rol N° 2.978-16- CPR.

Se declara:

1°. Que los incisos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del Artículo único, así como el Artículo segundo transitorio del proyecto de ley sometido a control, no son contrarios a la Constitución.

2°. Que este Tribunal Constitucional no emite pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de las disposiciones contenidas en los incisos séptimo y octavo del Artículo único del proyecto de ley remitido, por no versar sobre materias propias de ley orgánica constitucional.

Santiago, 17 de marzo de 2016.-
Rodrigo Pica Flores, Secretario.



JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Afiliación Caja de Compensación de Asignación Familiar (CCAF) respecto de funcionarios del sector público. Se consulta si dicha afiliación implica pérdidas de beneficios de bienestar y costo por trabajador.

Oficio N° 4.599
25 Enero de 2016

Una dirigente del sector público recurrió a esta Superintendencia haciendo presente que se encuentran en proceso de votación para decidir si se afilian a una Caja de Compensación de Asignación Familiar y que algunos funcionarios han manifestado que por efectuar dicha afiliación, perderían los beneficios del Servicio de Bienestar, que tendría costo para el trabajador y que por la administración de las licencias médicas, les cobrarían el 0.6% de la cotización legal de FONASA.

Sobre el particular, esta Superintendencia manifiesta que atenderá sus consultas en el mismo orden que han sido formuladas:

a) Prestaciones del Servicio de Bienestar.

Se hace presente que la incorporación a una C.C.A.F. de las entidades empleadoras, en modo alguno importa la pérdida de los beneficios que otorga el Servicio de Bienestar, por tratarse de dos sistemas que operan independientemente el uno del otro, estando llamados, finalmente, a complementarse en favor de los funcionarios.

En efecto, las asignaciones o bonos que pagan los Servicios de Bienestar son absolutamente compatibles con aquellas prestaciones que, por las mismas causas, contemplan las Cajas de Compensación en sus regímenes de prestaciones adicionales. De este modo, si un Servicio de Bienestar tiene contemplado el pago de un bono por nupcialidad para sus afiliados y la Caja a que se encuentra afiliada la entidad empleadora tiene previsto un bono, por la misma causa, dentro de las prestaciones adicionales que otorga, el funcionario tiene derecho a cobrar el bono, tanto a su Servicio de Bienestar, como a la respectiva C.C.A.F.

b) La afiliación a una Caja de Compensación tiene costos para el trabajador y el empleador.

Se indica que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 29, de la Ley N°18.833, las Cajas de Compensación constituirán un fondo, que se denominará Fondo Social, y que se formará con los siguientes recursos: comisiones, reajustes e intereses de los capitales dados en préstamos, rentas de inversiones, multas, intereses penales, productos de venta de bienes y servicios, donaciones, herencias, legados y demás recursos que establezca la ley. Como se puede apreciar en el financiamiento, no existen aportes de los trabajadores, ni de los empleadores.

Debe tenerse presente que por el artículo 40 de la Ley N°20.233, se autorizó la afiliación de los servicios públicos a las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, pero sólo para efectos de los regímenes de crédito social, prestaciones adicionales y prestaciones complementarias.

c) Pago de licencias médicas y cobro de la cotización del 0.6%, por administración.

Tal como se señala en la Circular N°2.424, de 2007, la afiliación de una entidad empleadora del sector público y sus funcionarios a una Caja de Compensación de Asignación Familiar (C.C.A.F.), es sólo para los efectos de acceder a las prestaciones de bienestar social que dichas entidades otorgan, esto es: crédito social, prestaciones adicionales y prestaciones complementarias.

De este modo, la antes referida afiliación, en el caso de las entidades empleadoras del sector público, no trae como consecuencia el traspaso de la administración a ellas del régimen de subsidios por incapacidad laboral de trabajadores afiliados a FONASA y por ende, no deben pagar la cotización del 0.6%, por concepto de administración y los funcionarios cuya entidad se ha afiliado a una C.C.A.F., seguirán teniendo derecho a remuneración íntegra en caso de hacer uso de licencia médica.

Con el mérito de lo expuesto, esta Superintendencia estima atendidas sus consultas.

Reclamo a CCAF. Pago de Subsidios por Incapacidad Laboral a herederos de trabajador fallecido. Plazo de prescripción del Derecho de Cobro (DFL N°1 artículo 155 inciso 2°).

Oficio N° 5.651
29 Enero de 2016

Una particular ha recurrido a esta Superintendencia, reclamando en contra la Caja de Compensación de Asignación Familiar, por el pago del subsidio por incapacidad laboral correspondiente a la licencia médica, que se le emitió a una trabajadora, quien falleció el día 4 de noviembre de 2014.

Acompaña fotocopias del certificado de defunción, de la carta poder que ésta le confirió para efectuar trámites personales, del listado maestro de licencias médicas y de la cartola médica.

Requerida al efecto, la Caja informó, en síntesis, que debido al fallecimiento de la beneficiaria y considerando la fecha de término del reposo, el derecho a impetrar el cobro del subsidio prescribió, y que solamente sus herederos, en el orden legal pertinente, estaban facultados para efectuar dicha gestión, y en su defecto de no existir, la persona que pagó los gastos fúnebres, mediante comprobante de pago del funeral.

Sobre el particular, esta Superintendencia cumple en manifestar que conforme a los antecedentes, la trabajadora falleció el 04/11/2014, por lo que se instruye a la COMPIN modificar su resolución anterior, reduciendo la licencia, a 5 días de reposo, a contar del 30/10/2014 hasta el 04/11/2014, fecha de su fallecimiento.

Respecto al poder que invoca la recurrente para cobrar el subsidio correspondiente, éste de acuerdo a las normas legales pertinentes, terminó con la muerte de la otorgante.

En todo caso, se informa que el artículo 26 de la Ley N°16.271, exceptúa de la obligación de contar con auto de posesión efectiva inscrito, a la cónyuge, padres e hijos, cuando deben percibir de las cajas de previsión o de los empleadores o patrones, de acuerdo con las leyes o contratos de trabajo, sumas no superiores a cinco unidades tributarias anuales.

En todo caso, los herederos pueden cobrar el subsidio dentro del mismo plazo que tendría la causante, el que en la actualidad se encuentra prescrito.

En consecuencia, esta Superintendencia instruye a la SUBCOMPIN modificar su Resolución anterior, ordenando a la ISAPRE reducir la licencia médica, de 29 a 5 días a contar del 30 de octubre de 2014.

Finalmente, se hace presente que al corresponder la autorización de la licencia hasta el día en que acaeció el fallecimiento, esto es el 4 de noviembre de 2014, es a partir de esa fecha que se computa el plazo de prescripción del inciso segundo del artículo 155 del D.F.L. N°1, citado en FTES. en el cual se establece que: "El derecho a impetrar el subsidio por incapacidad prescribe en seis meses desde el término de la respectiva licencia", por lo que los herederos tuvieron hasta el 4 de mayo de 2015 para impetrar dicho cobro, sin que conste que hayan realizado alguna gestión útil.

Incumplimiento de Reposo. Rechazo de Licencia Médica por COMPIN. Trabajador fuera de Chile. D.S. N°3 artículo 55 letra a) de 1984, del Ministerio de Salud.

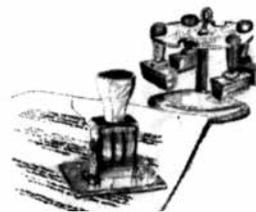
Oficio N° 9.862
16 de Febrero 2016

Un particular ha recurrido a esta Superintendencia reclamando en contra de la COMPIN, que rechazó la licencia médica por la causal de incumplimiento del reposo.

Acompaña a su presentación, entre otros documentos, la copia de la licencia médica reclamada, el acta la visita de fiscalización practicada el 1° de diciembre de 2014, antecedentes médicos y listado maestro.

Requerida al efecto, la COMPIN informó y remitió antecedentes.

Sobre el particular, esta Superintendencia cumple con manifestar que conforme a lo dispuesto por la letra a) del artículo 55 del D.S. N°3, de 1984, del Ministerio de Salud, corresponderá el rechazo o la invalidación de una licencia médica ya concedida, cuando el trabajador incurra en incumplimiento del reposo indicado en la licencia



médica; sin embargo, no se considerará incumplimiento la asistencia del trabajador a tratamientos ambulatorios prescritos por el profesional que extendió la licencia, situación que deberá ser comprobada.

En la especie, el acta de visita domiciliaria que se tiene a la vista da cuenta que la verificación de reposo se practicó en el domicilio consignado en la licencia médica reclamada, con fecha 1° de diciembre de 2014. Asimismo, consta que se entrevistó a la hermana del recurrente, quien indicó que no se encontraba en el país con motivo de la enfermedad de su madre.

En este sentido, cabe precisar que a fin de determinar fehacientemente la ocurrencia del incumplimiento de reposo en cuestión, se solicitó un informe respecto de las salidas del país del interesado durante el 2014.

Dicho informe fue evacuado por la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional de la Policía de Investigaciones de Chile, dando cuenta que salió del país hacia Argentina con fecha 28 de noviembre de 2014, regresando el 16 de diciembre del mismo año, esto es, durante la vigencia de la licencia médica reclamada, cuyo período abarca desde el 19 de noviembre al 18 de diciembre de 2014.

Por tanto, esta Superintendencia confirma lo resuelto por la COMPIN, en orden a rechazar la licencia médica, por incumplimiento de reposo.

Reclamo Plena Cobertura Accidente del Trabajo por trabajador a Mutualidad.

Oficio N° 10.109
17 Febrero de 2016

Ha recurrido a esta Superintendencia un trabajador, quien reclama porque la Mutualidad no le ha otorgado una plena cobertura por las secuelas que le provocó el accidente laboral que sufrió el 29 de agosto de 2005 y que -según expone- causó que en septiembre de 2015 sufriera un accidente casero. Indica que su condición determina que dependa de otras personas y por ello lo ha cuidado su cónyuge, ya que no puede realizar los actos cotidianos de cualquier ser humano (asearse, vestirse, cocinar, ir al baño, etc.).

Señala que en la oportunidad mencionada, quedó solo en casa y, al manipular una taza con agua caliente, se quemó las piernas, por lo cual hubo de ser hospitalizado, pero en ningún momento se le informó que ello no era cubierto por el seguro de la Ley N° 16.744 y ahora se le cobra una suma de dinero que no puede pagar.

Requerida la Mutualidad, informó que el interesado es parapléjico debido al accidente citado y se le considera autovalente; "...que no ha requerido la asistencia de un cuidador al interior de su domicilio...". Señala que la lesión por la cual ahora recurre el interesado es una quemadura B del muslo derecho con infección local y que no es posible sostener que dicho infortunio sea producto del estado secular del accidente del trabajo, así como tampoco que haya derivado de las atenciones médicas brindadas, "...sino que se trató de la realización de un acto ordinario al interior del domicilio particular del paciente...", "...teniendo presente que no ha requerido de asistencia de un cuidador por ser autovalente.". Se adjuntan Informes Médicos.

Sobre el particular, esta Entidad debe expresar que los antecedentes del caso fueron analizados por profesionales médicos de esta Superintendencia, quienes determinaron que el siniestro que le ocurrió al interesado en su domicilio y que derivó en la quemadura de su muslo derecho, no es inherente a su condición de inválido por causa laboral, sino que se trata de una concatenación de hechos correspondientes a un acto cotidiano de la vida diaria y que provocaron un accidente fortuito. Se puntualiza que tampoco el hecho se relaciona con procedimientos o actividades médicas asociadas a sus secuelas.

Por tanto, en base a lo señalado, se concluye que el de la especie debe ser calificado como un accidente de origen común.

No obstante y sin perjuicio de lo anterior, se estima que en este caso procede aplicar lo instruido por este Organismo en su Oficio Ord. N° 6.248, de 28 de enero de 2008, toda vez que aparece que el paciente, refirió desde un comienzo las circunstancias en que le ocurrió el accidente en su domicilio y no hay acreditación de que el hecho se haya investigado a continuación. Por lo tanto y al presentarse en este caso las circunstancias a que alude el citado Ordinario N° 6.248, no procede el cobro de las prestaciones que la Mutualidad le otorgó al recurrente.

En consecuencia y con el mérito de las consideraciones que anteceden, esta Superintendencia debe expresar que no procede que la Mutualidad cobre al recurrente el valor de las prestaciones que le otorgó a raíz del accidente en referencia.

Error empleador de informar elección de Postnatal Parental. Rectificación de Subsidio Parental.

Oficio N° 11.234
22 Febrero de 2016

Ha recurrido a esta Superintendencia una trabajador, exponiendo que al momento de informar de su postnatal parental, su empleador incurrió en un error y señaló que haría uso de éste en su modalidad parcial, por lo que la C.C.A.F. le está pagando la mitad del subsidio que le corresponde y aún no ha vuelto a trabajar.

Acompaña a su presentación carta de su empleador.

Sobre el particular, esta Superintendencia cumple en manifestar que el artículo 197 bis del Código del Trabajo incorporado por el número 3 del artículo 1° de la Ley N°20.545, estableció el permiso postnatal parental, que corresponde al tiempo de descanso inmediatamente siguiente al período de reposo postnatal, de carácter irrenunciable, con derecho a subsidio, por un lapso de 12 semanas o de 18 semanas si hay reincorporación por la mitad de la jornada laboral.

Para ejercer el derecho a reincorporarse por media jornada las trabajadoras del sector privado deberán dar aviso a su empleador mediante carta certificada, enviada con a lo menos treinta días de anticipación al término del período postnatal, con copia a la Inspección del Trabajo. De no efectuar esta comunicación, la trabajadora deberá ejercer su permiso postnatal parental por tiempo completo.

En la especie, el descanso postnatal de la interesada terminó el 05 de noviembre de 2015, por lo que el aviso al empleador debería haberse dado a más tardar el 05 de octubre de 2015. Además, consta de carta del empleador que la opción de la trabajadora fue el permiso a jornada completa, pero por error se ingresó reposo parcial correspondiendo a un reposo laboral total.

Por tanto, esta Superintendencia entiende que la interesada no se reintegró a trabajar medio día y que estaría haciendo uso del beneficio a jornada completa.

Conforme a lo señalado, no existió otro aviso dado en tiempo y forma y que en definitiva la interesada no se reintegró a su trabajo por media jornada, por lo que le correspondió el subsidio por el beneficio a jornada completa, debiendo proceder a su regularización.

En consecuencia, la Caja deberá proceder de acuerdo a lo señalado precedentemente.

Reclamo contra Mutualidad. Reposición de anteojos dañados durante traslado a terapia por enfermedad profesional. Investigación que debe realizar dicha institución para dar respuesta al trabajador en cuestión.

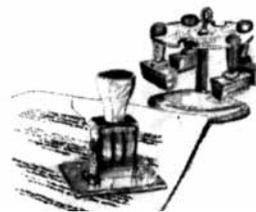
Oficio N° 15.996
16 Marzo de 2016

Usted se dirigió a esta Superintendencia, reclamando en contra de la Mutualidad, por cuanto rechazó su solicitud de reposición de sus anteojos ópticos, que se destruyeron al ser pisados por un pasajero de un bus que frenó bruscamente, provocando que se le cayeran, cuando se dirigía a una terapia para atenderse por la enfermedad profesional que presenta.

Al respecto, señala que ignoraba la existencia de tal beneficio, por lo que no informó oportunamente de su pérdida y sólo posteriormente, cuando por orientación de una profesional médico obtuvo el certificado oftalmológico correspondiente, el 17 de diciembre de 2015, presentó su solicitud, pero el 5 de enero de 2016, se le notificó del rechazo.

Acompaña fotocopia de la citada Orden de Atención.

Posteriormente, en una nueva presentación, Ud. expone el incidente que ocurrió cuando el conductor del radiotaxi que la trasladaba (junto a otros 4 pacientes) desde el lugar de la terapia hacia su domicilio, habría sido brusco en la conducción del vehículo y en su trato, al hacerla bajar antes de llegar a su destino, por un desacuerdo con respecto a la ruta que debían seguir y



a la correcta forma de interpretar la información que le entregó el gps de su celular.

Requerida al efecto, la referida Mutualidad informó, en síntesis, que usted comunicó y solicitó la reposición de sus lentes ópticos el 12 de noviembre de 2015, señalando que ellos se le rompieron el 2 de octubre de 2015, cuando se dirigía a un control en dicha Mutualidad en bus, y éste habría frenado bruscamente, provocando la caída de los mismos.

Agrega que rechazó la solicitud de reposición, pues de acuerdo a la jurisprudencia de esta Superintendencia, para que ello proceda, es necesario que tal situación sea hecha presente por el interesado en la primera atención que se le otorgue.

Tal circunstancia no se da en la especie, pues Ud. informó con más de un mes de retraso la ocurrencia del siniestro.

Sobre el particular, cabe hacer presente que el artículo 29 de la Ley N° 16.744, dispone que la víctima de un accidente del trabajo o enfermedad profesional tendrá derecho entre otras prestaciones, a prótesis, aparatos ortopédicos y su reparación.

Al respecto, de acuerdo con la jurisprudencia de este Organismo, la reposición de lentes ópticos procede no sólo cuando dichos elementos han resultado dañados o destruidos a consecuencia de un accidente laboral, sino también en caso de pérdida, en tanto el accidentado lo haga presente en la primera atención que se le otorgue.

En la especie, como se desprende de lo informado tanto en su presentación, como por la Mutualidad, Usted comunicó del daño de sus lentes ópticos después de muchos días de ocurrido éste y luego de haber recibido prestaciones médicas en la Mutualidad, lo que impide considerar de una manera indubitable que sus lentes ópticos se perdieron en las circunstancias en que indica.

En consecuencia, esta Superintendencia aprueba lo obrado en este caso por la referida Mutualidad.

Por otra parte, con respecto a su reclamo por el incidente ocurrido en el radiotaxi que la traslada entre su domicilio y la Mutualidad, para recibir las terapias correspondientes, cabe señalar que por el presente oficio se pone en conocimiento de la Mutualidad tal hecho, la que deberá investigarlo, verificar sus circunstancias y entregarle una respuesta al efecto.

*La miseria del pobre es causada,
no por las leyes de la naturaleza,
sino por las instituciones.
Grande es nuestro error.*

*CHARLES DARWIN
Naturalista Inglés*

DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES

Aplicación de rebaja por Trabajo Pesado en trámites de pensión. Informa al tenor de lo expuesto.

Oficio Ordinario N° 1.898
20 de Enero 2016

Se ha expuesto a esta Superintendencia diversos casos que regularmente se le presentan en el tratamiento

de cotizaciones previsionales de sus afiliados, cuando corresponde aplicar la rebaja del requisito de edad por haber desempeñado puestos de trabajo calificados como *trabajo pesado*, en trámites de pensión de vejez conforme al D.L. N° 3.500 de 1980.

Al mismo tiempo, solicitó un pronunciamiento de este Organismo Fiscalizador, para lo cual agrupó los distintos casos en ocho situaciones y propuso reglas de rebaja para cada uno de ellos, conforme a lo siguiente:

| N° | Condición Empleador | Condición Cotización | Condición Remuneración | Condición Porcentaje | Regla Propuesta por la Administradora |
|----|---------------------|---|-------------------------------|------------------------------------|--|
| 1 | Igual empleador. | Dos o más periodos cotizados del mismo mes. | Igual remuneración informada. | Igual porcentaje TP (2% o 4%) | Se considera sólo una vez el porcentaje en la rebaja. |
| 2 | Igual empleador. | Dos o más periodos cotizados del mismo mes. | Igual remuneración informada. | Distintos porcentajes TP (2% o 4%) | Se consideran ambos porcentajes por separado en la rebaja. |
| 3 | Distinto empleador. | Dos o más periodos cotizados del mismo mes. | Igual remuneración informada. | Igual porcentajes TP (2% o 4%) | Se consideran ambos porcentajes por separado en la rebaja. |
| 4 | Distinto empleador. | Dos o más periodos cotizados del mismo mes. | Igual remuneración informada. | Distintos porcentajes TP (2% y 4%) | Se consideran ambos porcentajes por separado en la rebaja. |
| 5 | Igual empleador. | Dos o más periodos cotizados del mismo mes. | Distinta remuneración | Igual porcentaje TP (2% o 4%) | Se considera sólo una vez el porcentaje en la rebaja. |
| 6 | Igual empleador. | Dos o más periodos cotizados del mismo mes. | Distinta remuneración | Distintos porcentajes TP (2% y 4%) | Se consideran ambos porcentajes por separado en la rebaja. |
| 7 | Distinto empleador. | Dos o más periodos cotizados del mismo mes. | Distinta remuneración | Igual porcentaje TP (2% o 4%) | Se consideran ambos porcentajes por separado en la rebaja. |
| 8 | Distinto empleador. | Dos o más periodos cotizados del mismo mes. | Distinta remuneración | Distintos porcentajes TP (2% y 4%) | Se consideran ambos porcentajes por separado en la rebaja. |



En las situaciones descritas por esa Administradora en los numerales 1, 3, 5 y 7, de su carta principal, que tienen como elemento común que los porcentajes de cotizaciones por trabajo pesado son iguales, las reglas de rebaja propuestas resultan apropiadas y concordantes con lo dispuesto en el numeral 2 del Capítulo II, Letra B, del Título I, del Libro III, del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, pues en estos casos para el cálculo de la rebaja de edad sólo cabe considerar los meses por los cuales se enteraron tales cotizaciones, con independencia del número de cotizaciones de igual porcentaje que hayan sido enteradas en un mismo mes.

Sin embargo, tales propuestas se entienden acertadas en el entendido que para cada cotización registrada los porcentajes y períodos informados son correctos y las cotizaciones corresponden o son concordantes con las remuneraciones imponibles informadas para efectos de las cotizaciones obligatorias, pues en caso contrario, la Administradora deberá verificar esas condiciones con los empleadores y antecedentes respectivos.

Seguidamente, en lo relativo a las situaciones descritas por esa Administradora con los numerales 2, 4, 6 y 8 de su solicitud, es decir aquellas en las que los porcentajes de cotizaciones por trabajo pesado son distintas, resultan también apropiadas las reglas de rebaja propuestas para cada caso, pues concuerdan con la normativa antes singularizada, en tanto instruye que el cálculo de la rebaja de edad debe realizarse de forma separada para cada porcentaje de cotización, debiendo contabilizar únicamente los meses que registran cotizaciones de trabajo pesado, con independencia del número de cotizaciones con igual porcentaje que hayan sido enteradas en un mismo mes. Todo ello, al igual que para las situaciones referidas precedentemente, en el entendido que para cada cotización registrada los porcentajes y períodos informados son correctos y concordantes con las remuneraciones imponibles informadas para las cotizaciones obligatorias.

En caso contrario procederá la verificación de antecedentes.

Se pronuncia sobre sentido y alcance del inciso final del artículo 58 del D.L. N° 3.500, de 1980. Derecho de acrecer del hijo no puede afectarse por la vía de la interpretación jurídica.

Oficio Ord. N° 1.939
21 de Enero 2016

Pronunciamiento respecto de lo planteado mediante correo electrónico por SCOMP, entidad que hace presente que el inciso final del artículo 58 del D.L. N° 3.500, de 1980, que establece el derecho de acrecer de los hijos cuando al momento de fallecer el causante, éste o ésta no tuviera cónyuge con derecho a pensión, no ha regulado el caso de una pensión de sobrevivencia, donde existe un hijo de filiación no matrimonial del causante, cuya madre no tiene derecho a pensión, y existe también una conviviente civil del causante sin hijos comunes, por lo que requiere que se confirme si procede que el porcentaje de pensión correspondiente al hijo acrezca, interpretando así esta norma.

Señala que la Norma de Carácter General N° 391, del 9 de septiembre de 2015, de la Superintendencia de Valores y Seguros, en el número 2 establece que: *"Además, si al fallecimiento del afiliado, éste no tuviera cónyuge con derecho a pensión las pensiones de referencia de los hijos se incrementarán, distribuyéndose por partes iguales el porcentaje que le hubiere correspondido al beneficiario faltante, exceptuándose de dicho procedimiento los hijos que tuvieran padre o madre con derecho a pensión, ya sea en calidad de madre o padre de hijos de filiación no matrimonial o de conviviente civil, concluyendo que en el caso de ejemplo, correspondería que el porcentaje del hijo acrezca, por cuanto no existe cónyuge con derecho a pensión y la madre de hijo de filiación no matrimonial tampoco tiene derecho a acrecer, y considera además que conforme a dicha norma el hijo incrementaría su porcentaje de pensión llegando al 50% que le hubiere correspondido a la o él cónyuge, aun cuando existe una o un conviviente civil que obtiene en ese caso un 15% de la pensión de referencia del causante"*.

Por otra parte, indica que del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones de esta Superintendencia, según la definición de la fórmula matemática de la letra f), del Anexo 7, sobre Capitales Necesarios del Libro III, Título I, en el mismo ejemplo anterior, se tendría que el

hijo no acrece, manteniendo ambos (hijo y conviviente civil) un porcentaje de la pensión de referencia del causante igual al 15%.

Al respecto, esta Superintendencia informa a usted lo siguiente:

En primer término, cabe tener presente que el inciso final del artículo 58 del D.L. N° 3.500, de 1980, dispone que: "*Si al momento de producirse el fallecimiento de un causante, éste o ésta no tuviera cónyuge con derecho a pensión, las pensiones de referencia de los hijos se incrementarán distribuyéndose por partes iguales el porcentaje establecido en la letra b) del inciso primero. De lo anterior se exceptúan los hijos que tuvieran un madre o padre con derecho a pensión establecida en las letras d) y g) precedentes.*"

Seguidamente, se debe considerar que las normas sobre hermenéutica jurídica consagradas en nuestro Código Civil, señalan que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Siguiendo la regla interpretativa del artículo 19 del Código Civil, debemos tener presente que el inciso final del artículo 58, en su tenor literal es claro y no admite una interpretación que extienda su sentido y alcance, y en este caso particular, con el objeto de efectuar una interpretación forzada impidiéndole al hijo el derecho de acrecer cuando existe una o un conviviente civil.

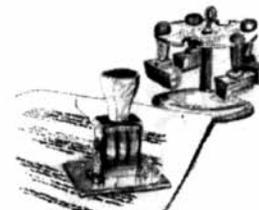
En tal sentido, es útil recordar que los derechos públicos subjetivos de la Seguridad Social, son de derecho estricto, y se caracterizan por formar parte del patrimonio de la persona, son a su vez, personalísimos, puesto que es el ordenamiento jurídico que establece quiénes y bajo cuáles circunstancias tendrán derecho a determinadas prestaciones y por tener esta calidad, son a su vez, irrenunciables e intransmisibles.

En consecuencia, atendido los argumentos legales antes expuestos, y considerando que lo solicitado por ese Organismo Fiscalizador tiene por objeto dar una aplicación uniforme respecto de las disposiciones del D.L. N° 3.500, de 1980 y su reglamento, esta Superintendencia se pronuncia en el sentido que en el inciso final del artículo 58, los hijos del causante mantienen su derecho de acrecer, puesto que una interpretación contraria requiere de una modificación expresa de tal inciso, máxime si al conviviente civil no se le traduce en un aumento de su pensión de referencia, pues ésta se mantiene en el quince por ciento cuando concurre como beneficiario con hijos del causante que no son comunes.

Finalmente, esta Superintendencia debe manifestar que la fórmula incorporada en el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones debe ser modificada puesto que el derecho de acrecer que el citado artículo 58 le reconoce a los hijos del causante cuando no existe cónyuge con derecho a pensión, es de derecho estricto.

*El hombre al que le preocupa
gastar una hora de su tiempo,
aún no ha descubierto el valor de la vida.*

*CHARLES DARWIN
Naturalista Inglés*



DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Reclamo contra desvinculación en el Hospital Militar de Santiago, es extemporáneo. No procede aplicar ley N° 18.834 en investigación destinada a acreditar alguna causal de término del artículo 160 del Código del Trabajo. Compensación de feriado proporcional sólo comprende días hábiles.

Dictamen N° 14.670
24 Febrero de 2016

Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora ..., ex empleada del Hospital Militar de Santiago, impugnando el término de su contrato de trabajo dispuesto en virtud de la causal contemplada en el artículo 160, N° 7, del Código Laboral, lo que, en opinión de ese establecimiento asistencial, se ajustaría a derecho.

Al respecto, es menester destacar, de conformidad con el criterio contenido, entre otros, en el dictamen N° 45.373, de 2012, de este origen, que los empleados regidos por el mencionado texto legal -como era el caso de la recurrente-, pueden deducir ante este Organismo de Control su reclamo por despido injustificado, indebido o improcedente, dentro del plazo fatal de sesenta días hábiles previsto en el artículo 168 de dicho ordenamiento, contado desde la desvinculación.

Pues bien, dado que la solicitud de la señora... fue presentada ante esta Contraloría General el día 22 de octubre de 2015, esto es, una vez expirado el anotado lapso, toda vez que éste fue dispuesto el día 26 de marzo de 2015, cabe concluir que, en la actualidad, no es posible revisar su alejamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al planteamiento formulado por el abogado don..., en representación de la interesada, esto es, que en la indagación realizada para ordenar el cese de su mandante, se infringieron los artículos que indica de la ley N° 18.834, cumple con manifestar, acorde con lo sostenido en los dictámenes N°s 65.116, de 2010 y 36.163, de 2011, de esta procedencia, entre otros, que tratándose de servidores afectos al Código del Trabajo, la concurrencia de una de

las causales de término previstas en el artículo 160 de dicho texto legal, requiere que aquella sea establecida a través de una breve investigación sumaria, indagación que no se sujeta a las ritualidades de un proceso administrativo formal.

Además, no puede dejar de hacerse presente que en ese tipo de actuaciones resulta improcedente recurrir a la citada ley N° 18.834, como se pretende, dado que ese último ordenamiento no se aplica al personal del Hospital Militar de Santiago contratado bajo la normativa del reseñado código, pues éste constituye su régimen estatutario.

Enseguida, en lo que atañe a su disconformidad con el monto pagado en su finiquito por concepto de feriado proporcional, es dable consignar que el artículo 73 del mencionado Código Laboral, prevé que si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado, deja de prestar servicios por cualquiera circunstancia, el empleador tiene que compensar el tiempo que, por tal concepto, le habría correspondido. Añade que si esa convención hubiere terminado antes de completarse la anualidad, se deberá efectuar un pago proporcional en la forma que señala.

Al respecto, es útil indicar, de acuerdo con lo expresado en los dictámenes N°s 62.265, de 2013 y 11.290, de 2015, de este origen, que para el cálculo de la aludida compensación, deben considerarse únicamente los días hábiles, lo que aparece haber sucedido en la especie, por lo que el actuar de la autoridad de ese establecimiento asistencial se conformó a derecho.

Finalmente, en lo concerniente al entero de los bonos de término de conflicto, entendiendo esta Entidad Fiscalizadora que la petición de la señora... se refiere a los concedidos en los años 2010, 2011 y 2012, cumple con manifestar que esta Contraloría General debe abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado, por cuanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, no le corresponde informar ni intervenir en asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, lo que ocurrió en la situación planteada, pues sobre la materia se interpuso una demanda por cobro de prestaciones ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Transcríbese a don Rodrigo Godoy Araya y al Hospital Militar de Santiago.

Desestima el reclamo de ex funcionaria sujeta al Código del Trabajo, por cuanto no se advierte que la forma de pago de las comisiones que fue acordada en su contrato, hubiese vulnerado lo establecido en la normativa aplicable.

Dictamen N° 17.399
4 Marzo de 2016

Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora... -quien se desempeñó sujeta al Código del Trabajo como kinesióloga del Centro de Salud Valparaíso de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, en adelante CAPREDENA-, reclamando en contra de dicha institución, por cuanto entre los años 2010 y 2014, el monto pactado en su contrato, por concepto de sueldo base, fue deducido de sus estipendios variables, lo que, a su juicio, contraviene lo establecido en la ley N° 20.281.

Requerido su parecer, CAPREDENA no se pronunció acerca de la petición de la recurrente, limitándose a manifestar que aquella debe ser resuelta por los tribunales del trabajo.

Como cuestión previa, es útil recordar que en conformidad con los artículos 1° y 6° de la ley N° 10.336, y tal como se indicó en el dictamen N° 22.024, de 2015, de este origen, corresponde al Contralor informar sobre derechos a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios y, en general, respecto a los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, expresión esta última que comprende el régimen integral al que están sometidos los funcionarios públicos, cualquiera sea el nombre específico de los cuerpos legales que los rijan y la naturaleza del servicio en el que aquellos se desempeñan.

Establecido lo anterior, y tal como agrega el aludido dictamen, si bien el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, dispone que esta Entidad de Control se encuentra impedida de pronunciarse sobre asuntos litigiosos, tal carácter no deviene del solo hecho de que una controversia sea susceptible de ser debatida en sede judicial, como quiera que, en definitiva, toda

cuestión puede ser objeto, eventualmente, de discusión en el ámbito jurisdiccional.

De esta manera, y considerando que de los antecedentes tenidos a la vista, tampoco aparece que el asunto expuesto por la interesada se encuentre actualmente en conocimiento de los mencionados tribunales, se desestima la alegación de CAPREDENA relativa a este punto.

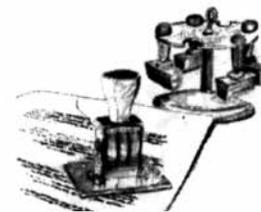
Luego, en cuanto al reclamo de la peticionaria, es dable destacar que el artículo 42, letra a), del Código del Trabajo señala, en lo atinente, que el sueldo o sueldo base es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el empleado por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo.

Luego, es pertinente expresar que el artículo 44, inciso tercero, del citado código -incorporado por el artículo único de la ley N° 20.281- señala que el monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual, agregando que si se convinieren jornadas parciales de trabajo, aquel no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculado en relación con la jornada ordinaria de labores.

Así, de los antecedentes tenidos a la vista, aparece que en el contrato de la recurrente y en sus diversos anexos, vigentes en la época de que se trata, se acordó el cumplimiento de jornadas parciales, las cuales serían retribuidas con un sueldo base proporcional al ingreso mínimo mensual, y además, con el pago de comisiones, cuyos montos sería equivalentes a un porcentaje de lo cobrado por cada procedimiento kinesiológico efectivamente realizado, con deducción del valor enterado por concepto de sueldo base.

Ahora bien, considerando que, en la especie, los porcentajes acordados por concepto de sueldo base, se ajustan a los términos que indica el anotado artículo 44, inciso tercero, del Código del Trabajo, y que no se advierte la forma específica en que la cláusula relativa a las comisiones se encontraría en contravención con la normativa que cita la señora..., procede desestimar su presentación.

Transcríbese a CAPREDENA.



Se ajustó a derecho término de la relación laboral, por la causal de salud incompatible con el desempeño del cargo, y ordena lo que indica.

Dictamen N° 17.814
7 Marzo de 2016

Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora..., ex profesional de apoyo en el proyecto que indica del Departamento de Educación Municipal de..., reclamando en contra del término de su contrato de trabajo por la causal de salud incompatible con el cargo que desempeñaba.

La recurrente pide ser reintegrada a sus labores; que el ente edilicio reciba sus licencias médicas; y, que su remuneración sea enterada en su totalidad, ya que los reposos facultativos fueron aprobados por la Superintendencia de Seguridad Social.

Requerido al efecto, el aludido municipio indicó, en síntesis, que se ajustó a derecho el término de la relación laboral de que se reclama, ya que en los años 2014 y 2015 la peticionaria hizo uso de 484 días por concepto de licencias médica.

Sobre el particular, cabe manifestar que el inciso segundo del artículo 3° de la ley N° 18.883, indica que el personal que se desempeñe en servicios traspasados desde organismos o entidades del sector público y que administre directamente la municipalidad -como ocurre con la peticionaria- se regirá por el Código del Trabajo.

Seguidamente, es dable referir que el artículo 15 de la ley N° 18.020, ordena que los empleados de la Administración Civil del Estado que se rigen por las normas del decreto ley N° 2.200, de 1978 -referencia que debe entenderse efectuada al actual Código del Trabajo y a sus disposiciones complementarias-, que se hallen en la situación prevista en la letra c) del artículo 233 del decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, incurrirán en causal de caducidad del contrato sin derecho a indemnización.

En tal sentido, esta Contraloría General, a través del dictamen N° 40.264, de 2013, ha precisado que la mención a la letra c) del artículo 233 del decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, actualmente debe entenderse

realizada al artículo 151 de la ley N° 18.834, que indica que el jefe superior del servicio podrá estimar como salud incompatible con el desempeño del cargo, el haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable, siendo improcedente considerar para tal cómputo, los permisos por accidentes del trabajo y de enfermedades de origen laboral, a las que alude el artículo 115 de la misma ley, y aquellas a las que se refiere el título II, del libro II, del Código del Trabajo, sobre Protección a la Maternidad.

Siendo ello así, agrega el aludido pronunciamiento; aquellos servidores que se encuentren en la situación del citado artículo 151 de la ley N° 18.834, esto es, que hayan hecho uso de licencias médicas en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable, podrán ser separados de sus labores por la autoridad edilicia correspondiente, en el evento de que esta considere que tal circunstancia importa tener salud incompatible con el empleo que sirven.

Pues bien, según los antecedentes tenidos a la vista, a través del decreto N° 979, de 2015, de la Municipalidad ..., el alcalde de dicho ente edilicio estimó incompatible la salud de la interesada con el ejercicio de su cargo, por haber hecho uso de permisos médicos por enfermedad común, por 484 días, en los dos últimos años contados hacia atrás desde la fecha de dictación del referido acto administrativo y hasta el 25 de abril de 2014.

Asimismo, aparece que el referido decreto N° 979, de 2015, fue notificado personalmente a la peticionaria el día 25 de septiembre de ese año, según indica en su presentación y en la copia de recepción de dicho acto que al efecto acompaña, perdiendo en esa fecha la calidad de funcionaria, y en razón de ello, hasta esa misma data el municipio debió recibir las licencias médicas y enterar las respectivas remuneraciones, hecho que el aludido ente edilicio deberá informar documentadamente a la Unidad de Seguimiento de la División de Municipalidades de esta Contraloría General en el plazo de 20 días hábiles, contado desde la total tramitación del presente oficio (aplica criterio contenido en el dictamen N° 19.210, de 2015).

En consecuencia, y debido a que se acreditó la causal de desvinculación en estudio, cabe concluir que se ajustó a derecho la aludida actuación municipal, correspondiendo rechazar la petición de ser reintegrada, de

recepción de licencias médicas y de remuneraciones, con posterioridad al 25 de septiembre de 2015.

Por otra parte, en lo que concierne al entero de los estipendios que el mencionado órgano comunal adeudaría a la peticionaria, con motivo de la posterior autorización mediante oficio N° 3.310, de 14 de enero de 2015, de la Superintendencia de Seguridad Social, de los permisos médicos que cita, por 92 días, cumple con indicar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 del decreto ley N° 3.529, de 1980; 69 de la ley N° 18.382; y, 19 del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, al personal municipal regido por el Código del Trabajo, cuyo es el caso, siempre que no esté afecto a una norma especial en materia de licencias médicas, le corresponde que la entidad de salud le pague el subsidio de incapacidad laboral -o al empleador, si así lo ha convenido con el ente otorgante-, y el municipio el saldo no cubierto por ésta hasta completar el monto total de la remuneración (aplica dictamen N° 45.242, de 2014).

Pues bien, de la documentación tenida a la vista, aparece que la Municipalidad... celebró el convenio de que se trata con la respectiva entidad de salud, por lo que deberá enterar los emolumentos descontados a la señora..., correspondientes a los días de reposo médico autorizados por la aludida Superintendencia de Seguridad Social, informando de ello a la Unidad de Seguimiento de la División de Municipalidades de esta Contraloría General, en el mismo término anotado anteriormente.

Finalmente, es dable señalar que en virtud de las resoluciones de este Organismo de Control N°s. 323, de 2013, que Fija Normas sobre Registro Electrónico de Decretos Alcaldicios Relativos a las Materias de Personal que Indica, y 178, de 2014, que incorpora a la Municipalidad de... al citado sistema, dicha entidad edilicia deberá registrar electrónicamente el aludido decreto alcaldicio N° 979, de 2015, que dispuso el analizado cese, lo que comunicará a esta Institución Fiscalizadora, en los mismos términos anotados en el párrafo anterior.

Transcríbese a la recurrente y a las Unidades de Seguimiento y de Validación y Registro, ambas de la División de Municipalidades, de esta Contraloría General.

No procede incluir las horas extraordinarias en el cálculo del feriado proporcional de los ex funcionarios afectos al Código del Trabajo.

Dictamen N° 18.933

9 Marzo de 2016

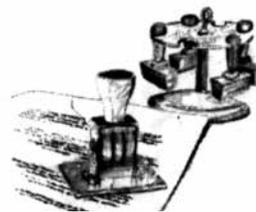
La Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo ha remitido a este nivel central la presentación del alcalde de la Municipalidad de ..., solicitando la reconsideración del oficio N° 1.757, de 2015, de ese origen, en cuanto dicho pronunciamiento objetó que en la base de cálculo del feriado proporcional del ex funcionario del departamento de educación de ese municipio, don..., se consideraran, en lo que importa, las horas extraordinarias.

Fundamenta su solicitud el recurrente, esencialmente, en lo resuelto por la Corte Suprema en la causa Rol N° 3.093-2014; en los dictámenes N°s. 2.803/146 y 3.746/193, ambos de 1995, de la Dirección del Trabajo, y en lo concluido por esta Entidad Fiscalizadora en sus pronunciamientos N°s. 45.867, de 2004, y 53.077, de 2014, todo lo cual, en su opinión, reforzaría su postura de incluir las horas extraordinarias en la determinación del feriado proporcional.

Conferido traslado al señor..., éste no evacuó el informe requerido dentro de plazo.

Como cuestión previa, es útil recordar que el oficio N° 1.757, de 2015 -cuya reconsideración se solicita-, concluyó, en lo que importa, que la base de cálculo del feriado proporcional de don... consideró, como sueldo imponible, el sueldo base más las horas extraordinarias, lo que no se aviene con lo establecido en el oficio N°3.553/273, de 3 agosto de 1998, de la Dirección del Trabajo, por cuanto la remuneración variable ha sido considerada por el legislador como una remuneración de naturaleza jurídica distinta al sueldo y, por ende, no puede ser incluido en el cálculo del feriado legal o proporcional.

Sobre el particular, cabe señalar que el inciso tercero del artículo 73 del Código del Trabajo, prevé que el trabajador cuyo contrato termine antes de completar el año de servicio que da derecho a feriado, percibirá una indemnización por ese beneficio, equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha que enteró la última anualidad y el término de sus funciones.



Añade, el inciso cuarto del mismo cuerpo legal, que la suma que se entere por esta causa no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar lo dispuesto en el artículo 71.

Asu turno, el artículo 71 del texto normativo en comento, establece, en lo que interesa, que durante el feriado, la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija, como ocurría en la situación del señor..., de acuerdo con lo estipulado en la cláusula quinta del contrato de trabajo aprobado por decreto alcaldicio N°392, de 2011, modificado por su similar N° 193, de 2013, ambos de la Municipalidad de ...

Ahora bien, el artículo 42, letras a) y b), del Código del Trabajo, ha definido el significado legal, para efectos de dicho estatuto, de los términos sueldo y sobresueldo, siendo el primero el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo; mientras que el segundo, consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo.

De este modo, en atención a que ambos emolumentos han sido establecidos por el legislador como remuneraciones de naturaleza jurídica distinta, y habiéndose referido expresamente el artículo 71 del Código del Trabajo al sueldo, no puede entenderse, como sostiene esa autoridad edilicia, que las horas extraordinarias deban considerarse en la determinación del feriado proporcional.

Por lo demás, en concordancia con lo anotado, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, contenida, entre otros, en el dictamen N° 55.592, de 2014, ha manifestado, en relación con la base de cálculo del feriado proporcional, que su cómputo debe sustentarse en el procedimiento establecido en el decreto N° 969, de 1933, del entonces Ministerio del Trabajo, actualmente vigente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° transitorio de la ley N° 18.620, el cual consiste en dividir el sueldo mensual por treinta, para determinar el ingreso diario, multiplicando el valor de este último por los días de feriado legal no utilizado, para obtener, finalmente, el monto a pagar, sin disponer la inclusión de las horas extraordinarias.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, cabe concluir que no procede incluir las horas extraordinarias en la base de cálculo del feriado proporcional al que tengan

derecho los ex funcionarios regidos por el Código del Trabajo.

No obstante, corresponde dejar sin efecto el oficio de que se trata, en aquellas partes en que alude al dictamen N° 3.553/273, de 3 agosto de 1998, de la Dirección del Trabajo, dado que de conformidad con el criterio jurisprudencial, contenido, entre otros, en el dictamen N° 84.698, de 2014, compete a esta Contraloría General, y no a dicho organismo, pronunciarse sobre todas aquellas materias que guarden relación con la correcta interpretación, aplicación y fiscalización de las normas del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, cuando éstas configuran el marco regulatorio del vínculo laboral existente entre los funcionarios públicos y un órgano de la Administración del Estado.

Por las razones antedichas, tampoco es posible aplicar en la especie los dictámenes de la Dirección del Trabajo que invoca el recurrente.

Por lo tanto, se desestima la solicitud de reconsideración del oficio N° 1.757, de 2015, de la Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, el que se complementa en los términos descritos.

Con todo, se ha estimado oportuno aclarar, en lo que respecta a que la actuación del municipio se habría ajustado a lo resuelto por la Corte Suprema, que en atención al efecto relativo de las sentencias, que consagra el inciso final del artículo 3° del Código Civil, los fallos de los órganos jurisdiccionales no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que actualmente se pronuncian y afectan únicamente a quienes son parte en los procesos en los que se han emitido, sin que, en todo caso, se advierta la pertinencia de la resolución judicial invocada, pues se refiere a otra preceptiva (aplica criterio contenido en el dictamen N° 2.301, de 2016).

Asimismo, en lo concerniente a los dictámenes N°s.45.867, de 2004, y 53.077, de 2014, de esta Entidad Fiscalizadora, que la Municipalidad de... cita para fundar su postura, es imperioso apuntar que el primero de ellos dice relación con el pago de remuneraciones por trabajos extraordinarios durante períodos en que no exista desempeño efectivo, como feriados, permisos con goce de remuneraciones y licencias médicas; en tanto que el segundo, se pronuncia sobre el número de días de vacaciones a los que se tiene derecho el personal regido por la ley N° 18.834, por lo que no resultan aplicables a la materia en comento.

Transcribese a don... y a esa Sede Regional.

Funcionaria que indica tiene derecho al descanso previsto en el inciso cuarto del artículo 196 del Código del Trabajo.

Dictamen N° 20.170
15 Marzo de 2016

Doña..., funcionaria del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, solicita determinar si le corresponde acceder al descanso postnatal extendido de 18 semanas que contempla el inciso cuarto del artículo 196 del Código del Trabajo, atendido el nacimiento prematuro de la nieta que mantiene bajo su cuidado personal.

Requerido, dicho organismo cumplió con remitir los antecedentes respectivos.

Cabe recordar que el inciso final del artículo 89 de la ley N° 18.834 establece, en lo pertinente, que todo funcionario tendrá derecho a las prestaciones y beneficios de protección a la maternidad, de acuerdo a las disposiciones del Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.

Por su parte, el artículo 195 de ese Código -inserto dentro del referido Título-, prevé, en lo que interesa, que las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él, agregando que durante esos periodos queda prohibido el trabajo para ellas.

El inciso tercero de dicha disposición establece las situaciones en las cuales el referido permiso corresponderá al padre del recién nacido o a quien tuviera la custodia del menor.

Luego, el artículo 196 del mismo texto legal señala las circunstancias en las cuales dicho período postnatal pudiere tener una extensión mayor a las aludidas 12 semanas, indicando, en su inciso cuarto que cuando el parto se produjere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, este descanso será de dieciocho semanas.

Pues bien, de los antecedentes tenidos a la vista aparece que en el caso de la recurrente se verifican los presupuestos exigidos para extender dicho período a 18 semanas, de acuerdo con la norma aludida en el párrafo anterior.

Transcribese a doña...

Recurrente debe reintegrar las remuneraciones en exceso que percibió durante el tiempo en que hizo uso del permiso postnatal parental en modalidad de media jornada.

Dictamen N° 22.435
23 Marzo 2016

Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora ..., funcionaria de la Subsecretaría de Obras Públicas, reclamando en contra de la devolución que le fue solicitada por su empleador, de parte de las remuneraciones que le habrían sido pagadas entre los meses de marzo y agosto de 2012, periodo en que hizo uso del permiso postnatal parental en modalidad de media jornada.

Sobre el particular, cabe recordar que el artículo 6° de la ley N° 20.545 -en su texto vigente al momento en que la peticionaria hizo uso del referido permiso-, concedía a las y los servidores del sector público el derecho al descanso postnatal parental y al subsidio que éste origine en los términos del artículo 197 bis del Código Laboral, y conforme a las reglas contenidas en el decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Por su parte, el citado artículo 197 bis, en su inciso primero, dispone que las empleadas tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por licencia maternal a que se refiere el inciso primero del artículo 195.

Enseguida, su inciso segundo faculta a las servidoras para reincorporarse a sus labores una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso el descanso postnatal parental se extenderá a dieciocho semanas, y las habilitaba para recibir el cincuenta por ciento del subsidio que les hubiere correspondido conforme al inciso anterior y, a lo menos, el cincuenta por ciento de los estipendios fijos determinados en el contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tengan derecho.

Así, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial, de las liquidaciones de sueldo de la peticionaria, se advierte que si bien aquella hizo uso del permiso postnatal parental en modalidad de media jornada, su empleador le enteró la totalidad de sus remuneraciones,



y no el porcentaje de estipendios y subsidio indicado en la normativa previamente citada, razón por la cual cabe concluir que procede la devolución de lo que percibió en exceso.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha estimado necesario puntualizar que, de la revisión efectuada por esta Entidad Fiscalizadora, aparece que el monto que debe restituir la señora..., por concepto de remuneraciones, corresponde a \$705.731, y no a aquel que fue determinado por esa institución, lo que deberá tenerse presente para efectos del cobro pertinente.

Finalmente, cabe destacar que mediante la resolución exenta N° 4.989, de 2015, este Organismo de Control

condonó el cincuenta por ciento de lo adeudado por la recurrente y le otorgó facilidades para la restitución del remanente, para lo cual se consideró el monto erróneo indicado por ese servicio.

Por ende, se remiten los antecedentes a la Unidad de Control de Remuneraciones de la División de Personal de la Administración del Estado de esta Entidad Fiscalizadora, a fin de que se modifique, respecto de la interesada, la aludida resolución exenta N° 4.989, de 2015.

Transcríbese a la peticionaria y a la Unidad de Control de Remuneraciones, de la División de Personal de la Administración del Estado de esta Contraloría General.

*No es la más fuerte de las especies
la que sobrevive y tampoco la más inteligente.
Sobrevive aquella que más se adapta al cambio.*

*CHARLES DARWIN
Naturalista Inglés*

DE LA DIRECCION DEL TRABAJO

Negociación Colectiva; Efectos de la interposición de la acción que persigue la declaración de un solo empleador; Suspensión de la negociación y del fuero; Deniega reconsideración del dictamen N° 6776/89, de 28.12.2015.

Dictamen Ord. N°1.054/22
18 Febrero de 2016

Mediante documento indicado en el antecedente, ha solicitado a esta Dirección la reconsideración del dictamen N°6776/089 de 28.12.2015, que establece, que *"La suspensión del proceso de negociación colectiva, por disposición del artículo 507 inciso 2° del Código del Trabajo, incluye todos los aspectos, entre otros el del fuero"*.

La reconsideración solicitada se fundamenta específicamente en que en opinión del recurrente, el dictamen que se reclama, desincentivaría la interposición de demandas judiciales que tienen por objeto la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales. Además, los trabajadores involucrados en acciones judiciales de ese tipo, quedarían en la indefensión, pudiendo el empleador tomar represalias por la demanda, despidiéndolos, sin que éstos dispongan del especial mecanismo del fuero para contrarrestar dicha acción.

Al respecto, cúpleme manifestar a Ud. que los argumentos y consideraciones hechos valer en la presentación que nos ocupa fueron debidamente ponderados y analizados al emitir el pronunciamiento impugnado, por lo cual no constituyen nuevos antecedentes que permitan a esta Dirección modificar el criterio sustentado en el dictamen N°6776/089 de 28.12.2015.

Como ya se indicara en el dictamen cuya reconsideración se solicita, el artículo 3° del Código del Trabajo, en sus incisos 4° al 7°, señala:

"Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales,

cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común.

La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior.

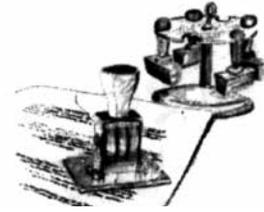
Las empresas que cumplan lo dispuesto en el inciso cuarto serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley, de los contratos individuales o de instrumentos colectivos.

Las cuestiones suscitadas por la aplicación de los incisos anteriores se sustanciarán por el juez del trabajo, conforme al Párrafo 3° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, quien resolverá el asunto, previo informe de la Dirección del Trabajo, pudiendo requerir además informes de otros órganos de la Administración del Estado. El ejercicio de las acciones judiciales derivadas de la aplicación del inciso cuarto, así como la sentencia definitiva respectiva, deberán, además, considerar lo dispuesto en el artículo 507 de este Código".

Por su parte, el inciso 2° del artículo 507 del Código del Trabajo, prescribe lo siguiente:

"Estas acciones podrán interponerse en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código; si el procedimiento judicial iniciado sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras se resuelve, entendiéndose para todos los efectos legales prorrogada la vigencia del instrumento colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, día en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley".

Del precepto legal recién transcrito, se infiere que, la declaración de empleador único para efectos laborales



y previsionales requiere sea deducida una acción judicial, la cual puede interponerse en cualquier tiempo, salvo durante el período de negociación a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV del Código del Trabajo. Tratándose de la circunstancia en que el período de tramitación del juicio sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, se establece entre sus efectos, la suspensión de los plazos y efectos de la negociación colectiva y la extensión de la vigencia del contrato colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, momento en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal.

Al respecto, este Servicio mediante Dictamen N°3406/54 de 03.09.2014 señaló que el sentido interpretativo de la citada disposición es propender a que el proceso de negociación colectiva sea desarrollado en su totalidad una vez que la sentencia judicial que se pronuncia sobre la calificación de un solo empleador respecto de dos o más empresas, se encuentre ejecutoriada, a fin de que los trabajadores puedan iniciar su negociación una vez que conozcan el resultado del juicio, y con ello las condiciones estructurales de su contraparte.

Ahora bien, el artículo 309 del Código del Trabajo dispone:

"Los trabajadores involucrados en una negociación colectiva gozarán del fuero establecido en la legislación vigente, desde los diez días anteriores a la presentación del proyecto de contrato colectivo hasta la suscripción de este último, o hasta la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se dicte."

Del precepto legal preinserto se infiere que el legislador para garantizar el normal desarrollo del proceso de negociación colectiva, otorgó expresamente el beneficio del fuero a los trabajadores que estuvieren involucrados en dicho proceso, por un período que abarca desde los diez días anteriores a la presentación del proyecto y hasta la conclusión misma de la negociación colectiva, lo que se produce, según el tenor de la norma en comento, con la suscripción del contrato colectivo o con la notificación del fallo arbitral que se dicte, según el caso.

Del estudio de la historia fidedigna de la ley N°20.760, se desprende con toda claridad que la intención del legislador fue que la prórroga de la vigencia del contrato colectivo anterior, mientras se substancia el juicio en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, considera la

suspensión de todos los aspectos de la negociación colectiva incluso el del fuero.

Así se desprende de lo señalado por la Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social, al dar respuesta a una consulta del Senador Navarro, en cuanto a qué efectos tendría la prórroga de la vigencia del contrato colectivo anterior sobre el fuero, en los siguientes términos:

"... para contestar la duda del Senador Navarro, quiero señalar que de la disposición propuesta se deduce que los efectos legales se entienden prorrogados hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, es decir, la prórroga incluye todos los aspectos, entre otros, el del fuero."

"Por lo tanto, tendríamos que entender que, como el fuero se inicia diez días antes de la presentación del proyecto de negociación colectiva y termina 30 días después, se deben respetar esos períodos, pero considerando la prórroga de su vigencia hasta 30 días después de la sentencia."

En ese contexto, el Dictamen N°3406/054 de 03.09.2015, de este Servicio, al respecto indica:

"Considerando que se suspenden los efectos y plazos del proceso de negociación colectiva, y el instrumento colectivo vigente ha quedado prorrogado hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, se ha producido una alteración de los plazos y efectos de la negociación colectiva reglada."

"Por lo anterior, el legislador ha dispuesto que la reanudación de la negociación será "en la forma que determine el tribunal". En consecuencia corresponderá que en la sentencia, o eventualmente en el acta de conciliación, se determine como deberá desarrollarse la negociación colectiva cuyo plazo de inicio se suspendió por haberse ejercido la acción judicial derivada de la aplicación del inciso cuarto del artículo 3°."

"Es claro entonces, que el legislador, en este caso, ha alterado las reglas generales del artículo 322, inciso primero, que dispone que el proyecto de contrato colectivo debe ser presentado con una anticipación de 40 a 45 días previos al término de vigencia del contrato o convenio colectivo."

"De esta forma se puede inferir que la oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo deberá ser precisamente el día 30 contado desde la certificación de ejecutoria de la sentencia. "

Es decir, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado, sino que, se encuentra suspenso por disposición legal, forzoso resulta concluir que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, igualmente se difiere, iniciándose en la forma que determine el tribunal, o bien considerando la prórroga del contrato colectivo anterior hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia.

Por otra parte, es del caso agregar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, se encuentra concebido en virtud de la negociación colectiva, para garantizar el normal desarrollo de ésta, por consiguiente, no se explica de qué manera podría estar vigente éste si la negociación colectiva aún no se ha iniciado por disposición legal.

A modo ejemplar, es del caso considerar la situación establecida en el inciso 1° del artículo 369 del Código del Trabajo, en que se establece la prórroga del contrato colectivo anterior con la finalidad de continuar las negociaciones tendientes a obtener un acuerdo entre las partes, en otros términos, se prórroga la vigencia del contrato colectivo anterior con el objeto de seguir negociando, por lo tanto, en dicha situación el fuero de que gozan los dependientes involucrados en un proceso de negociación colectiva se mantiene durante la prórroga del contrato colectivo anterior, atendido que las partes, deben seguir negociando los términos del contrato. No obstante, en el escenario establecido en el inciso 2° del artículo 507 del Código del Trabajo, las partes, organización sindical y empresa, no se encuentran negociando, sino que a la espera, en tanto se tramita y resuelve la acción judicial por parte del tribunal.

En consecuencia, en la situación que se examina no corresponde jurídicamente afirmar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo se encuentra vigente, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester indicar, que los trabajadores que han iniciado una acción judicial, en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, no se encuentran desprotegidos, si sufren represalias o son objeto de prácticas antisindicales por dicha causa, pueden denunciar los hechos vulneratorios al tribunal competente, acciones que se enmarcarán necesariamente en la esfera del Procedimiento de Tutela Laboral establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo.

En consecuencia, atendido lo expuesto, cumplo con informar a Ud. que se niega lugar a la reconsideración del dictamen N°6776/089 de 28.12.2015, de este Servicio.

Trabajadores del comercio; Reponedores de supermercados; Atención directa al público; Calificación; Reconsidera doctrina.

Dictamen Ord. N°1.139/26
24 Febrero de 2016

Mediante presentación del Ant. 4) el interesado ha solicitado a la Sra. Inspectora Provincial del Trabajo de Valparaíso un pronunciamiento acerca de si es obligatorio o voluntario para los dependientes mercaderistas o reponedores de..., trabajar en días festivos.

La citada autoridad, a través de Ord. del Ant. 3), remitió la solicitud a este Departamento, acompañando los respectivos documentos, conforme a lo cual el suscrito informa a Ud. lo siguiente:

1. Previo a absolver derechamente lo consultado en la especie, resulta necesario dilucidar la situación en la que se encuentran actualmente los reponedores de supermercados y similares frente al mandato del artículo 38 del Código del Trabajo, precepto que regula las excepciones al descanso dominical y en festivos.

Para tal efecto, cabe considerar que el citado artículo 38, en sus incisos 1° a 5°, dispone:

"Art. 38. Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

1. en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable;

2. en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria;

3. en las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados;



4. en los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa;

5. a bordo de naves;

6. en las faenas portuarias;

7. en los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo. Con todo, esta excepción no será aplicable a los trabajadores de centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, en lo relativo al feriado legal establecido en el artículo 169 de la Ley N° 18.700 y en el artículo 106 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, y

8. en calidad de deportistas profesionales o de trabajadores que desempeñan actividades conexas.

Las empresas exceptuadas de este descanso podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos. Las horas trabajadas en dichos días se pagarán como extraordinarias siempre que excedan de la jornada ordinaria semanal. En el caso de los trabajadores a que se refiere el número 7 del inciso anterior, sea cual fuere la jornada de trabajo en la que se desempeñen, las horas ordinarias trabajadas en día domingo deberán ser remuneradas con un recargo de, a lo menos, un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria. Dicho recargo deberá liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones del respectivo período. El valor de la hora ordinaria y el recargo señalado serán la base de cálculo a efectos de la determinación, en su caso, del valor de la hora extraordinaria trabajada en dichos días domingo.

Las empresas exceptuadas del descanso dominical deberán otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios, aplicándose la norma del artículo 36. Estos descansos podrán ser comunes para todos los trabajadores, o por turnos para no paralizar el curso de las labores.

No obstante, en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberán necesariamente otorgarse en día domingo. Esta norma

no se aplicará respecto de los trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos, y de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos.

Cuando se acumule más de un día de descanso en la semana por aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto, las partes podrán acordar una especial forma de distribución o de remuneración de los días de descanso que excedan de uno semanal. En este último caso, la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32".

Ahora bien, la doctrina de este Servicio ha estimado que los trabajadores que se desempeñan como reponedores, realizan una actividad que se encuadra dentro del N° 2 del referido artículo 38, pudiendo el respectivo empleador distribuir la jornada de trabajo de estos dependientes abarcando domingos y festivos, con todos los alcances que la propia disposición contempla.

En efecto, el Ord. N°2881 de fecha 27.6.2012, sostuvo, en lo que interesa, lo siguiente:

"(...)consta fehacientemente que el personal encargado de reponer mercaderías en supermercados, desarrolla específicamente las siguientes labores: 1) mantener góndolas con productos del cliente en todas sus categorías; 2) limpieza de productos que se encuentran en venta; 3) limpieza de góndolas; 4) rotar los productos en los espacios asignados; 5) chequear productos y cantidades de productos en las góndolas y en función de ello retirar productos de bodega; 6) revisar mermas, y 7) hacer ajustes de pedido y de demanda de productos.

De esta forma, se ha podido establecer que el personal en que incide la consulta planteada, se desempeña en supermercados y establecimientos similares, a los cuales la empresa recurrente presta las funciones de suministrar trabajadores que, en lo fundamental, reponen mercaderías y las disponen de forma tal, que se facilite su exhibición y venta a los eventuales compradores.

Debe descartarse, en consecuencia, que este personal se encuentre en la hipótesis descrita en el artículo 38 N°7, del Código del Trabajo, puesto que esta norma establece como condición esencial que el dependiente atienda directamente al público, lo que no ocurre en la especie.

Así entonces, del análisis del desempeño de este personal, teniendo presente las disposiciones del citado artículo 38, se infiere que las labores que éstos desarrollan exigen continuidad por las necesidades que satisfacen, lo que permite sostener que tales dependientes se encuentran exceptuados del descanso dominical y de días festivos, en virtud del N°2 del citado artículo del Código del Trabajo."

Sin embargo, un mejor examen, tanto de la realidad laboral de los trabajadores reponedores, como de las características y forma en la que éstos deben desarrollar la correspondiente actividad productiva, obliga a concluir que la citada doctrina ya no se ajusta a los hechos actuales, resultando necesario modificarla.

Efectivamente, las funciones del reponedor que, en lo central, se traducen en poner los diversos productos a disposición del público que se encuentra comprando o planificando su compra, se erige como una actividad que integra el servicio de oferta y venta de mercadería al detalle que desarrolla el supermercado, cuyo destino no son sino los consumidores finales que concurren a sus dependencias.

En esa línea argumental, cabe señalar que, la actividad comercial cotidiana de los supermercados, en lo que respecta a la atención del público, no puede entenderse limitada exclusivamente al procedimiento de cobro y pago radicado en las distintas "cajas" del establecimiento, por cuanto deviene evidente que dicha atención abarca otros servicios previos, como serían, en lo que nos interesa, el ofrecer la diversidad de mercaderías, mediante la conveniente exposición y mantención de pasillos y góndolas con los productos a vender, tarea que se cumple permanentemente y durante la hora de atención general; del mismo modo, el servicio consistente en renovar y restituir de manera continua y organizada los productos en las góndolas y anaqueles, ordenándolos y eliminando los dañados, entre otras acciones, da cuenta de un sistema prediseñado e implementado por los supermercados cuyo objetivo es inducir, promover, asistir y facilitar la compra de productos por el público que concurre al establecimiento, pudiendo entonces sostenerse que la actividad de reposición -con las diversas funciones que involucra- es una de las actividades que, dentro del comercio al detalle desarrollado por los supermercados, presta un servicio a los consumidores en la etapa de búsqueda y selección de los productos que han de comprar, ocupándose de la necesidad de los clientes de tener las diversas mercaderías a su disposición, en cantidad, variedad y orden.

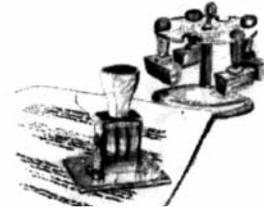
Estas prestaciones, como se ha dicho, no pueden sino formar parte de la actividad de servicio o atención directa al público que se observa en el funcionamiento cotidiano del supermercado, cuya oferta indiscriminada precisamente exige ocuparse del comprador o eventual comprador de la manera ya sumariamente explicada, sin perjuicio de que operen secciones o módulos de atención más personalizada, como serían por ejemplo, las de carnicería, pastelería y similares.

Las consideraciones antedichas en nada cambian si la actividad de marras es realizada al interior del supermercado total o parcialmente por una empresa externa, desde que lo calificado dice relación exclusiva con la actividad productiva y no con los sujetos que puedan ejecutarla.

Así las cosas, analizando lo expuesto a la luz de las excepciones enumeradas en el artículo 38, ya transcrito en lo pertinente, corresponde establecer que los trabajadores que, durante los horarios de atención al público de los supermercados, laboran en éstos como reponedores, ejercen una actividad que se encuadra dentro del numeral séptimo del citado precepto, al desempeñarse en establecimientos de comercio y de servicios que atienden directamente al público, entendiéndose que realizan tal atención por el hecho de efectuar las funciones de reposición con las características reseñadas en este informe.

Cabe agregar, sobre la base de lo recién concluido, que también ha de considerarse, respecto de los trabajadores en comento, lo dispuesto en el actual inciso segundo del artículo 38 y en el artículo 38 bis, ambos del Código del Trabajo -modificado por la Ley N° 20.823-; así como lo sostenido por esta Dirección en el Ord. 4755/058 de 14.9.2015, el cual, en lo medular, señala que la nueva normativa incorporada por la Ley N° 20.823, que fija un sistema remuneracional particular respecto de aquellos trabajadores que, comprendidos en el N° 7 del artículo 38, ejecuten sus labores en día domingo y que, además, otorga 7 días adicionales de descanso en domingo a los mismos dependientes, resulta aplicable a todos los trabajadores que se desempeñan en los establecimientos de comercio y de servicios, sea que la labor que desarrollan se relacione o no con la atención de público.

Como consecuencia del criterio vertido en los párrafos anteriores, téngase por reconsiderada toda doctrina administrativa contraria a lo concluido en este pronunciamiento.



1. En lo que respecta a los trabajadores mercaderistas o reponedores por los que se consulta, cabe esclarecer si se encuentran sujetos a la norma del artículo 38 del Código del Trabajo por desempeñar una actividad enmarcada dentro de alguno de sus numerales.

Al efecto, tenido a la vista el ejemplar de contrato individual de trabajador mercaderista, acompañado por el solicitante, texto que sirve de referencia para ilustrar la situación general de los demás dependientes que desempeñan tal función, se obtiene, a partir de la lectura de la cláusula tercera, que el trabajador *"queda sujeto a una jornada de 45 horas semanales distribuidas en seis días continuos"* y que está *"exceptuado del descanso dominical en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 N°2 del Código del Trabajo"*.

Agrega la misma cláusula que los turnos de trabajo estarán establecidos en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

A su vez, dicho reglamento dispone, según copia de anexo acompañada por el sindicato requirente, que *"De conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Código del Trabajo, los trabajadores que se desempeñen como mercaderista, mercaderista volante y capitán de sala estarán sujetos a una jornada de trabajo de 45 horas semanales distribuidas de lunes a domingo con una jornada de cinco o seis días a la semana, dependiendo del turno al que se encuentren afectos. En consecuencia, los trabajadores deberán desempeñar sus funciones en días domingos y festivos; por la naturaleza de los servicios contratados, al menos dos días de descanso recaerán en día domingo"*.

Por su parte, el contrato colectivo de 18 de noviembre de 2013, vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, suscrito entre la empresa... y el Sindicato Nacional de Mercaderistas ... en el inciso 2° de su cláusula séptima prescribe que *"Las horas extraordinarias que se trabajen en domingos y festivos se pagarán con un recargo del 100% sobre el valor de la hora ordinaria"*.

En cuanto a las funciones que desempeñan los mercaderistas en salas de venta y cadenas de supermercados, cabe indicar que, según la estipulación primera del contrato individual de trabajo el trabajador debe realizar la implementación de precios, la reposición de productos en góndolas, buscar oportunidades en góndolas para mejorar calidad de la visibilidad, capturar novedades de la competencia en los puntos de venta, entre otras tareas.

Lo anterior se ratifica en el reglamento interno y en la propia presentación que nos convoca, al ser identificada la labor de mercaderista como de reponedor.

Con todo, merece precisar que la determinación de la causal por la cual los trabajadores se hallan exceptuados del descanso dominical conforme al artículo 38 del Código del ramo no está entregada a la voluntad discrecional de las partes, ni aún siquiera al mutuo acuerdo formalizado, siendo el legislador el que define si una clase o tipo de actividad productiva está eximida de ese descanso por pertenecer a algunos de los numerales taxativamente prescritos por la referida disposición.

En este extremo, resultará inepta a los fines de la norma la cláusula contractual o cualquiera declaración de una o ambas partes que señale como causal de excepción al descanso dominical alguno de los numerales del artículo 38, si objetivamente la actividad merece encuadrarse en otro.

En consecuencia, estimándose por el suscrito que las funciones de los reponedores corresponden a una actividad que se encuadra dentro del N°7 del artículo 38 del Código del Trabajo; existiendo, a la vez, coincidencia de las partes sobre las labores desempeñadas por los mercaderistas, cuyo no son sino las propias del reponedor; y estando convenida mediante contrato colectivo la forma de pago de la jornada extraordinaria que se realice en domingo y festivos; cumpla con informar a Ud. que, estando regidos los referidos dependientes por la citada disposición, resulta obligatorio que ellos presten servicios durante domingos y festivos, teniendo como contrapartida los derechos que la propia norma confiere, así como aquellos que puedan provenir del acuerdo individual o colectivo sobre el particular.

Sistema computacional de control de asistencia y determinación de las horas de trabajo; Dispositivos móviles; Actualiza doctrina contenida en dictamen N°696/27, de 24.01.1996.

Dictamen Ord. N°1.140/27
24 Febrero de 2016

Considerando los avances tecnológicos y el constante aumento -tanto en número como en complejidad-, de las consultas relativas a la implementación y utilización de sistemas computacionales de registro de asistencia y determinación de las horas de trabajo, se ha estimado necesario actualizar la doctrina institucional vigente sobre la materia, contenida en el dictamen N°696/27, de 24.01.1996.

En efecto, la realidad actual permite sostener que algunos de los requisitos establecidos en el dictamen precitado, no resultan ya aplicables a los sistemas que se utilizan hoy en día o, aún siendo exigibles, existen otros parámetros tecnológicos que deben ser considerados y regulados a fin de dar certeza jurídica a las partes de la relación laboral, en cuanto a los mecanismos que se empleen para la determinación precisa de la asistencia y horas laboradas y, al mismo tiempo, permitir la inclusión de una serie de labores que son desarrolladas sin sujeción a un sistema de control de jornada y asistencia, por tratarse de servicios que se prestan fuera del establecimiento del respectivo empleador.

En virtud de lo señalado en los párrafos que anteceden, el presente informe incorpora como mecanismos de control de jornada y asistencia aceptados por este Servicio, según se verá más adelante, dispositivos móviles que pueden ser portados por el trabajador, tales como un teléfono celular, la utilización de sistemas de georeferenciación o ubicación satelital, uso de reportes electrónicos, etc.

Ahora bien, la reiterada jurisprudencia de este Servicio ha señalado que no se encuentra dentro de sus facultades el certificar a priori que las características técnicas de un sistema de control, permitan asimilarlo a un registro de asistencia y determinación de las horas de trabajo, en los términos establecidos en el artículo 33 del Código del Trabajo, hasta que el mismo no sea implementado en una empresa en particular y, por ende, sea posible su fiscalización en terreno.

Por tales razones, la competencia de esta Dirección se encuentra limitada a que se cumplan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas al implementarse el referido sistema por una empleadora, situación que deberá ser analizada en cada caso en particular.

Por ello, es que las denominadas solicitudes de autorización para implementar un determinado sistema computacional de control de asistencia y determinación de las horas de trabajo, han sido resueltas por esta Dirección hasta la fecha, en términos de limitarse a determinar si los antecedentes acompañados se ajustan o no a las exigencias establecidas en la ley, jurisprudencia administrativa y normativa reglamentaria vigente sobre la materia.

Precisado lo anterior, es dable indicar que el artículo 33 del Código del Trabajo, prescribe:

"Para los efectos de controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo, sean ordinarias o extraordinarias, el empleador llevará un registro que consistirá en un libro de asistencia del personal o en un reloj control con tarjetas de registro."

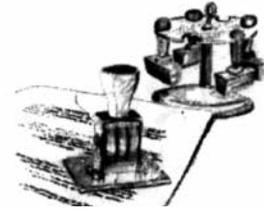
De acuerdo al precepto transcrito, los mecanismos de registro que contempla el Código del Trabajo para determinar la asistencia y las horas de trabajo, sean ellas ordinarias o extraordinarias, son:

- a) Un libro de asistencia del personal, o
- b) Un reloj con tarjetas de registro.

No obstante ello, este Servicio, en virtud de la facultad contemplada en la letra b) del artículo 1°, del D.F.L. N°2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, ha homologado a las alternativas señaladas una serie de mecanismos tecnológicos que han permitido modernizar la normativa laboral sobre la materia.

En tal orden de consideraciones, cabe precisar que las características que deben cumplir los sistemas computacionales de control de asistencia y determinación de las horas de trabajo, son las siguientes:

- 1) **Marcaciones:** En primer término, es dable señalar que la obligación de registrar asistencia debe ser cumplida a través de un acto voluntario del trabajador, sin importar el tipo de sistema de registro de asistencia que utilice el empleador.



Ahora bien, precisado lo anterior, cabe hacer presente que el sistema debe registrar en forma automática -al momento de la respectiva marcación- el nombre completo del trabajador y el número de su cédula nacional de identidad, indicando fecha, hora y minuto en que se inicia o termina la jornada de trabajo y, además, los datos del empleador. La misma información contendrán los registros de las demás marcaciones que, opcionalmente, desee incorporar el empleador, como salida o regreso de colación. Además, automáticamente luego de cada registro el sistema deberá registrar un "Checksum1" o "Hash2" de los datos de cada operación.

Si existiere algún inconveniente al realizar la marcación, el sistema deberá generar una alerta señalando día, hora y lugar de la operación fallida, emitiendo, además, un código de la operación y un mensaje de error, los que serán almacenados en el sistema y entregados al trabajador, sea en formato de papel o mediante su envío de manera electrónica.

Finalmente, cabe señalar que todas las marcaciones deberán ser transferidas, en línea, a una base de datos central -sin importar si se trata de equipos fijos o móviles-. Ello, sin perjuicio de los respaldos que puedan contemplarse opcionalmente.

2) Identificación: El registro de asistencia electrónico por parte del trabajador, podrá realizarse a través de cualquier mecanismo de identificación, pudiendo éste considerar parámetros biométricos, tarjetas con banda magnética u otros documentos de identificación, claves o password, token, etc., en la medida que la alternativa escogida permita dar certeza respecto de la identidad de la persona que efectúa la respectiva marca, la fecha del evento y -si corresponde- su ubicación y, al mismo tiempo, sea asimilable al concepto de firma electrónica simple que contiene el artículo 2º, letra f), de la Ley N°19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma.

Asimismo, se deberá tener presente que el mecanismo de identificación no deberá vulnerar los derechos fundamentales de los dependientes.

La identificación de los dependientes por parte del sistema, podrá realizarse de manera presencial o mediante login remoto, por ejemplo, utilizando equipos portátiles -celulares u otros- o computadores ubicados fuera del establecimiento del empleador.

Si el respectivo sistema de control utilizare como medio de identificación tarjetas con banda magnética, se les deberá asociar, en forma permanente, el número de la cédula nacional de identidad del trabajador. Además, la tarjeta deberá llevar impreso dicho número en su parte anterior junto al nombre completo del dependiente.

Cuando los sistemas de registro de asistencia contemplen el uso de dispositivos móviles -smartphone por ejemplo-, siempre deberán ser portados por el trabajador o, si ello no es posible por el tipo de mecanismo, el equipo siempre debe encontrarse disponible para realizar marcaciones, no pudiendo quedar nunca la determinación de la hora del registro al mero arbitrio del empleador. En el caso de los sistemas de registro que utilizaren para la identificación de los trabajadores claves o password, se deberá contemplar la posibilidad de que el dependiente las modifique a su elección las veces que estime necesario, sin más restricciones que los parámetros mínimos de seguridad, por ejemplo, cantidad de números, letras o uso de mayúsculas.

Atendido que este Servicio, como resultado de su labor fiscalizadora, ha verificado que existen personas que pueden presentar problemas frente a un registro biométrico y que también existen labores que afectan el debido reconocimiento, el sistema deberá contemplar una fórmula alternativa de registro -tarjetas de aproximación o claves, por ejemplo-.

3) Comprobantes de marcación: Los sistemas de control de asistencia regulados por el presente dictamen deberán entregar -en forma automática al trabajador- un comprobante de cada operación realizada, aún si se tratare de un error de identificación o falla en la marca. Este requisito puede ser cumplido de dos maneras:

3.1) El dispositivo podrá contar con una impresora u otro elemento similar conectado al mismo, que permita la emisión del respectivo comprobante en formato de papel. En este caso, el equipo de impresión debe encontrarse junto o próximo físicamente al registro de asistencia, a objeto de que el trabajador pueda acceder al comprobante inmediatamente después de realizar la respectiva marcación.

3.2) El sistema podrá emitir electrónicamente los comprobantes de las marcaciones, enviándolos automáticamente al trabajador a través de un email, en formato imprimible. Para estos efectos, el empleador solicitará a los trabajadores una casilla electrónica personal para el envío de los comprobantes de que se

trata. Si los dependientes no tuvieran una cuenta de email o no quisieran entregarla, la documentación podrá ser enviada al correo institucional del dependiente, si existiere. En caso que el trabajador que se hubiere negado inicialmente solicitare que la documentación le sea remitida a su mail particular, el empleador deberá acceder a la solicitud.

De no existir correo electrónico institucional tampoco, respecto de este trabajador se aplicará lo dispuesto en el número 3.1) precedente. El hecho de que la empleadora cuente con intranet, tótems con pantalla touch, etc., permitirá mejorar la disponibilidad de la información, pero no se entenderá cumplida la obligación de que se trata mientras los comprobantes no se envíen automáticamente por correo electrónico.

Atendido que la mantención de correos electrónicos particulares no es una obligación para los dependientes, el uso de ellas deberá ser autorizado expresamente por el trabajador. Para tal efecto, deberán entregar voluntariamente al empleador los datos de la casilla personal de correo electrónico en la que desea recibir su información, lo que deberá constar por escrito en los respectivos contratos de trabajo o anexos de los mismos.

De esta forma, el trabajador siempre deberá contar con un respaldo automático de cada operación realizada, cumpliéndose así el objetivo que tuvo en vista el legislador al establecer los sistemas tradicionales de registro de asistencia.

3.3) Contenido. Todos los comprobantes deberán indicar, a lo menos, la siguiente información:

- Trabajador: La fecha de la marcación con el formato dd/mm/aa.
- Trabajador: La hora de la marcación con el formato hh/mm/ss
- Trabajador: El número de la cédula nacional de identidad del trabajador con puntos, guión y dígito verificador.
- Empleador: Rut con puntos y guión; o número de la cédula nacional de identidad con puntos, guión y dígito verificador si el empleador fuera persona natural.
- Empleador: razón social de las personas jurídicas o nombre completo si fuera persona natural.
- Empleador: Domicilio, indicando calle, número, piso, oficina, comuna, ciudad y región.

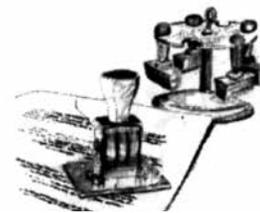
- En caso de utilizar equipos portátiles o móviles dotados de sistemas de posicionamiento global -GPS-, u otros mecanismos que permitan identificar la ubicación física del trabajador, tales como teléfonos celulares, el comprobante deberá, además de los datos indicados previamente, señalar el lugar en que se realiza la marcación, con la mayor precisión posible.
- En caso de utilizar conexiones remotas a sistemas o plataformas de propiedad del empleador, y que éstas les permitan almacenar fecha, hora y lugar desde donde se realizan tales conexiones, podrán ser utilizadas como registro de asistencia del trabajador que realiza la conexión. En este caso será obligatoria la definición de un identificador único para cada trabajador y que la contraseña o sea sólo conocida por él.

4) **Reportes semanales:** Atendido que los sistemas informáticos actuales permiten obtener automáticamente resúmenes de horas trabajadas semanales, bisemanales, etc., aquellos empleadores que opten por una plataforma de las que en este pronunciamiento se regulan, no estarán obligados a generar y mantener firmados los reportes señalados en el artículo 20 del Reglamento N°969, de 1933, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

5) **Disponibilidad del servicio:** el empleador será siempre responsable de la operación y mantención de los componentes que constituyen la plataforma de control de asistencia electrónica.

En dicho orden de ideas, es dable precisar que el servicio de aplicaciones (sistema o sitio web por ejemplo) que mantiene funcionando la solución tendrá que estar distribuido en más de un servidor (equipo) y/o datacenter, de manera que el trabajador no pierda la posibilidad de registrar los eventos asociados con la jornada. Igualmente, el servicio de base de datos que mantenga almacenada la información que se genere con la utilización de la plataforma, deberá encontrarse replicado y respaldado en dispositivos de almacenamiento externos, de tal forma que en caso de algún incidente, se pueda recuperar la información histórica. Además, las bases de datos deberán tener sistemas de seguridad que impidan el acceso a personal no autorizado y que prevengan la adulteración de información post-registro.

Los respaldos de la información indicados en el párrafo anterior, deberán tener mecanismos de seguridad, por



ejemplo códigos de "Hash" o firmas electrónicas, que aseguren la integridad del contenido de dichos respaldos, es decir, que la información que se consulte no haya sufrido alteraciones o, si las hubo, que ellas sean indicadas en los reportes y/o marcaciones.

6) Verificación: Los sistemas de registro y control de asistencia deberán ser analizados y revisados en forma íntegra por una persona jurídica dedicada a la certificación -laboratorios por ejemplo- o al desarrollo de tecnología antes de su primera comercialización o implementación en una empresa determinada. La institución verificadora deberá ser jurídicamente independiente de la empresa u organismo que desea comercializar o utilizar la plataforma, vale decir, no podrá ser matriz, filial, empresa coligada, relacionada, ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con la compañía que importará, comercializará o utilizará el sistema.

El proceso de verificación deberá incluir la revisión, a nivel de software y hardware, de todos los aspectos técnicos, funcionales, de seguridad e inviolabilidad señalados en el presente informe. Durante el examen, la institución que realice el análisis deberá considerar, al menos, los siguientes aspectos:

6.1.- Seguridad: la plataforma tecnológica completa deberá incorporar las medidas necesarias para impedir la alteración de la información o intrusiones no autorizadas. Tales como controles de acceso restringido, cifrado de información confidencial, etc. En particular, el sistema deberá considerar un control de acceso que asegure la autenticación y autorización correcta para cada perfil de usuario que utilice la plataforma.

La plataforma deberá asegurar el registro de cada actividad realizada, de forma tal que puedan determinarse los riesgos o incidentes de seguridad.

6.2.- Confidencialidad: la plataforma deberá considerar componentes y desarrollos tecnológicos que aseguren la visualización de información de acuerdo a perfiles de seguridad pertinentes y apropiados para cada función (empleador, trabajador, fiscalizador, etc.). La definición de cada perfil, así como la respectiva asignación de personas a los mismos, deberá quedar registrada en un sistema de auditoría de la plataforma. Este registro deberá ser automático y sólo deberá ser accesible mediante perfiles de administración.

6.3.- Disponibilidad: la plataforma deberá considerar componentes y desarrollos tecnológicos que aseguren la permanente disponibilidad de la información que se mantenga almacenada, para su consulta vía Web.

6.4.- GPS: La entidad que realice la verificación del sistema de geoposicionamiento global, cuando se trate de soluciones que permitan identificar la ubicación del trabajador al realizar la respectiva marcación, deberá considerar que se empleen equipos modernos, vale decir, con fecha de fabricación 2013 o posterior, con wifi, plan de datos y GPS encendido. La verificación deberá considerar que en un máximo de 3 minutos la aplicación debe ser capaz de lograr una ubicación con un margen de error inferior a un radio de 30 metros (diámetro de 60 metros) para, al menos, el 95% de las marcaciones. Atendida la finalidad de este mecanismo, las pruebas no deben ser realizadas en recintos cerrados.

6.5.- Requisitos funcionales: La entidad que realice la verificación del sistema deberá extender un informe final, señalando las pruebas a que ha sido sometido.

Dicho informe final se estructurará en el mismo orden contenido en el presente oficio, e indicará expresamente el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para la validación de los sistemas de que se trata. El referido informe señalará, asimismo, las razones técnicas por las que se considera que el sistema cumple cada condición.

En el mismo sentido, cabe precisar que el empleador es responsable por el correcto funcionamiento del sistema, por lo que cualquier desperfecto o falla que afecte, entorpezca o impida la realización, envío o fiscalización de los registros exigidos, será sancionado de acuerdo a la normativa vigente.

El proceso de certificación deberá repetirse cada 24 meses, contados desde la fecha de emisión del certificado anterior.

7) Acceso para fiscalización: El empleador será responsable de mantener disponible la plataforma con la información actualizada y, además, deberá asegurar el acceso de los fiscalizadores a los reportes para llevar a cabo la función inspectiva de este Servicio.

El acceso señalado podrá ser presencial (en las mismas dependencias del empleador) o bien remoto (desde equipos de la Dirección del Trabajo). Estos accesos deberán considerar una comunicación segura (HTTPS),

utilizando puertos estándares del protocolo habilitado y mecanismos de seguridad del tipo TLS 1.0 o superior. Los sistemas deberán adaptarse a las exigencias técnicas de esta Dirección para obtener la siguiente certificación que les corresponda.

8) Compatibilidad con otros sistemas: la utilización de un sistema de registro de asistencia que se ajuste a las condiciones expuestas en el presente informe, no obsta a la existencia de otro sistema especial para el mismo empleador, como puede ocurrir, entre los dependientes que presten servicios fuera del establecimiento del empleador y el personal administrativo de la misma compañía.

En estos casos, cada sistema podrá operar válidamente respecto de los trabajadores que corresponda, en la medida que su implementación se realice de acuerdo a las normas legales y administrativas vigentes sobre la materia.

Una vez acreditado ante este Servicio el cumplimiento de todos los requisitos señalados en el presente informe, los sistemas podrán ser comercializados e instalados sin que posteriormente cada empleador usuario deba solicitar nuevamente autorización para uso. Lo anterior, no excluye la posibilidad de que el empleador usuario del sistema sea fiscalizado por esta Dirección y sancionado, si se detectaren infracciones mediante inspecciones en terreno.

9) Vigencia: la obligatoriedad de las normas contenidas en el presente dictamen regirá desde la fecha de su publicación. No obstante ello, los sistemas de registro de asistencia que se encontraren en funcionamiento de acuerdo a lo dispuesto en el dictamen N°696/27 de 24.01.1996, tendrán un plazo de 360 días corridos para adaptarse a la nueva regulación.

Por su parte, los sistemas que se desarrollen de acuerdo a la presente normativa podrán funcionar, provisoriamente, durante los primeros 180 días corridos sin la acreditación indicada en el cuerpo del presente informe. Transcurrido dicho plazo, deberán demostrar ante este Servicio haber obtenido satisfactoriamente el pertinente certificado.

De tal manera, se considerarán compatibles con lo dispuesto en el artículo 33 del Código del Trabajo, aquellos sistemas computacionales de registro de asistencia y determinación de las horas de trabajo, que reúnan las condiciones copulativas señaladas en el cuerpo del pre-

sente dictamen. Ello, sin perjuicio de las observaciones que este Servicio, en uso de su facultad fiscalizadora, pueda efectuar en lo sucesivo mediante fiscalizaciones en terreno respecto de cada sistema en particular.

Déjase sin efecto todo otro pronunciamiento de este Servicio que resulte incompatible con la doctrina expuesta en el presente informe.

Modelo de prevención del delito; Incumplimiento; Causal de término de contrato; Competencia Tribunales de Justicia; Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad; Legalidad.

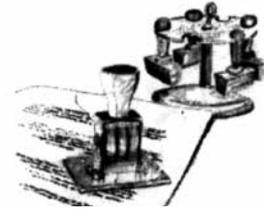
Dictamen Ord. N°1.265
4 Marzo de 2016

Mediante presentación del antecedente 2), Ud. ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección respecto de las siguientes materias:

1. Si resulta procedente que el empleador, en atención a la adopción e implementación del modelo de prevención del delito que contempla la ley N°20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, obligue a sus trabajadores a suscribir un anexo de contrato para dar cumplimiento a dicha ley. Y si resulta ajustado a derecho, que respecto de dicha obligación, se incluya mediante anexo del contrato de trabajo una cláusula contractual que disponga que *"Las partes acuerdan elevar esta cláusula a la calidad de esencial de manera que su incumplimiento por parte del trabajador significará el término inmediato de su contrato de trabajo por incumplimiento grave de sus obligaciones, sin derecho a indemnización..."*

2. Si resulta ajustado a derecho el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa... S.A.

Al respecto, cumpla con informar a Ud. que la ley N°20.393, publicada en el Diario Oficial del día 02.12.2009, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, prescribiendo en su artículo tercero, inciso tercero, inserto en el Título primero denominado "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", que:



"Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente."

Asu vez, el artículo cuarto número 3°, del mismo cuerpo normativo, dispone:

"Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos. El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los

trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma".

Del análisis conjunto de las disposiciones legales precedentemente transcritas se infiere que las personas jurídicas dan cumplimiento a los deberes de dirección y supervisión, cuando, previo a la comisión de un delito, han implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de uno de los delitos previstos en la referida ley N° 20.393.

Se infiere, asimismo, que en caso que la persona jurídica adopte el modelo de prevención a que se refiere el inciso tercero del artículo tercero del cuerpo legal en comento, el legislador impone al respectivo encargado de prevención, en conjunto con la administración, el deber de contemplar, como mínimo, los elementos descritos en los literales a), b), c) y d), antes transcritos. Estableciéndose, además, expresamente que la materia de marras sea señalada e incorporada en el correspondiente reglamento, debiendo esta regulación interna ser incluida expresamente en los contratos de trabajo de todos los trabajadores.

De ello se sigue, que por expreso mandato del legislador, la persona jurídica que tenga la calidad de empleador y que ha tomado la decisión de adoptar e incorporar el modelo de prevención a que se refiere el artículo 3° de la ley N° 20.393, se encuentra obligado a incorporar a los contratos de trabajo la normativa interna contenida en el respectivo reglamento que se dicte al efecto.

Sin perjuicio de lo anterior, el contenido de dicho instrumento, así como cualquier otro que el empleador en uso de sus facultades desee implementar, deberá ajustarse a lo previsto en el inciso primero del artículo 5°, del Código del Trabajo, cuya disposición, establece que:

"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".

Del precepto legal precedentemente transcrito se infiere que el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, esto es, la potestad de mando, potestad disciplinaria y el poder de variación o ius variandi, tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales del trabajador.

Función limitadora que se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, tanto al inicio de ésta o, incluso antes -procesos de selección de personal-, en su desarrollo y en su conclusión. Lo anterior quiere decir, por más elemental que parezca, que al empleador no le ha de bastar como argumentación frente a un reproche de afectación a un derecho fundamental del trabajador, el que se ha limitado a ejercer su potestad de mando, o el poder disciplinario que la ley lo autoriza o que se ha limitado a los márgenes que le permite el mismo legislador para variar ciertas condiciones del contrato, pues el sólo ejercicio de tal poder nada dice respecto a la posible lesión de uno o más derechos fundamentales.

En este sentido, y dado que la posible colisión de derechos fundamentales del trabajador con las potestades del empleador, materializadas, en la especie, en el instrumento en análisis, no se encuentra resuelto por el legislador, esta Dirección en uso de sus facultades interpretativas ha establecido mediante reiterados pronunciamientos que en caso de no existir una norma que resuelva dicho conflicto, tendrá que resolverse mediante un análisis casuístico en base al denominado "principio de proporcionalidad", que se materializa en tres sub principios, a saber:

1. Principio de idoneidad: *"El cual exige que la medida que restringe el derecho fundamental del trabajador permite alcanzar efectivamente un fin legítimo, entendiéndose por tal, un interés de naturaleza constitucional".*

2. Principio de necesidad: *"Importa que la medida que restringe el derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una medida alternativa que logre el mismo resultado -idónea- y que sea menos agresiva con el derecho fundamental en cuestión".*

3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Por éste se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la limitación. *"Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. Esta operación supone tres pasos básicos: primero, determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental del trabajador; segundo, determinar el grado de importancia del derecho del empleador que opera en sentido contrario; y, tercero debe compararse a ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro".*

Por consiguiente, de verificarse una situación vulneratoria de derechos fundamentales, corresponderá en su oportunidad y previa constatación de cada caso en particular, hacer, a la luz de la aplicación de tales principios, el respectivo análisis.

Ahora bien, en relación a si resulta ajustado a derecho, que respecto de dicha obligación, se incluya mediante un anexo al contrato de trabajo una cláusula contractual que disponga que *"Las partes acuerdan elevar esta cláusula a la calidad de esencial de manera que su incumplimiento por parte del trabajador significará el término inmediato de su contrato de trabajo por incumplimiento grave de sus obligaciones, sin derecho a indemnización..."*, cabe señalar que el artículo 168 del Código del Trabajo, en sus incisos primero, segundo y cuarto, disponen:

"El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:

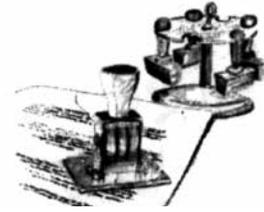
a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;

b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;

1. En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160.

Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento.

Si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas



en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores".

De la norma legal antes transcrita, se deduce que por expreso mandato del legislador la facultad de declarar tanto si la aplicación de las causales de término del contrato de trabajo que establece la ley es injustificada, indebida o improcedente, como que no se ha invocado ninguna causal legal y, también, para ordenar el pago de las indemnizaciones que la misma norma en comento prevé, se ha depositado exclusivamente en los tribunales de justicia.

Igualmente, se concluye que las partes no están facultadas para constituir convencionalmente, otras causales de terminación del contrato de trabajo que no sean las establecidas en la legislación laboral y que solamente a los Tribunales de Justicia le corresponde ponderar la posibilidad y efectividad de los motivos invocados.

De suerte que, cualquiera sea la convención de las partes, la ponderación de los hechos que se estiman constitutivos de una causal de terminación del contrato de trabajo, corresponderá, en definitiva, a los Tribunales de Justicia, acorde con lo dispuesto por el art. 168 del Código del Trabajo.

2.- Por último, respecto a la pregunta signada en este punto, esto es, si resulta ajustado a derecho el reglamento interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa Help S.A., cabe señalar que la Resolución Exenta N°691 de 09.07.2010, que instruye sobre la actuación de esta Dirección del Trabajo en materia de revisión y fiscalización de Reglamento Interno, ha resuelto, en lo pertinente, que se delega, en las Direcciones Regionales, Inspecciones Provinciales y Comunales del Trabajo, las funciones de revisar y objetar los reglamentos internos a que se refiere el artículo 153 del Código del Trabajo, con arreglo a las pautas que se indican en dicha resolución.

Por consiguiente, a la luz de lo dispuesto en la referida resolución, se ha remitido copia de la presentación y de los respectivos antecedentes, a la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Oriente, para su conocimiento y resolución.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, doctrina enunciada y consideraciones formuladas, cumpto con informar a Ud. que respecto a la materia consultada debe estarse a lo señalado en el cuerpo del presente informe.

Trabajadora de casa particular; Descanso en días festivos; Remuneración de días festivos.

Dictamen Ord. N°1.519/30
15 Marzo de 2016

Mediante presentación del antecedente 3), solicitó Ud. a esta Dirección, un pronunciamiento sobre la procedencia de pago de los días feriados que coinciden con el día de trabajo respecto de una trabajadora de casa particular que se desempeña "puertas afuera" los días lunes, miércoles y viernes, como asimismo, si resulta jurídicamente procedente negociar con ella especialmente respecto de los feriados que recaen en día lunes.

Al respecto, cumpto con informar a Ud. lo siguiente:

Respecto de su primera consulta cabe señalar que el artículo 150, inciso 1° del Código del Trabajo, prescribe:

"El descanso semanal de los trabajadores de casa particular que no vivan en la casa del empleador, se regirá por las normas generales del párrafo 4, Capítulo IV, Título I, de este Libro."

A su vez, el artículo 35, inciso 1°, del mismo cuerpo legal, dispone:

"Los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días."

Por su parte, el artículo 40 bis de esta normativa señala que:

"Se podrán pactar jornadas de trabajo a tiempo parcial, considerándose afecto a la normativa del presente párrafo, aquellos en que sea convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a que se refiere el artículo 22."

El artículo 44, inciso 1° de esta misma preceptiva, establece:

"La remuneración podrá fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes o bien por pieza, medida u obra, sin perjuicio de lo señalado en la letra a) del artículo 42."

El artículo 7° del Código del Trabajo, prescribe:

"Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada."

De las normas antes transcritas aparece que los trabajadores de casa particular que no viven en la casa del empleador tienen derecho a descanso los días domingo y festivos. Así lo ha señalado esta Dirección en el punto IV del dictamen N° 4268/068, de 30.10.14.

Es importante tener en consideración que en virtud de lo dispuesto por el artículo 7° del Código del Trabajo una de las principales obligaciones de todo empleador es pagar al trabajador la remuneración convenida.

En la especie Ud. consulta por una trabajadora con jornada de 9 horas diarias que desempeña sus labores los días lunes, miércoles y viernes. Por consiguiente, en primer lugar, cabe señalar que dicha dependiente está afecta a una jornada parcial de trabajo.

Ahora bien, atendido lo expuesto en acápites anteriores, si un día festivo coincide con el día en que el trabajador de casa particular debe prestar sus servicios ese día corresponderá a un día de descanso y el empleador está obligado a pagar la remuneración correspondiente por tal día, si se ha pactado una remuneración mensual, quincenal o semanal, por cuanto en tal evento la remuneración estaría cubriendo todos los días que comprende el mes, quincena o semana, según corresponda.

En relación a su segunda consulta referida a la posibilidad de negociar con la trabajadora respecto de los días feriados que recaigan en días lunes, cumpro con señalarle que, en la especie, la trabajadora según lo planteado en su consulta sólo presta servicio los días lunes, miércoles y viernes, esto es, se encuentra sometida, en cuanto a su descanso semanal, a la regla general contenida en el artículo 35 del Código

del Trabajo, norma que no permite negociar el día de descanso.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud. que:

1.- El empleador debe pagar al trabajador de casa particular que no vive en la casa del empleador los días festivos que coincidan con el día en que debe prestar servicios si se ha pactado una remuneración mensual, quincenal o semanal.

2.- En el caso de una trabajadora de casa particular que no vive en la casa del empleador, y que presta servicios sólo los días lunes, miércoles y viernes, no resulta jurídicamente procedente convenir respecto del día lunes que coincide con un festivo, debiendo aplicarse la regla general que se señala en el presente dictamen.

Protección a la maternidad; Cuidado personal como medida de protección; Acceso a los beneficios de la maternidad.

Dictamen Ord. N° 1.646/31
21 Marzo de 2016

Mediante presentación del Ant. 4), la Corporación..., refiriéndose al alcance del inciso 8° del artículo 203 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N°20.399, formula las consultas que se resumen del modo siguiente:

1. Si el cuidado personal comprendido en una medida de protección del menor, aun cuando se trate de una medida cautelar provisoria, puede entenderse dentro del concepto de cuidado personal que contempla el artículo 203 inciso 8° del Código del Trabajo al regular el derecho de sala cuna.

2. Si quien tiene el cuidado personal del menor con motivo de una medida de protección, puede gozar de los otros derechos de la maternidad que consagra la normativa laboral.

En respuesta a lo consultado, cumpro con informar a Ud. lo siguiente:



1. En el marco de la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, regulada en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, el artículo 203, al establecer el derecho a sala cuna, dispone en su inciso 8°:

"El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador."

De la norma transcrita se obtiene que el legislador le ha hecho extensivos los derechos de sala cuna y de traslado del menor al o a la dependiente que, en virtud de una resolución del tribunal de justicia competente, tiene el cuidado personal del niño o niña menor de dos años.

Precisado lo anterior, corresponde determinar si es asimilable a la situación en comento la condición del trabajador o trabajadora a quienes, no siendo padre ni madre del menor (terceros calificados de apoyo familiar), se les ha entregado el cuidado del menor como medida de protección temporal dispuesta por resolución del Tribunal de Familia competente.

Como primera consideración, cabe señalar que, en el ámbito de la Justicia de Familia, la autoridad jurisdiccional tiene amplias facultades para adoptar medidas protectivas en beneficio del menor y sus derechos, las que siempre deberán tener por fundamento el interés superior del niño, niña o adolescente, permitiendo el legislador que, en virtud de esta cautela, el juez competente entregue, en determinados casos, el cuidado del menor a personas que no son sus padres.

En efecto, la Ley N°19.968 sobre tribunales de familia, regula las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes en el Título VI de los Procedimientos Especiales, disponiendo en el artículo 68 inciso 2° que la intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño, niña o adolescente de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado.

A su turno, en el artículo 71 de la misma ley se establece que en cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez, entre otras tutelas, podrá adoptar como medidas cautelares la entrega del menor

al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia o decretar el ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. Del mismo modo, el Artículo 74 permite excepcionalmente al Tribunal adoptar la medida de separación del niño de sus padres, pudiendo confiar su cuidado a un establecimiento de protección si se dan las condiciones que la propia norma señala.

La preceptiva en comento también autoriza medidas cautelares como las ya señaladas en materia de violencia intrafamiliar.

Ahora bien, conforme a la doctrina jurídica del ramo, el cuidado personal del menor *"se refiere al conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos. Como por ejemplo, determinar su residencia, convivir con él, cuidarlo, educarlo, etc."*

, concepto del que participa, al menos para el efecto que nos interesa, la norma del artículo 203 inc. 8° del Código del Trabajo, ya transcrita.

En este sentido, no puede sino sostenerse que las medidas de protección que contempla la Ley N°19.968, mediante las cuales se entrega el cuidado del menor a un tercero, envuelven en sí el cuidado personal que el legislador pretende resguardar a través de toda la preceptiva que tiene incidencia en la materia, no quedando ajena la modificación que, del artículo 203 del estatuto laboral, ha efectuado la Ley N°20.399 citada en la presentación que nos convoca.

Asimismo, tales medidas de cautela, como ya se explicó, sólo pueden ser dispuestas en virtud de resolución de un tribunal con competencia en la sede de familia, por lo que la forma, fondo y aplicación de las mismas se encuentra suficientemente amparada por la autoridad jurisdiccional, cumpliéndose así el requisito que se desprende del artículo 203 inc. 8° del Código del Trabajo.

Una interpretación diferente implicaría suponer que el cuidado personal involucrado en medidas de protección como las mencionadas pertenece a una categoría distinta de cuidado o atención del menor, introduciéndose así un factor de discriminación que no encontraría justificación en nuestro ordenamiento jurídico, cuya base institucional precisamente contempla el principio de igualdad y proscripción de la discriminación arbitraria.

A su vez, corresponde interpretar ampliamente la citada norma del artículo 203, desde que el servicio de sala cuna que la ley asegura a la trabajadora cede en beneficio preeminente del menor al proveerle de los cuidados y educación propios de los primeros años de vida, durante el tiempo que su madre dedica al trabajo. En este sentido, resulta ineludible incluir en el examen del caso el parámetro de respeto de los derechos del niño consagrados en instrumentos internacionales que se erigen como norma plenamente vinculante en nuestro país.

En su art. 2 el Convenio dispone: *"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación"*. Y en el art. 3 N°1 se lee: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

, y, particularmente, la consideración al denominado interés superior del niño, el cual, según la jurisprudencia de la E. Corte Suprema, constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.

Del mismo modo, el criterio extensivo es reafirmado mediante el elemento sistemático que es posible aplicar al caso en estudio, por cuanto, al regular la protección a la maternidad, el legislador ha incorporado disposiciones a través de las cuales comprende expresamente los casos en que incide una medida de protección, v.gr., en los artículos 199 inc. 2° y 200 inc. 1° del Código del Trabajo, que conceden, respectivamente, el permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año y el permiso postnatal parental a quienes se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección.

Así las cosas, respecto de la primera consulta que se ha resumido al inicio de este informe, cabe sostener que la norma contenida en el artículo 203 inc. 8° del Código del Trabajo -modificado por la Ley N°20.399 de 23.11.2015- que amplía el derecho de sala cuna al trabajador o trabajadora a quien, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal del menor de dos años, es aplicable también al o a la dependiente que ha asumido el cuidado del menor en virtud de resolución

del tribunal competente que otorga la correspondiente medida de protección o cautela conforme al ordenamiento jurídico vigente.

1. En cuanto a si es procedente extender otros derechos de la maternidad al trabajador o trabajadora a quien, por aplicación de una medida de protección, se le ha entregado el cuidado de un menor, cabe señalar que el Código del Trabajo se ha encargado de contemplar los siguientes derechos en el ámbito de la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar, que, en el evento de darse las pertinentes condiciones, podrían regir en beneficio del referido trabajador o trabajadora:

i) Permiso y subsidio en el caso del menor de un año que requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave.

En este particular el artículo 199 inc. 2° dispone:

"Tendrá también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección."

ii) Permiso en el caso del menor de 18 años que requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte.

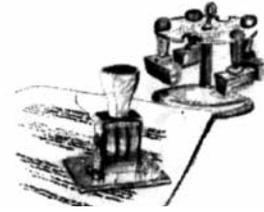
En lo que interesa, el artículo 199 bis, inc. 2° establece:

"Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Con todo, dicho permiso se otorgará al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. A falta de ambos, a quien acredite su tuición o cuidado."

iii) Permiso postnatal parental.

El artículo 200 prescribe en su inc. 1° lo siguiente:

"La trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la Ley N° 19.620, tendrá derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis."



Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por doce semanas."

iv) Derecho a dar alimento al hijo menor de dos años.

El artículo 206, en lo pertinente, establece:

"Asimismo, ejercerá este derecho la trabajadora o el trabajador al que se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de conformidad con la ley N°19.620 o como medida de protección de acuerdo con el número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores."

Ahora bien, respecto del fuero maternal que se alude en la presentación que nos convoca, cabe señalar que no procedería entenderlo dentro de los derechos que el legislador le ha extendido a los trabajadores a quienes, no siendo los padres del menor, se les ha confiado el cuidado personal de éste con motivo de una medida judicial de protección. Ello por cuanto el artículo 201 del Código del Trabajo ha limitado la institución del fuero maternal a la madre, al padre que hace uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis, y a la persona soltera o viuda a quien se les confíe judicialmente el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley N°19.620 sobre adopciones, o se le otorgue la tuición según el artículo 24 de esa ley.

Lo anterior corresponde ser entendido sin perjuicio de la norma contenida en el artículo 195 inc. 3° del Código del Trabajo, que dispone que *"Si la madre muriera en el parto o durante el periodo de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198."*

A su turno, necesario es señalar que otros derechos de la maternidad, como la prohibición de trabajos perjudiciales para la salud durante el embarazo, el descanso prenatal y postnatal (salvo la situación eventual anotada en el párrafo anterior) más los respectivos subsidios, tienen como titular a la madre, por la propia naturaleza del hecho que los genera, mientras que el permiso por fallecimiento del hijo, le pertenece exclusivamente a los padres conforme se desprende de lo preceptuado en el artículo 66 del Código del Trabajo.

Por último, cabe agregar que las consultas formuladas en los puntos 3 y 4 de vuestra presentación ya se encuentran comprendidas dentro de los párrafos que anteceden, razón por la cual el suscrito omitirá referirse directamente a ellas.

En consecuencia, sobre la base de las normas y consideraciones anotadas, cumplo con informarle lo siguiente:

1. La norma contenida en el artículo 203 inc. 8° del Código del Trabajo -modificado por la Ley N°20.399 de 23.11.2015- que amplía el derecho de sala cuna al trabajador o trabajadora a quien, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal del menor de dos años, es aplicable también al o a la dependiente que ha asumido dicho cuidado por haber decretado el tribunal competente la correspondiente medida de protección o cautela conforme al ordenamiento jurídico vigente.

2. Los derechos de la maternidad que se extienden al trabajador o trabajadora a quien se le ha entregado el cuidado de un menor como medida de protección dispuesta judicialmente son aquellos que se exponen en el numeral segundo de este informe.

*Un ser moral es aquel que es capaz
de reflexionar sobre sus acciones pasadas
y sus motivos, de aprobar a algunos
y desaprobando a otros.*

*CHARLES DARWIN
Naturalista Inglés*

Suprema, 5344-2015. Derecho a semana corrida de trabajadores que perciben sueldo y remuneraciones variables no está condicionado a que éstas últimas deban devengarse.*

Sumario:

De la lectura de la norma, luego de la modificación aludida, se desprende, como primera cuestión, que se ha extendido el beneficio de la semana corrida -originalmente previsto para aquellos trabajadores remunerados exclusivamente por día- a otro segmento de trabajadores, que son aquellos remunerados con sueldo mensual y remuneración variable. Como segunda cuestión, destaca que el precepto establece para ambos grupos de trabajadores, un mismo derecho o beneficio, cual es el de la llamada semana corrida, cuyo objeto no es otro que el de obtener una remuneración en dinero por los días domingos y festivos, con lo que se busca favorecer el descanso efectivo de los trabajadores en dichos días. Y una tercera cuestión que se observa, es que no obstante compartir ambos grupos de trabajadores este mismo derecho o prerrogativa, el tratamiento que se les da para efectos de calcular la remuneración que obtendrán por los días domingos y festivos, es diferente y, podría agregarse, independiente. En efecto, en el caso de los remunerados exclusivamente por día, se hará en función del promedio de lo ganado diariamente, y en el segundo caso -en el de aquellos que tienen una remuneración mixta- el promedio será en relación únicamente a la parte variable de sus remuneraciones.

En mérito de lo señalado, es posible sostener que el derecho al descanso remunerado, previsto en el artículo 45 del Código del Ramo, de los trabajadores que perciben un sueldo mensual y remuneraciones variables, no está condicio-

nado a que éstas últimas deban devengarse en forma diaria, por lo que procede unificar la jurisprudencia en el sentido indicado.

Santiago, veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos RIT O-2553-2014, RUC 1440023170-3, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en procedimiento ordinario por nulidad del despido, despido improcedente y cobro de prestaciones, caratulados "Llanos con Corpbanca", por sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil catorce, se hizo lugar a la demanda deducida por don Alejandro Iván Llanos González sólo en cuanto declara que el despido de que fue objeto el actor es improcedente y condena a la demandada Corpbanca a pagarle el recargo legal correspondiente, más los reajustes e intereses establecidos en el Código del Trabajo; acoge la excepción de compensación opuesta y rechaza en todo lo demás la demanda.

En contra del referido fallo, el demandante interpuso recurso de nulidad, fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por diversas infracciones de ley, en lo que interesa al caso, por errónea aplicación del artículo 45 del Código del Trabajo, y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de dieciocho de marzo de dos mil quince, lo rechazó en todas sus partes.

En relación a esta última decisión, el demandante interpuso recurso de unificación de jurisprudencia solicitando que esta Corte lo acoja y dicte sentencia de reemplazo, haciendo lugar a todas las prestaciones demandadas.

Se ordenó traer estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 483 y 483 A del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existen distintas interpretaciones, sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de tribunales superiores de justicia, con el objeto de que esta Corte declare cuál es la interpretación que estima correcta.

*Esta Jurisprudencia es colaboración de nuestro suscriptor Abogado Alejandro de la Vega.



Segundo: Que la materia de derecho que el recurrente solicita unificar, consiste en precisar los supuestos de procedencia para el pago del beneficio de la semana corrida.

Sostiene, al efecto, que la sentencia ha incurrido en un error de interpretación del artículo 45 del Código del Trabajo, al concluir que el demandante no tiene derecho a semana corrida por no devengarse la parte variable de sus remuneraciones, por unidad de tiempo diaria. Indica que ello contraría la aludida norma, por cuanto ésta no contiene la exigencia indicada para situaciones como la del actor, cuya remuneración es de carácter mixto, esto es, compuesta por un sueldo fijo mensual y remuneración variable, en el caso de autos, consistente en comisiones por las operaciones realizadas.

Señala que en un caso similar, la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol N°159-2010, interpreta la norma en una forma, a su juicio, acertada, ya que establece que a un trabajador remunerado con sueldo fijo y remuneración variable le correspondía percibir dicho beneficio, al margen de la unidad de tiempo en que se devenguen las comisiones por ventas. Especifica el referido fallo que, la circunstancia de devengarse diariamente la remuneración variable no es un elemento constituyente de la norma aludida, esto es, del artículo 45 modificado en beneficio de los trabajadores que perciben sueldo mensual y remuneraciones variables.

Pide se unifique la jurisprudencia en el sentido que el pago del descanso dominical y días festivos, esto es, el beneficio de semana corrida, le corresponde al trabajador remunerado con sueldo fijo y remuneración variable, al margen de la unidad de tiempo en que se devenguen las comisiones, como en la sentencia de contraste que ha invocado.

Tercero: Que, examinado el fallo que se menciona, agregado a estos antecedentes a fojas 39, es posible advertir que, efectivamente, contiene una interpretación diferente a la realizada en la sentencia impugnada, en la medida que, mientras para ésta el artículo 45 del Código del Trabajo exige el devengo diario de la remuneración variable, porque la entiende asociada a la productividad diaria del trabajador, la sentencia de contraste sostiene que la circunstancia de devengarse o no diariamente la remuneración no es un elemento constituyente de la norma para los trabajadores que son remunerados con sueldo mensual y remuneración variable.

La sentencia de contraste llega a la conclusión que se ha esbozado, luego de analizar la modificación introducida al artículo 45 del Código del Trabajo, por la Ley N°20.281, la que, entiende, incorpora un segundo grupo de trabajadores a quienes le reconoce “igual derecho” a la semana corrida que el grupo que lo tenía hasta la fecha -aquellos remunerados exclusivamente por día- y que está constituido por los trabajadores remunerados por sueldo mensual y remuneraciones variables, no obstante, como ambos se remuneran en forma diferente y para obtener el beneficio deben basarse en un promedio, se prevé que, en el primer caso, se calcula considerando las remuneraciones diarias de cada uno de los días trabajados y en el segundo, en función de la parte variable de la remuneración, excluyendo de la base el sueldo mensual. Así las cosas, no aparece que la modificación pase por exigir que la remuneración variable deba devengarse en forma diaria.

La sentencia en comento se explaya, asimismo, en el análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, a través de la cual pone de relieve que la idea fundamental en la materia fue mejorar la situación de los trabajadores afectos a remuneración mixta, respecto de quienes “a pretexto de un sueldo mensual que no refleja sus ingresos mensuales, quedan privados del derecho a descanso semanal pagado en relación a sus remuneraciones variables”, razón por la cual se propuso extender el beneficio de la semana corrida a dicho segmento de trabajadores, “particularmente de aquellos que construyen sus ingresos en virtud de comisiones”.

Cuarto: Que, en tal circunstancia, procede que esta Corte se pronuncie, estableciendo cuál es la interpretación que le parece correcta respecto de la materia de derecho planteada.

Quinto: Que la institución de la semana corrida estaba regulada, originalmente, en el artículo 45 del Código del Trabajo, en los siguientes términos:

“El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingos y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana”.

Fruto de la modificación introducida por la Ley N°20.281 del año 2008, se agregó el siguiente párrafo; “Igual

derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero en este caso, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones”.

De la lectura de la norma, luego de la modificación aludida, se desprende, como primera cuestión, que se ha extendido el beneficio de la semana corrida -originalmente previsto para aquellos trabajadores remunerados exclusivamente por día- a otro segmento de trabajadores, que son aquellos remunerados con sueldo mensual y remuneración variable. Como segunda cuestión, destaca que el precepto establece para ambos grupos de trabajadores, un mismo derecho o beneficio, cual es el de la llamada semana corrida, cuyo objeto no es otro que el de obtener una remuneración en dinero por los días domingos y festivos, con lo que se busca favorecer el descanso efectivo de los trabajadores en dichos días. Y una tercera cuestión que se observa, es que no obstante compartir ambos grupos de trabajadores este mismo derecho o prerrogativa, el tratamiento que se les da para efectos de calcular la remuneración que obtendrán por los días domingos y festivos, es diferente y, podría agregarse, independiente. En efecto, en el caso de los remunerados exclusivamente por día, se hará en función del promedio de lo ganado diariamente, y en el segundo caso -en el de aquellos que tienen una remuneración mixta- el promedio será en relación únicamente a la parte variable de sus remuneraciones.

En consecuencia, del tenor de la norma en análisis no es posible desprender que a los trabajadores con remuneración mixta, les sea exigible que la remuneración variable sea devengada diariamente, como sostiene la sentencia recurrida.

Sexto: Que el examen de la historia fidedigna del establecimiento de la ley contribuye a comprender el sentido de la reforma introducida por la ley N°20.281.

De acuerdo a lo señalado en el Mensaje que acompañó al proyecto que dio origen a la ley N°20.281, publicada en julio de 2008, se advierte que originalmente la propuesta de cambio legal apuntaba, únicamente, a “determinar que el sueldo base, es decir, el estipendio fijo en dinero o en especies, que percibe el trabajador por sus servicios, no puede ser inferior al mínimo legal, sin perjuicio que el resto de la remuneración se componga de elementos variables que en forma de incentivo recompensen una mayor productividad, o mayores ventas, o bien, un mejor aporte del trabajador

al crecimiento de las utilidades de la empresa.” Tuvo para ello en consideración que, en ciertos sectores, la interpretación de la normativa acerca de la remuneración, como un concepto complejo que incorpora tanto elementos fijos, como variables, llevó a entender que toda la remuneración del trabajador podía ser variable, en tanto ésta no fuera inferior al mínimo legal, lo que implicaba la aplicación de esquemas remuneracionales que no consideraban la existencia de sueldo base, o se pactaban sueldos de cantidades insignificantes (\$1.000, \$10.000, \$20.000), estableciendo que el trabajador debía completar el sueldo mínimo legal mediante su productividad.

No obstante, durante el curso de la tramitación del proyecto, específicamente en el segundo trámite legislativo, en el Senado, se escuchó a los representantes de distintas entidades gremiales, que advirtieron que “la modificación que propone el proyecto en materia de sueldo base no soluciona la carencia del descanso remunerado dispuesto en el artículo 45 del Código del Trabajo”, la que, según señalaron, había sido “una de las reivindicaciones más importantes sostenidas a lo largo del tiempo”. Así, el Secretario General de la Confederación de Trabajadores del Comercio y Servicios, manifestó que este era un problema para los trabajadores comisionistas que reciben bajos sueldos mensuales, e “hizo hincapié en que el citado artículo sólo otorga derecho a remuneración por los días domingos y festivos, a los trabajadores remunerados exclusivamente por día, dejando de lado la realidad de los que reciben sueldo mensual y remuneraciones variables”, por lo expuesto, “se mostró de acuerdo con el ingreso mínimo mensual que el proyecto garantiza, pero siempre que se contemple, además, el descanso remunerado por aquella fracción de los ingresos que corresponden a comisiones”.

Es así como el Ejecutivo presentó una indicación, tendiente a introducir en el artículo 45 del Código del Trabajo, la oración que dispone que “igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero en este caso, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.” Dicha indicación fue aprobada luego en el tercer trámite constitucional, Comisión Mixta, oportunidad en que los parlamentarios que intervinieron mostraron su satisfacción porque “también se incorpora el derecho a la remuneración del séptimo día, semana corrida, de aquellos trabajadores que tienen una remuneración mixta, vale decir, fija, más variable” (senadora Adriana Muñoz).



Séptimo: Que, en mérito de lo señalado, es posible sostener que el derecho al descanso remunerado, previsto en el artículo 45 del Código del Ramo, de los trabajadores que perciben un sueldo mensual y remuneraciones variables, no está condicionado a que estas últimas deban devengarse en forma diaria, por lo que procede unificar la jurisprudencia en el sentido indicado.

En tal circunstancia, yerran los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Santiago cuando al fallar el recurso de nulidad interpuesto por el demandante resuelven que la sentencia del grado no incurrió en error de derecho al estimar que el devengo diario es una exigencia de la remuneración variable, para tener derecho a la semana corrida, lo que no se verificaba en el caso en análisis.

En efecto, sobre la premisa de lo antes razonado, el recurso de nulidad planteado por la parte demandante, fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, en relación con el artículo 45 del mismo cuerpo legal, debió ser acogido y anulada la sentencia que por esa vía se impugnaba, puesto que dicho error influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Octavo: Que, por las consideraciones antes dichas, no cabe sino acoger el presente recurso de unificación de jurisprudencia, invalidando la sentencia del grado y procediendo a dictar, acto seguido y en forma separada, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Por lo reflexionado, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la parte demandante, en relación a la sentencia de dieciocho de marzo de dos mil quince, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que se lee a fojas 34 de estos antecedentes, que no hizo lugar al recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil catorce, emanada del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en autos RIT O-2553-2014, RUC 1440023170-3 y, en su lugar, se declara que esta última sentencia es nula parcialmente, sólo en lo que se refiere a la semana corrida solicitada, debiendo dictarse acto seguido y sin nueva vista, pero separadamente, la respectiva sentencia de reemplazo.

Acordada contra el voto de la ministra Muñoz, quien fue de opinión de rechazar el recurso de unificación de jurisprudencia, por estimar que la interpretación

efectuada por la sentencia impugnada, en el sentido de exigir el devengo diario de la remuneración variable, como supuesto de procedencia del derecho a la semana corrida de los trabajadores con remuneración mixta, es la acertada. Fundamenta su decisión en las siguientes consideraciones:

a) El sentido de la reforma al artículo 45 del Código del Trabajo fue, precisamente, el de solucionar el problema concreto de aquellos trabajadores cuya remuneración se estructuraba en base a comisiones, pero que también percibían un sueldo mensual, normalmente muy bajo, lo que los excluía automáticamente del beneficio de la semana corrida, al no ser remunerados exclusivamente por día, lo que de alguna forma se transformaba en un abuso;

b) Si bien el artículo 45 del Código del Trabajo no dice en forma expresa que para que los trabajadores con remuneración mixta puedan acceder al beneficio de la semana corrida, la remuneración variable debe ser devengada en forma diaria, lo cierto es que al señalar que éstos tienen “igual derecho”, se está refiriendo “a ser remunerados por los días domingos y festivos”, y la particularidad está dada porque se otorga el derecho, no obstante percibir un sueldo mensual, lo que supone que la exigencia de que la remuneración sea diaria -cuestión que es de la esencia de la institución- se verifica respecto del otro componente de la remuneración, el variable. De suerte que se entiende que se hizo esta extensión del beneficio, por considerar que el sueldo mensual con que se les remunera no refleja exactamente sus ingresos mensuales, ya que se trata de trabajadores efectivamente remunerados por comisiones diarias;

c) Así lo confirman, por lo demás, dictámenes de la Dirección del Trabajo, entre otros el N°3262/066 de 5.08.2008, que refiriéndose a la modificación introducida por la ley N°20.28 al artículo 45 del Código del Trabajo, señala lo siguiente: “Las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo de la semana corrida deberán reunir los siguientes requisitos:

- 2.1. Que sea devengada diariamente y
- 2.2. Que sea principal y ordinaria.

Por lo que concierne al requisito establecido en el punto 2.1. preciso es reiterar...que deberá estimarse que una remuneración se devenga diariamente, si el trabajador la incorpora a su patrimonio día a día, esto

es, aquella que el trabajador tiene derecho a impetrar por cada día trabajado”.

Regístrese.

Redactó la ministra Andrea Muñoz S.
N°5344-2015.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señores Carlos Cerda F., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante señor Rafael Gómez B. No firma el Abogado Integrante señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excm. Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de enero de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

44

Se rechaza Recurso de Unificación de Jurisprudencia, confirmando condena por maltrato laboral en CDE. Artículos 1, 477, 485 del Código del Trabajo en relación con los Artículos N°s 3, 10, 146 letra f) y 153 del Estatuto Administrativo.

La Corte Suprema, en fallo dividido procedió a rechazar el recurso de unificación de jurisprudencia presentado en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán, que rechazó el recurso de nulidad que había sido interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado (CDE) en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Laboral de Chillán que acogió la demanda presentada por dañar o lesionar los derechos fundamentales de la trabajadora respecto del derecho de igualdad y no discriminación con ocasión de la no renovación de su contrata el 31 de enero de 2015, por parte de su empleador (CDE).

En efecto, el juzgado en que se radicó la competencia en su sentencia señaló los requisitos para la aplicación supletoria de la normativa laboral, lo que por cierto, se dan curso. Primero, en base a La Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, la cual no establece algún tipo de procedimiento específico ante casos de vulneración de derechos fundamentales que prescriba alguna regla respecto ante dichos casos en el ámbito de la relación entre el organismo y sus funcionarios. Dicho esto, nada obsta para otorgar protección a los funcionarios públicos, frente a infracciones a sus derechos fundamentales. En efecto, el artículo N° 1° del Código del Trabajo, señala derechamente que respecto de los funcionarios de la Administración Pública, las normas del Código del Trabajo son supletorias, por ende, los funcionarios de la administración pública están comprendidos en la categoría de “trabajadores”. A mayor abundamiento, los trabajadores de la administración pública no se hallan excluidos de la aplicación del procedimiento de tutela laboral establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo, que se aplica respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores.

En el caso en cuestión, se ordenó al CDE pagar a la funcionaria desvinculada los siguientes montos: a).- \$2.735.619.- por concepto de indemnización sustitutiva por falta de aviso previo; b).- \$30.091.809.- por indemnización por años de servicios; c).- \$15.045.904.- por recargo legal del 50% de la indemnización por años de servicios, según lo dispuesto en el artículo 168 letra b) del Código del Trabajo; d).- \$16.417.714.- por indemnización adicional del artículo 489 del Código del Trabajo trascendente a seis remuneraciones.

La decisión de la Corte Suprema fue adoptada con el voto en contra del abogado integrante Quintanilla, quien estuvo por emitir pronunciamiento sobre el fondo del recurso, porque, en su concepto, se dan los presupuestos legales

Santiago, dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

A fojas 142 y 143: téngase presente.

Vistos:

Primero: Que en estos autos RITT-5-2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, caratulados “Concha con Fisco de Chile, Consejo de Defensa del Estado”, la parte demandada deduce recurso de unificación de jurisprudencia en contra de la sentencia dictada por la



Corte de Apelaciones de Chillán, que rechazó el recurso de nulidad interpuesto respecto del fallo del grado que acogió la denuncia de tutela de derechos fundamentales deducida por doña María Elizabeth Concha Rico.

Segundo: Que el artículo 483 del Código del Trabajo permite interponer el recurso de unificación de jurisprudencia contra la resolución que falle el recurso de nulidad “cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”.

Tercero: Que la materia de derecho objeto del juicio que el recurrente somete a la decisión de esta Corte, dice relación con: “si la autoridad requiere expresar motivo cuando un empleo servido bajo la modalidad de “contrata” expira por la llegada del plazo establecido para su nombramiento, o si dicha situación legal puede asimilarse a la figura de un despido que contempla el Código del Trabajo”.

Cuarto: Que la sentencia impugnada rechazó el recurso de nulidad que se fundó en la causal contenida en el artículo 477 del Código del Trabajo en relación con los artículos 3, 10, 146 letra f y 153 del Estatuto Administrativo, entre otros, porque “la existencia de una reglamentación estatutaria no ha sido desconocida en la sentencia impugnada, sino lo que se hace es la aplicación supletoria del Código del Trabajo respecto de la acción de tutela laboral para los funcionarios públicos, ya que su estatuto no contempla procedimientos idóneos que garanticen la eficacia de los derechos fundamentales de estos trabajadores”. Además, porque “la sentencia recurrida no desconoce la naturaleza precaria del cargo a contrata... sino que establece indicios suficientes para considerar que la no renovación de la contrata de la demandante se base en un criterio no justificado, desde el punto de vista de igualdad de trato, sin que la demandada haya dado una justificación razonable, fuera del carácter temporal de la condición de contrata, razón por la cual acoge la acción interpuesta”. 0121831597952

Quinto: Que, por su parte, las sentencias en que se apoya el recurso interpuesto, Roles N°1724-15, N°1868-15 y N°5434-14, todas de esta Corte, resuelven recursos de protección deducidos en contra de diversas autoridades administrativas, por estimar que la no renovación de una contrata no constituye un acto arbitrario e ilegal dado que, en los casos a que se refieren, se debió a la llegada del plazo.

Sexto: Que, dada la conceptualización del recurso en estudio, constituye un factor necesario para entrar a pronunciarse sobre el fondo del recurso deducido, la concurrencia de una o más resoluciones firmes que sustenten distinta línea de razonamiento al resolver litigios de idéntica naturaleza.

Séptimo: Que, como se advierte, las sentencias acompañadas se asientan en un hecho diverso al establecido en la impugnada -que no puede ser alterado en esta sede-, consistente en que la no renovación de la contrata se debió a que la demandada incurrió en la vulneración de derechos fundamentales, en los términos indicados en el motivo cuarto, cuestión que no se debatió en los recursos de protección traídos a modo de contraste, por lo que no resulta posible pronunciarse sobre la materia de derecho planteada por el recurrente, ya que no son homologables los presupuestos sobre los cuales el asunto controvertido fue resuelto.

Octavo: Que, en estas condiciones, no correspondiendo emitir pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, se debe desestimar el recurso deducido, teniendo especialmente en cuenta que no cumple con los presupuestos básicos para su interposición, y el carácter especialísimo y excepcional que reviste el arbitrio que se intenta, atendido los supuestos estrictos que contempla el artículo 483-A del estatuto laboral.

Por estas consideraciones, y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 483-A del Código del Trabajo, se declara que se desecha el recurso de unificación de jurisprudencia de fojas 52 interpuesto en relación con la sentencia de dieciocho de agosto de dos mil quince, agregada a fojas 12 bis y siguientes.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante señor Quintanilla, quien estuvo por emitir pronunciamiento sobre el fondo del recurso, porque, en su concepto, se dan los presupuestos legales.

Regístrese y devuélvase. N° 15.144-15

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Ricardo Blanco H., Gloria Chevesich R., Andrea María Muñoz S. y los Abogados (as) Integrantes Alvaro Quintanilla P., Jean Pierre Matus A.

Santiago, dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excm. Corte Suprema En Santiago, a dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, notifique en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Acoge demanda por despido injustificado de empaquetadores. Subordinación y dependencia. Artículos N° 3, 7, 10, 41, 44, 53, 63, 159, 162, 168, 172, 425 y siguientes del Código del Trabajo, Principios del Derecho del Trabajo.

Con fecha 8 de enero de 2016, el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso resolvió en acoger demanda contra una multitienda con ocasión del despido injustificado de los actores que laboraban como empaquetadores desde el año 2010 a mayo de 2015.

La referida sentencia señala expresamente que: "(...) tal como lo manifestara la parte demandante en su libelo, la existencia del instructivo que contiene la normativa aplicable a los empaquetadores antes referida es una muestra clara de que el trabajo no se realiza de forma independiente, sino que bajo la supervisión y dependencia de un tercero. En efecto, la empresa es quien determina la forma en que debe organizarse y realizarse el trabajo de empaquetador -lugar donde deben ubicarse, postura, normas de cortesía, separar productos, poner atención, evitar daños y pérdidas, etc-, regula la conducta que deben tener los empaques durante el desarrollo de la jornada laboral, establece la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento, e incluso, consagra una serie de prohibiciones y obligaciones en torno a la apariencia física del personal, todo lo cual es una manifestación clara y patente del ejercicio de las facultades de mando y dirección de todo empleador". Tal como va concluyendo el fallo citado indica de los propios antecedentes que se enrojan en la causa "(...) permiten adquirir convicción en orden a que los demandantes prestaron servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia de la demandada como empleadora, al estar sujetos a órdenes e instrucciones, ser supervigilados en el desempeño de sus labores y al tener que cumplir con una jornada de trabajo. Los actores debían someterse a la modalidad de trabajo impuesta por la empresa demandada en forma continua y permanente dentro de los horarios predefinidos dada la parrilla de turnos o pick de cajas de la demandada. No obsta las conclusiones precedentes las afirmaciones formuladas por los testigos de la parte demandada de autos dado que a juicio de este Juez carecen de imparcialidad por mantener un vínculo laboral con la demandada y de falta de credibilidad, dado que es un

hecho público y notorio que los empaquetadores de los denominados retail existen, y se relacionan con los cajeros de ellas a través del dialogo no siendo viable concluir que nunca tomaron noticia de modo alguno de su función u organización como lo declaran alguna de los testigos de la parte demandada. (...)"

Es sencillo concluir que de acuerdo al mérito de autos, sólo existió el ánimo de esconder la figura de relación laboral bajo contrato de trabajo por parte de la demandada, disfrazándolo de una relación privada o de carácter independiente, con la finalidad de evadir la formalidad y todos los costos que traen aparejados considerarlos como trabajadores, además por el precedente que le generaría a la empresa en relación con los demás empaquetadores a nivel nacional.

A la fecha de esta edición, la causa se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones Valparaíso, producto de un Recurso de Nulidad presentado por la empresa, considerado admisible por dicha corte bajo el Rol Corte: 40-2016

Causa rit: O 786-2015
Ruc: 15-4-0036473
Materia: Despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones.

En Valparaíso a ocho de enero del año dos mil dieciséis.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que con fecha veinticinco de agosto del año dos mil quince en curso doña ELIZABETH DANIELA DÍAZ MENESES, RUT 16.341.995-5 y FRANCISCO JAVIER SALAZAR GALIARDI, RUT 16.332.755-4, ambos solteros, estudiantes y con domicilio para estos efectos en O'Higgins 1250, tercer piso, oficina 1, Valparaíso, interpone demanda conforme al procedimiento ordinario, despido carente de causa, nulidad del despido, y cobro de prestaciones laborales, en contra de nuestro ex empleador EASY S.A. RUT 96.371.750-5, representado legalmente por don RAÚL LAGOS SANTIS, RUN 8.042.912-6, ignoramos profesión u oficio, o por quien a la época de la notificación de la demanda haga sus veces, ambos con domicilio de casa matriz en Avenida Argentina 51, Valparaíso, solicitando se acoja dando lugar a ella en todas sus partes, con expresa condenación en costas.



Los Hechos.

Comenzamos a prestar servicios para la demandada en el año 2010 en virtud de contratos de trabajo que se convinieron de manera verbal y por un plazo indefinido.

Los servicios para los cuales fuimos contratados son empaque de cajas y mercancías, entre otros servicios, labores que realizábamos al interior del recinto de la empresa Easy S.A.

Para efectos de lo previsto en el artículo 172 del Código del Trabajo, nuestra remuneración ascendía a la suma de \$225.000 pesos brutos mensuales, la que resultaba ser de carácter variable, y calculada en base a un sistema asimilable a la comisión, obtenida a través de las "propinas voluntarias" entregadas por los clientes de EASY S.A.

La jornada de trabajo era de carácter parcial, de turnos de tres horas y media, en un promedio de cuatro o cinco días a la semana. El sistema de turnos y su distribución entre los empaques era informado mediante vía correo electrónico.

El método de toma de turnos era efectuado vía e-mail, por orden de llegada de los mismos y en razón del interés del trabajador por el horario asignado, el que era informado a nosotros por nuestro compañero de labores ALVARO GONZALO HORTA MOYANO, quien en razón a ser de una edad mayor que el promedio de nosotros, de sus aptitudes personales y carisma, oficiaba como líder natural, y quien resultaba ser en los hechos el nexo entre nosotros y la gerencia. Es así como Álvaro, de manera desinteresada, y sin percibir remuneración alguna ni por parte de la demandada ni de parte de nosotros, sus compañeros empaques, transmitía las indicaciones que eran establecidas por la gerencia para efectos de la contratación de los empaques, y quien les informaba de su permanencia en las funciones, siempre recibiendo instrucciones por parte de la gerencia central de Easy S.A.

Igualmente, por ser considerados nosotros en el menor escalafón de la cadena productiva, y en razón a la situación de vulnerabilidad en que nos encontrábamos respecto de nuestra contratación de carácter verbal, recibíamos y cumplíamos órdenes por parte de otros funcionarios del recinto, tales como guardias, cajeros y administradores en el desempeño de sus funciones, y más directamente de la señorita Tatiana Embry,

quien oficiaba como Jefa de Cajas, la señora Ivonne Saavedra de Control de Caja y de don Carlos Peldoza, Subadministrador.

Nuestras tareas estaban vinculadas directamente con el apropiado funcionamiento del local, y entre las funciones figuraban, a modo de ejemplo, el buscar bolsas en las bodegas, ordenar las bolsas, ordenar stand de regalos, ordenar los carros en el lineal de cajas, envolver productos grandes en bolsas para clientes, crear manillas a cajas grandes, envolver productos de loza en papel, ponerle cinta adhesiva a fierros o madera para mejorar la atención del cajero, y toda otra tarea que comprendiera la etapa final del proceso de compra de los clientes de Easy S.A, esto es, el proceso de empaquetado y servicio al cliente.

Este servicio es valorado por la empresa como un activo en la captación de clientela, cuya función resulta ser la etapa final del proceso de producción, ya que éste es considerado por el cliente como una etapa más que se encuentra comprendido en el proceso de compra de los productos. Efectivamente, los clientes nos exigen el servicio de empaque como una obligación más del vendedor EASY S.A en el contrato de compra venta, el que, en caso de no ser apropiadamente brindado, ocasionaba la molestia del cliente, y consecuentemente una queja en el libro de reclamos en contra del empaque, libro en el que, por regla general, solo se realizan observaciones a los trabajadores de la empresa. Por ser los empaques un trabajador más del recinto, si un cliente no quedaba conforme con el servicio, esta información se consignaba en el libro de reclamos del establecimiento, lo que servía como antecedente de vital trascendencia para la permanencia o despido de las labores de los empaques.

Es menester señalar que, para mantenernos en nuestro puesto de trabajo, igualmente debíamos cumplir una serie de exigencias impuestas de manera verbal por la administración, tales como utilizar un uniforme acordado al efecto, zapatos negros, mantener una apariencia personal acorde a las directivas de ésta (trabajar sin barba, cabello corto, no exhibir tatuajes, no utilizar aros faciales o expansiones), no contestar ni utilizar celulares durante la jornada, no conversar con los clientes ni con cajeras, entre otros. El no cumplimiento de estas prerrogativas era causal de despido. Además, como requisito de contratación, era de vital trascendencia el que tuviéramos la calidad de alumno regular universitario.

Los empaques, precisamente por ser considerados trabajadores del local, teníamos acceso a instalaciones que no son de público acceso para los clientes de Easy S.A.

Es así como todos los empaques demandantes somos capaces de describir con total claridad y conocimiento cada una de estas instalaciones interiores del recinto, que para el público común del establecimiento resultaría imposible acceder o describir.

En relación a la salida del establecimiento al momento de culminar nuestra jornada laboral, éramos obligados a salir únicamente por la puerta de trabajadores de EASY S.A., que se encuentra al costado derecho del acceso del público principal, frente a las escaleras que suben al supermercado Jumbo, teniendo absolutamente prohibido retirarnos por la puerta principal del público.

Amayor abundamiento, inclusive dejábamos constancia de nuestro ingreso al establecimiento en un libro de ingreso, el que custodiaba un guardia dentro del recinto, y nos registrábamos con la copia del carnet durante cada turno. Este es evidentemente un libro de control de asistencia, que es llevado por la administración a efectos de controlar la prestación de servicios.

Término De La Relación Laboral

El día 31 de Mayo del año en curso, fuimos despedidos de manera verbal sin justificación alguna, sin carta de aviso, ni envío posterior de ella a nuestros domicilios, y sin que, hasta la fecha, se encuentren pagadas las indemnizaciones legales y cotizaciones provisionales.

Presumiblemente, el despido masivo obedece a la alianza reciente por parte de Easy S.A. con una empresa externa que oficia actualmente como subcontratadores de empaques, lo que se acreditará en su oportunidad, accionar que a todas luces evidencia una clara intención por parte de la demandada de subsanar las irregularidades y la situación de informalidad laboral en la que trabajaban los empaques.

El Derecho

1. En cuanto a la naturaleza de la relación, en la especie existe evidentemente una relación jurídico-laboral entre los trabajadores y la demandada. En efecto, se encuentran presentes en su totalidad los elementos de la relación laboral, especialmente, la prestación de servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia,

ya que, como se señaló: Los trabajadores cumplían un horario determinado de prestación de servicios, empleados en modalidad de turnos diarios de al menos 4 veces a la semana, de una duración de 3 horas y media cada uno; Trabajaban con un uniforme estandarizado, que era exigido por el empleador para poder cumplir con las funciones, el que era adquirido y pagado directamente por el trabajador, e igualmente, cumplían con ciertos requisitos formales de apariencia personal, también exigidos por el empleador; Las labores de empaque de especies de Easy S.A se realizaba dentro de las dependencias del establecimiento, teniendo acceso a todos los lugares reservados para los trabajadores; La remuneración consistía en las propinas entregadas por los clientes de Easy S.A, las que mensualmente ascendían aproximadamente a un sueldo mínimo remuneracional; El servicio prestado es valorado como un activo en la captación de la clientela, toda vez que el empaquetado forma parte de la cadena productiva, agregándole valor al servicio prestado, y se trata de la etapa final de este proceso, siendo entendida por como tal por parte de los clientes de EASY S.A, quienes exigen este servicio al finalizar su compra.

El carácter de este servicio trascendental es concorde con lo dispuesto en el artículo 3 del Código del Trabajo. Easy considera empleador a quien utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en la especie, los empaques, quienes prestan sus servicios, los que son utilizados por la demandada en su beneficio, lo que es perfectamente posible de traducir en una ganancia económica por parte de la demandada.

Principio de la realidad: En virtud de este principio, debe darse preferencia a lo que efectivamente ocurre en la práctica, es decir, en el terreno de los hechos. La realidad muestra que los empaques cumplen funciones a favor de la demandada, por tanto, en virtud del principio de la primacía de la realidad, existe una responsabilidad contractual con respecto a los empaques que debe ser asumida por parte de la demandada. En el caso de autos, en el vínculo evidentemente laboral que une a empaques y la empresa EASY S.A. se encuentran principalmente los elementos esenciales del contrato de servicios personales, la remuneración percibida y en la subordinación o dependencia.

En esta misma línea ha argüido la resolución sin precedentes sustanciada ante este Tribunal de fecha 14 de diciembre del año 2010, en causa RIT M-1146-2010.



Nulidad del despido

Solicitamos a US. se sirva declarar nulo el despido del que fueron objeto los trabajadores, con costas en atención al artículo 162 inciso 5 del Código del Trabajo. Por tanto, la causal para declarar la nulidad del despido es el no pago de cotizaciones de los trabajadores al momento del despido. En el caso de marras, a lo largo de los años de relación laboral de cada trabajador jamás se enteraron las cotizaciones previsionales, por lo cual el despido no ha tenido la virtualidad de poner fin a la relación laboral.

Falta de causa legal del despido

El artículo 162 del Código del Trabajo ha establecido las formalidades que debe cumplir la separación legal de un trabajador con contrato de trabajo, siendo el principal requisito la existencia de una causa legal para proceder a este despido. Esta causa debe ser comunicada de manera formal señalando los hechos que la constituyen. En este caso, no ha ocurrido, ya que el despido ha sido verbal, sin invocar causar algún, y presumiblemente por el hecho de haber contratado recientemente una empresa intermediaria para la organización de los empaques. Por lo anterior, y por no haber invocado causal alguna en el despido verbal y desformalizado, debemos estar a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo.

Respecto al cobro de prestaciones

Conjuntamente con la demanda por despido injustificado, venimos en interponer demanda por cobro de prestaciones en contra del ex empleador EASY S.A., precedentemente individualizado, solicitando se admita a tramitación y en definitiva, acogerla en todas sus partes, por los montos y conceptos que a continuación se indican, con costas, y en atención a los presupuestos de hecho y derecho que ya han sido expuestos, respecto de ambos trabajadores: Feriado Proporcional: \$750.625 (setecientos cincuenta mil seiscientos veinticinco pesos); Indemnización Sustitutiva del Aviso Previo: \$225.000 (doscientos veinticinco mil pesos); Indemnización Por Años De Servicio: \$1.125.000 (un millón ciento veinticinco mil pesos); Recargo Legal Del 50% Por No Haberse Invocado Causal: \$562.500 (quinientos sesenta y dos mil quinientos pesos); Cotizaciones previsionales y de seguridad social por el período trabajado; Costas de la causa; Remuneraciones que hubiesen sido percibidas desde la fecha del despido injustificado a la fecha y todo con reajustes e intereses.

Por tanto, en virtud de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 3, 7, 10, 41, 44, 53, 63, 159, 162, 168, 172, 425 y siguientes del Código del Trabajo, demás normas legales o reglamentarias aplicables a la especie y Principios del Derecho del Trabajo, solicitamos a US. se sirva tener por interpuesta conjuntamente demanda ordinaria por despido carente de causal legal, nulidad del despido y cobro de prestaciones en contra del ex empleador EASY S.A., precedentemente individualizada, admitirla a tramitación y en definitiva, acogerla en todas sus partes, declarando nulo el despido, la carencia de causal legal en su caso y condenando a la demandada al pago de las prestaciones señaladas más intereses y reajustes, o la suma que US. estime acorde a Derecho y los antecedentes del caso, con expresa condenación en costas;

Segundo: Que con fecha diez de septiembre del año en curso don Francisco Plass Montalva, abogado, C.I. N°13.828.571-5, en representación de la demandada Easy S.A., Rol Único Tributario N° 96.371.750-5, domiciliados para estos efectos en calle Nueva York N°33, piso 6, comuna y ciudad de Santiago contesta la demanda.

I.- Excepción de falta de legitimación pasiva

En primer lugar y en forma previa, vengo en oponer la siguiente excepción: Oponemos la presente excepción de falta de legitimación pasiva en contra de la denuncia interpuesta por los demandantes respecto de mi representada, toda vez que ésta, no es ni ha sido empleador de los actores.

Mi representada carece de cualquier tipo de relación con los demandantes. Nunca ha existido ningún vínculo entre los actores y mi representada que permita establecer que sean titulares de una acción en contra de la denunciada, toda vez que ésta no es ni ha sido el empleador de los denunciantes de autos.

El único fundamento en la demanda para interponer la presente acción en contra de mi representada es la función de los denunciantes, que creen que es un servicio que se encuentra dentro del proceso productivo del supermercado, constituyendo el empaque de las mercaderías adquiridas por los clientes la etapa final del servicio que ofrece el supermercado. Sin embargo, esto no es efectivo debido a que el empaque presta sus servicios directamente a los clientes del supermercado, sin que exista ningún tipo de injerencia por parte de mi representada,

Tal como hemos señalado, negamos la existencia de una relación laboral entre los actores y mi representada. En efecto, mi representada jamás ha celebrado un contrato de trabajo con los demandantes. Asimismo, somos enfáticos en señalar que en la especie no se configura ninguno de los requisitos copulativos contemplados en el artículo 7 del Código del Trabajo que permitan establecer la existencia de una relación laboral. En consecuencia, no existe título jurídico en virtud del cual mi representada deba responder respecto de personas con las cuales no ha mantenido vínculo laboral alguno.

Los elementos concurrentes para estar en presencia de una relación laboral bajo subordinación y dependencia han sido señalados por reciente jurisprudencia, y en doctrina.

Ahora bien, y de acuerdo a lo expuesto si se deduce una acción en contra de un sujeto sin legitimación como ocurre en el caso de autos, la solicitud de la intervención y amparo jurisdiccional, no puede prosperar debido a que falta un elemento constitutivo de la acción, situación que evidentemente se da en estos autos, ya que mi representada no es ni ha sido empleador de los actores. Por lo anterior, procede el total rechazo de la acción intentada en contra de esta parte.

Por tanto, ruego a S.S., acoger la excepción de falta de legitimación pasiva en relación a mi representada y rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

II. En subsidio, contesta la demanda.

Sin perjuicio de la excepción opuesta precedentemente, y en conformidad a lo señalado en el artículo 452 del Código del Trabajo, vengo en contestar la demanda de despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones, interpuesta por Elizabeth Daniela Díaz Meneses y Francisco Javier Salazar Galiardi en contra de mi representada, solicitando el rechazo total de la misma en todas sus partes, con expresa condena en costas.

1. Inexistencia de la relación laboral alegada en la demanda:

En primer lugar hacemos presente a S.S., que en este punto tenemos por reproducidos todos los argumentos expuestos en la excepción de falta de legitimación pasiva respecto a la inexistencia de relación laboral con los demandantes de autos.

Cabe señalar que en la demanda se pretenden una serie de prestaciones e indemnizaciones de naturaleza laboral, sin existir un contrato de trabajo, ni una relación laboral que pudiese amparar las acciones interpuestas.

A modo de ejemplo los demandantes pueden faltar cuando ellos estimen convenientes y normalmente esta labor se complementa con otras, así mismo pueden existir meses donde no concurren, idéntica situación ocurre con un eventual derecho a vacaciones, no existe esta institución tan básica para una relación laboral, siendo en definitiva una prestación de servicios.

Los demandantes aseguran haber mantenido una relación laboral con mi representada debido a que en el desempeño de sus funciones se encontrarían presente todos los elementos demostrativos de subordinación y dependencia. Estos elementos serían los siguientes: 1) Realización de servicios en el recinto de mi representada, 2) Cumplimiento de un horario determinado, bajo un sistema de turnos, con obligación de asistencia durante días determinados, 3) Recibir y cumplir órdenes por parte de la gerencia de Easy S.A. y otros funcionarios de la empresa, tales como guardias, cajeros, administradores, Jefa de Cajas, Control de Cajas y Subadministrador, 4) Existencia de normas reguladoras de la prestación de servicios, 5) Provisión de un uniforme. Pues bien, negamos categóricamente que entre mi representada y los actores haya existido una relación en la que se reúnen las circunstancias expuestas en la demanda tal como explicaremos a continuación:

Mi representada jamás ha suscrito un contrato de trabajo con los demandantes, ni expresa ni tácitamente. Cabe señalar que en la especie no se reúne ninguno de los elementos esenciales y copulativos que exige el artículo 7° del Código del Trabajo para que se configure una relación laboral.

Como S.S. bien sabe, el contrato es la principal fuente de las obligaciones, las cuales nacen mediante el concurso de voluntades. Sin embargo, como se expone en esta contestación, jamás existió dicha voluntad por parte de mi representada, así como tampoco existió por parte de los empaquetadores demandantes.

El contrato de trabajo es por naturaleza consensual, por lo que requiere un acuerdo de voluntades que en estos autos jamás existió. Así las cosas, desde ya se puede apreciar la carencia de uno de los requisitos impuestos por el artículo 7 del Código del Trabajo para que se



configure una relación laboral, es decir, la existencia de un contrato de trabajo.

No existe un contrato de trabajo consensual, ni verbal, ni escrito. No existe subordinación ni dependencia por parte de los actores y, finalmente, no existe una remuneración. Tampoco se han acordado ninguna de las estipulaciones mínimas que debe contener un contrato de trabajo, impuestas por el artículo 10° del Código del Trabajo, ni existe pacto alguno que vincule a las partes, bajo una relación de naturaleza laboral.

En tal sentido negamos la existencia de una jornada de trabajo, horarios y obligación de usar uniforme. En efecto, los demandantes no deben cumplir ningún horario para mi representada, ni nadie más que ellos mismos. Distinto es que cada uno de los demandantes, según su respectiva disponibilidad, tenga un determinado horario y entre los mismos empaques se repartan turnos para empaquetar según sus prioridades y quehaceres personales. Sin embargo, debemos recalcar que, jamás mi representada le ha impuesto, y ni siquiera le ha sugerido a los actores, ni a ningún otro empaquetador, el cumplimiento de determinadas instrucciones. Por lo demás así lo hace ver la misma demandante en su libelo.

Tampoco es efectivo que la demandante recibiera instrucciones y órdenes por parte de mi representada. Negamos expresamente que mi representada creara y fiscalizara el cumplimiento de las diversas instrucciones supuestamente dadas a los demandantes. Así lo afirma la parte demandante. Esta afirmación es absolutamente falsa, toda vez que mi representada jamás ha dado instrucciones acerca del trabajo de los empaques o ha determinado quien continúa o no en el trabajo.

Luego, al ser la relación laboral inexistente, es imposible que se haya despedido a los demandantes, por lo que tampoco podrían ser procedentes las indemnizaciones por término de contrato. En este sentido desconocemos el despido verbal al cual hacen alusión los demandantes, en virtud del cual se habría terminado la relación laboral sin expresión de causa o justificación alguna.

En concordancia con lo anterior, reiteramos que no existe un contrato de trabajo consensuado entre las partes. No existió en el caso de autos subordinación ni dependencia por parte de los demandantes hacia mi representada y ésta no ejerció facultades de mando y dirección hacia ellos.

Luego, en cuanto al origen laboral de las prestaciones demandadas, éstas no pueden prosperar, atendida la inexistencia de una relación laboral que las sustente.

Así las cosas, luego de leída con detenimiento la demanda de autos, resulta francamente sorprendente lo que se señala y la forma en que se han tergiversado los hechos. Tanto los actores, como cualquier otro empaquetador que concurre a las dependencias de Easy a guardar y llevar productos de los clientes, no mantienen un régimen laboral con mi representada. En la especie no se constituye ninguno de los elementos copulativos que componen una relación laboral, razón por la que controvertimos expresamente todos y cada uno de los hechos indicados en la demanda, así como las pretensiones solicitadas.

En este sentido destacar un fallo del Primer Juzgado de Letras de Quillota en causa Rit: 0-12-2014. En el mismo sentido se ha pronunciado el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago en fallo de fecha 28 de Noviembre de 2014, en autos caratulados "Retamal con Sociedad Comercial Iturnos Limitada con Santa Isabel Administradora S.A." Rit: 0-3228-2014.

- Antecedentes de la situación de los empaquetadores:

Como S.S. puede haber apreciado muchas veces, si es que ha ido a comprar a algún establecimiento comercial del tipo de mi representada, fuera de las cajas se encuentran -en muchos casos- estudiantes que ayudan a los clientes con la mercadería comprada en nuestro establecimiento. A dichos estudiantes se les llama "empaquetadores".

Pues bien, el empaquetador según la costumbre y uso de nuestro país, no es un trabajador del establecimiento, ni presta servicios personales para éste, sino que se pone tras la caja y le ofrece al cliente del local ayudarlo con el empaque de sus compras. Aquí se encuentra el primer punto que mi representada quiere subrayar: se trata de un servicio voluntario que el estudiante le da al cliente del supermercado -luego de haber comprado los productos y éste puede aceptarlos o no.

En efecto, S.S. quizás ha tenido la experiencia de haber visto a algún cliente del establecimiento que prefiere guardar él sus propios productos, ya sea para evitar darle propina al empaquetador, o porque estima que el orden de sus productos en las bolsas requiere de su cuidado personal, o tantas otras razones, que en definitiva hace que el empaquetador no le ayude.

Del mismo modo, en otras ocasiones el empaquetador no le da sus servicios al cliente de forma deliberada, toda vez que estima que el cliente lleva tan pocos productos, que por envolverlos no le entregarán una propina, o bien, ésta sería tan baja que prefiere atender a quien lleve una mayor cantidad de productos, al estimar que conseguirá una mejor retribución por parte del cliente. O bien, simplemente puede no envolver las mercaderías, debido a que no se le antojó o tantas otras razones que ocurren habitualmente en la labor que supuestamente desempeñan los actores.

Todas las situaciones descritas, comunes y de público conocimiento, se enmarcan dentro de la propia voluntad del empaquetador, pues de lo contrario las situaciones recién señaladas no ocurrirían, y el empaquetador estaría obligado a atender al cliente bajo las imposiciones y estándares entregados por el supermercado. Dicha situación no ocurre en la realidad. En estas acciones evidentemente mi representada no ha ejercido su facultad de mando y dirección respecto de los demandantes ni de ningún otro empaquetador.

Lógicamente, el empaquetador espera una retribución por parte del cliente del supermercado (jamás del establecimiento comercial) la que no es obligatoria ni tiene un parámetro propuesto por nadie. Para que dicha retribución sea mayor, el empaquetador trata de hacer lo posible para satisfacer al cliente. En efecto, y tal como se sostiene en la demanda, el empaquetador no se limita a "embolsar", sino que saluda al cliente, lleva los productos al automóvil del cliente, o le lleva las cosas a su casa.

De esta forma, es importante destacar que el empaquetador presta servicios al cliente: el cliente puede negarse a sus servicios, recibe una propina voluntaria parte de éste y, finalmente, no sólo "empaca" sino que da otros servicios al cliente (no al supermercado), para recibir una buena suma de dinero al final de la prestación de los mismos, sin que exista ningún tipo de supervisión y dependencia de nadie. Claramente es un servicio personal al cliente, por su cuenta y riesgo y nadie lo manda a ser un buen empaquetador ya que todo el resultado de ello, va en su directo beneficio y el de nadie más.

Queremos ser claros: mi representada lo único que hace -con el objeto de facilitar la relación entre cliente y el empaquetador -es que- en un acto de mera tolerancia-se le permite a éste último acceder y permanecer en las dependencias del establecimiento ofreciendo sus

servicios a los clientes, por los cuales perciben propinas que los clientes voluntariamente les otorgan, siendo ésta una mera liberalidad, sin existir ningún tipo de orden, instrucción, turno, sanción, etc. Es decir, no se puede construir una relación laboral cuando los servicios personales son otorgados a un tercero (el cliente), con un pago de remuneración que en realidad no existe y que es hecho por el cliente y no por mi representada.

Lo anterior ha sido reconocido por la propia Dirección del Trabajo en un dictamen que ha descrito correctamente la forma de trabajo y la naturaleza de los servicios de empaquetador. En efecto, dicho dictamen establece muy bien la forma de prestar servicios de los empaquetadores y ha establecido que el vínculo de éstos no constituye una relación jurídica de carácter laboral que deba materializarse en un contrato de trabajo.

Se ha podido constatar también que el empaque de las compras de los clientes de un establecimiento comercial como Easy, es decir, de venta de productos para abastecimiento de casa o jardín, se incluye dentro del sistema de autoservicio o de atención directa del cliente. Es así como en aquellos establecimientos que no cuentan con personas que realicen el oficio de empaque al público o cuando son insuficientes, es el propio cliente quien empaqueta las mercaderías en cajas o bolsas que le proporciona el establecimiento.

Como S.S. podrá apreciar, la propia Dirección del Trabajo sostiene la evidente inexistencia de un vínculo laboral en el marco del trabajo de los empaquetadores dentro del supermercado.

Agrega el dictamen que, en consecuencia, no se configura una relación laboral en los términos que establece el artículo 7 del Código del Trabajo, encontrándose los empaquetadores en la situación establecida en el inciso 2° del artículo 8° del mismo cuerpo legal.

De acuerdo al parecer de la Dirección del Trabajo, en el caso de los empaquetadores, no obstante prestan sus servicios al público dentro del establecimiento, no se configura una relación laboral en los términos que el Código del Trabajo establece.

Es importante destacar lo señalado en el dictamen, no se configura una relación laboral en los términos que establece el artículo 7 del Código del Trabajo, encontrándose los empaquetadores en la situación establecida en el inciso 2° del artículo 8° del mismo cuerpo legal.



Amayor abundamiento, cabe tener presente un proyecto de ley que busca modificar el Código Laboral en esta línea argumentativa.

De esta forma, podemos ver que no sólo la Dirección del Trabajo ha sido clara en señalar que el servicio ofrecido por los empaquetadores en los supermercados no constituye un contrato de trabajo, para efectos de establecer una relación de tipo laboral entre las partes, sino que actualmente se está tramitando un proyecto de ley, que avala y consagra legislativamente el mismo razonamiento ya expuesto.

Antecedentes que se deducen de los antecedentes presentados en la demanda y que impiden considerar la existencia de una relación laboral:

Los demandantes en su libelo destacan dos elementos importantes a considerar, a la luz de lo que arriba hemos analizado:

a) Los demandantes señores Díaz y Salazar en su libelo señalan en forma expresa que reciben propinas por el servicio de empaquetadores. No se hace alusión a ninguna remuneración recibida por los empaquetadores por parte de mi representada a causa de los servicios de empaque. Lo anterior, reafirma la postura de esta parte en cuanto a que los empaquetadores prestan servicios directamente al cliente del supermercado, sin que exista una relación con mi representada de por medio. Tal como lo reconocen los propios demandantes, los empaquetadores reciben propina por parte de los clientes, y jamás han recibido ni pactado el pago de una remuneración con mi representada. Como consecuencia de ello, falta que se configure un requisito esencial de una relación de carácter laboral, esto es, el pago de una remuneración determinada por los servicios prestados.

b) No es efectivo que Álvaro Gonzalo Horta Moyano mantenga un vínculo con el establecimiento. En efecto, el Sr. Horta Moyano jamás ha prestado servicios para mi representada, razón por la cual es absolutamente falso que a través de ella mi representada dé órdenes e instrucciones a los empaquetadores. Álvaro Horta es un empaquetador que ofrece servicios a los clientes en establecimiento Easy ubicado en Avda. Argentina, Valparaíso, al igual que el resto de los empaquetadores, carece de cualquier tipo de vínculo con mi representada.

Conclusiones en cuanto a la inexistencia de la relación laboral.

De lo anteriormente expuesto, SS. podrá apreciar que la demanda de autos no tiene asidero alguno, puesto que:

1.- No hay servicios personales prestados bajo subordinación o dependencia, ya que la prestación de servicios favorece directamente al cliente y no a mi representada como lo sostienen los demandantes. Por lo demás, quien dispone utilizar los servicios del empaquetador es el cliente y la organización de los turnos los hacen los propios empaquetadores, solicitando y asistiendo en forma voluntaria a los mismos.

2.- No existe remuneración alguna por parte de mi representada, requisito esencial para configurar una relación laboral en los términos del artículo T del Código del Trabajo. Mi representada jamás ha pagado remuneración a los actores, cuestión que es reconocida por los propios demandantes toda vez que solicitan el pago de las "remuneraciones mensuales impagas". En consecuencia, desconocemos adeudar alguna suma de dinero por este concepto.

En efecto, el pago que los empaquetadores reciben bajo la forma de propinas no es proporcionada por mi representada, sino por los clientes. Además, las propinas entregadas por los clientes no pueden ser calificadas como remuneración.

Al respecto, cabe destacar el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca de fecha 19 de mayo de 2003.

Así, estimamos que los hechos son claros y evidentes: los demandantes no han prestado servicios para mi representada bajo vínculo de subordinación y dependencia.

2. Demanda subsidiaria de despido injustificado:

Para efectos de economía procesal, reiteramos en este punto todos los argumentos expuestos en cuanto a la inexistencia de una relación laboral entre mi representada y los actores. En consecuencia, y al no existir ningún vínculo de carácter laboral entre los actores y mi representada, no es efectivo que se haya despedido a los demandantes en los términos expuestos en la demanda. Tal como hemos señalado, mi representada jamás dio la orden de desvincular a los demandantes, toda vez que se encuentra impedida de despedir personas con las que no ha mantenido relación laboral.

3. Improcedencia de los conceptos demandados

A) Indemnización por feriado proporcional, años de servicio, sustitutiva de previo aviso y recargo legal:

Debemos insistir en que dichas indemnizaciones no le corresponden a los actores, toda vez que no han prestado servicios para mi representada bajo vínculo de subordinación y dependencia. En consecuencia, no es efectivo que mi representada haya despedido a los demandantes siendo totalmente improcedente las indemnizaciones solicitadas.

B) Remuneraciones:

Nada se adeuda por dichos conceptos, lo anterior es propio de un contrato de trabajo, el cual es absolutamente inexistente en estos autos.

C) Pago de cotizaciones de seguridad social por el periodo supuestamente trabajado.

Mi representada no adeuda monto alguno a los actores por este concepto debido a que no existe relación laboral entre las partes. Como SS. bien sabe, las cotizaciones previsionales y de seguridad social consisten en prestaciones propias de una relación laboral, la cual es totalmente inexistente en el caso de autos.

4. En subsidio: impugnación de la base de cálculo.

En subsidio de lo anterior, y en el improbable caso de que SS. conceda algún pago a favor de los actores, vengo en impugnar la base de cálculo alegada por los demandantes, insistiendo en que nunca ha existido relación laboral entre los actores y mi representada, sino que cualquier contraprestación económica que los demandantes hayan percibido por sus labores provino directamente de los clientes a los que atendían. Así, esta parte desconoce el monto de la remuneración alegada por los actores. En consecuencia, la suma de \$225.000.- mensuales por concepto de remuneración variable deberá ser acreditada por los demandantes.

Por tanto, en mérito de lo expuesto y conforme a lo dispuesto en el artículo 452 y siguientes del Código del Trabajo, disposiciones legales invocadas y demás pertinentes, ruego a US.: Tener por contestada la demanda intentada por Elizabeth Daniela Díaz Meneses y Francisco Javier Salazar Galiardi, en contra de mi representada, en los términos expuestos en el cuerpo de este escrito,

rechazarla en todas sus partes, y declarar en definitiva: que se acoge la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por esta parte; no ha existido relación laboral entre las partes; no procede pago alguno por parte de mi representada a los actores por concepto de cotizaciones de seguridad social y remuneraciones; no procede el pago del feriado proporcional, indemnización sustitutiva por falta de aviso previo, indemnización por años de servicio, y recargo del 50%, pues no solo no existió una relación laboral, sino que tampoco existió un despido; en subsidio de lo anterior, y en el improbable evento en que SS. condene a mi representada por un pago solicitado por los actores, no corresponde la base de cálculo señalada en la demanda; se condene en costas a los demandantes;

Tercero: Que consta que con fecha dieciséis de septiembre del corriente fue verificada la audiencia preparatoria de juicio oral, habiendo comparecido las partes de este juicio.

Que el Tribunal, fijó como hechos a probar efectividad que los demandantes prestaron servicios personales, bajo vínculo de subordinación y dependencia para la demandada en el periodo comprendido entre el año 2010 y el 31 de mayo de 2015. Fecha de inicio de la relación laboral; promedio de las 3 últimas remuneraciones percibidas por los actores; fecha y circunstancias en las que se produjo el término de la relación.

Que la audiencia de juicio fue desarrollada el día diecisiete de diciembre del año en curso oportunidad en que las partes incorporaron sus pruebas.

Que el Tribunal fijó fecha de lectura de sentencia para el día ocho de enero del año dos mil dieciséis a las 13.30 horas;

Cuarto: Que consta que la parte demandada de autos ofreció prueba testimonial, habiendo sido incorporada su declaración en audiencia de juicio, siendo debidamente individualizados, juramentados y dando razón a sus dichos, fueron interrogados al tenor de las preguntas formuladas por el abogado que los presenta.

Lidia Allison Villarroel Huerta, declara desempeñarse como asistente de recursos humanos para la demandada, mi cargo es asistente por más de siete años. Trabajo hace 10 años allí.

A la trabajadora la ubico de Easy por que la vi. Yo trato directamente con los empleados de Easy. Sé que



hay empaques en las cajas con los clientes. No tiene ninguna relación con ellos. No sé qué procedimiento existe con ellos. No sé cuántos son, no sé cómo trabajan, nombres, ordenes, listas de ellos, vacaciones. Nada. Ellos no trabajan en Easy. Sé que entran por puerta de personal. Las personas que trabajan tienen lockers, camarines para gente de Easy, los que están contratados, yo los conozco a todos, porque veo sus remuneraciones. El resto guarda en una especie de jaula, el personal externo, no solo los externos. Los promotores de marcas externas, los empaques ellos, las personas que van dos veces a la semana.

Respecto del uniforme tampoco lo veo. Yo no les entrego nada. Ni herramientas. Solo a los trabajadores. No sé cómo es su salida. Desconozco.

Yo no la vi más. No sé porque no está. Hace un año. La inspección del trabajo nos dijo que teníamos una demanda, al llegar la notificación a mí no me sonaba ningún de los nombres, no sabía quiénes eran, llamamos a Santiago, tampoco supimos hasta que la jefa de mi jefe se le ocurrió que podía ser empaque. No sé nada de su remuneración. Si ellos no iban no sé qué pasaba.

Contrainterrogatorio, precisa que no es la jefa de recursos humanos, yo declaro aquí porque no los conozco y no son parte de la demandada. Sé que hay empaques. Ellos ingresaban por puerta de ingreso. Ahora ya no sé por dónde ingresan, pienso que ingresan por puerta principal. No sé cuándo ocurrió. No sé porque hay empaques, creo que es una necesidad de los clientes.

Ivonne Saavedra Zelada, trabajó en Easy Valparaíso en avenida Argentina hace más de seis años. Soy Controladora de caja. Conozco a los demandantes. Ellos se desempeñaban en empaque de la empresa. Es un servicio que ellos le prestan a los clientes. Yo sé que ellos tienen un encargado, ellos desempeñaban la labor para el Álvaro Horta. En cuanto a sus horarios sé que tenían turnos, se los pedían a él. Ellos no tenían relación con el departamento de recursos humanos, ellos veían los turnos y desempeñaban las horas de servicios. No sé nada de sus vacaciones, nosotros no nos involucramos en ese tema. Si ellos no iban, nosotros no sabíamos.

Ellos ingresaban a la empresa registrándose en un libro de control como toda persona externa. Dejaban las cosas en un lugar común, una jaula donde dejaban sus mochilas y bolsos. La salida era que avisaban que iban y sacaban sus cosas. Ellos tienen un uniforme que ellos mismos decidían, pantalón negro y zapato negro.

La remuneración la recibían del cliente, es el quien les daba lo que ellos estimaban.

Las cabecillas de los empaques se perdieron, no aparecieron en semanas, y vino otra persona que solicitó ocupar el espacio que les daba la tienda, sin contrato, y esa persona se haría cargo de los horarios de los empaques, se le dio el cargo, y que él tenía que ver el tema con ellos mismos. Que no cambiara a gente, y se les comunicó esto a los empaques. Esta persona fue a una reunión conmigo. Cuando no estaba esta persona Horta siguieron prestando servicios.

Contrainterrogatorio, una vez asistí a una reunión con los empaques. Entiendo que ellos prestan servicios a los clientes, su organización es propia. Ellos prestan servicios a los clientes de la empresa, empaquetar, los productos que vende la tienda Easy. Si hay un reclamo llega a servicio del Cliente. Nunca me tocó ver un problema de trato por lo tanto no sé qué podría pasar. Ellos ingresaban por reloj control con registro en un libro. Hoy en día ingresan por puerta principal. No sé porque ocurrió ello. Yo fui hablar con ellos para informar que había un nuevo encargado. Fui porque yo quería informar, fue de mutuo propio. Lo hice para evitar un problema.

Francesca Astudillo Duclere, trabaja en Easy como cajera, hace 11 años. Los conozco porque eran empaques. Prestaban servicios a los clientes de Easy. Ellos mismos se daban una organización con un encargado. No había órdenes de la empresa a ellos. Ellos tienen horarios por turnos, pueden tomar más de uno. No sé cómo se organizan. Yo sé de los turnos porque ellos nos cuentan pero no por algo específico. La entrada y salida de ellos dejan en un canasto sus cosas. Nosotros tenemos casillero. Ellos ven su uniforme.

En general son estudiantes universitarios, ellos determinan eso. La remuneración la reciben del cliente, es una propina.

Ellos ya no están hace más de un año. Lo que supe es que ellos determinaron eso. La empresa no dijo nada de ello. Parece que llegó otro encargado. Si no hay empaque lo hacemos nosotros.

Contrainterrogada declara que ellos prestaban servicio al cliente de Easy, su trabajo era empaquetar productos. Esos productos eran de Easy y los compraba el cliente. Cuando hay problema con el empaque por trato empaco yo. Nunca ha pasado eso. Si falta algo se va a servicio

del cliente, nada con el empaque. Ellos ingresan por la puerta de los clientes, ellos quisieron;

Quinto: Que la parte demandante de autos ofreció prueba documental, la cual fue incorporada en la audiencia de juicio a través de su lectura resumida, constando la referida respaldada en el sistema computacional, a saber:

1.- Certificado de cotizaciones de ambos demandantes tanto de Francisco Salazar como de Elizabeth Díaz emitidos por AFP Capital.

Se hace presente que no registran en el periodo de tiempo que postulan en la demanda;

2.- Reglamento interno de los empaquetadores de Easy de Valparaíso.

Documento de cinco páginas, señala lo que no pueden efectuar, conversar, dar más bolsas, gritar, por ejemplo.

Establece derechos. También contiene obligaciones, uniforme, respecto, calidad y respeto, dar cuenta de anomalías, que se debe cancelar el producto si se pierde, y obligaciones respeto presentación personal. Establece sanciones y consecuencias, siendo la más grave la expulsión. No registra firma alguna;

3.- Copia simple mandato de gestión de empaques express. En particular se transcribe la cláusula segunda: "SEGUNDO: Por el presente instrumento, el Mandante encarga a EMPAQUES EXPRESS., para que ésta, en su representación proceda a organizar, gestionar, administrar, coordinar, reglamentar, proteger y tomar todas las medidas necesarias para ejecutar en forma efectiva y eficaz un sistema de turnos de empaques, en la cual participa activamente el mandante, facultando expresamente al mandatario para delegar en todo o parte el presente mandato.";

Sexto: Que la parte demandante de autos rindió prueba confesional.

Carlos Peldoza Vásquez, declara que yo soy administrador de operaciones de la demandada desde septiembre del año 2012, veo las áreas de operaciones, veo líneas de caja, recepción, las empresas de subcontrato (aseo), mantención del local, cobranza, etc. Indica que de la trabajadora me acuerdo. Ellos eran empaque. Antes entraban con el personal.

Ellos prestaban el servicio al cliente después de comprar ellos le ofrecen el servicio al cliente. Su remuneración va a cuenta del cliente. Ellos embolsan los productos que compran en Easy. No sé si le pagaban internamente. Solo sé que le paga el cliente. Ellos no tiene relación laboral con Easy por eso no hay remuneración. Recibían ordenes de Álvaro, eso sabíamos. Nosotros no podemos tener relación con ellos, solo es una relación de colaboración. Hoy hay un coordinador igual que siempre que distribuye turnos, sé que se llama Javier. Empezó el primer semestre del año en curso.

El coordinador llego porque Álvaro dejó de asistir, los empaques estaban por cuenta propia, cuando se presentó esta persona diciendo que tenía grupo de empaque, ofreció el servicio, una vez converse con él.

Yo estuve de acuerdo de que esta persona fuese el coordinador, porque dejó de concurrir la persona anterior, por eso lo encontramos pertinente que se hiciera cargo. A nosotros nos sirve, es una post venta, precisa no lo es. El cliente ve como lo remunera.;

Séptimo: Que consta que la parte demandante de autos ofreció prueba testimonial, habiendo sido incorporada su declaración en audiencia de juicio, siendo debidamente individualizados, juramentados y dando razón a sus dichos, fueron interrogados al tenor de las preguntas formuladas por el abogado que los presenta.

Álvaro Gonzalo Horta Moyano conoce a las partes del juicio. Yo era empaque igual que ellos. Ellos empezaron en noviembre del año 2010. Yo los vi muchas veces. Ellos buscaban carros, buscan bolsas, empaquetaba, envolver, hacer manillas, eso es en general. Esos productos eran de Easy.

Ellos recibían control de caja, recibían órdenes de gerencia, ellos fueron cambiando, el último fue Pablo Díaz. Estas instrucciones quedaron plasmadas en un documento. Era como una especie de mandato, contenía lo que tenía que hacer y las labores. Ese documento lo tenía que presentar yo. Cada uno de nosotros tenía una copia de ese documento. Decía que tenía que tener orden, empaquetar, que la presencia personal debía ser adecuada, utilizar uniforme, no podíamos decir groserías, organizar las labores que nos decían ellos, en general.

Exhibido el documento lo reconoce y señala que se los dio la gerencia, lo entregaba cada uno cuando ingresaba a trabajar. Desde gerencia a mí me dijeron



que había que hacer un instructivo para cuando llegaran los empaquetadores, yo le presente a la gerencia un borrador y la gerencia, Pablo Aravena, gerente de Easy, y don Aníbal, no recuerdo el apellido, que era el Sub administrador, dio su visto bueno y que tenía que tener una forma, faltas, obligaciones, y dijeron que cada empaque tenía que cumplir con ésto después de eso se empezó a ocupar. Me consta que se entregaba cada vez a un nuevo empaque.

No sé porque no dice Easy. Cuando entramos a trabajar siempre se nos dijo que tendríamos una remuneración, pero al final quedó como propina, éramos estudiantes y trabajamos por turno, nadie reclamo eso, no le dimos importancia. Estábamos obligados a acatarlo, sino nos despedían, habían sanciones, que no podíamos trabajar, por lo tanto, no tendríamos remuneraciones.

En general el despido era verbal, el control de caja decía que no podía seguir, me lo decía a mí porque yo era como un líder natural y le comunicaba eso. Para trabajar nos entrevistaba, la ordenaba Caja, la señora Adriana e Ivonne. Ellas hacían la entrevista.

Había jornada de tres horas y media de turno, que se hacía por semanas, como tres o cuatro horas. Mensualmente ascendía a como \$230.000 mil pesos.

Nosotros entrábamos y salíamos igual que el personal. Entregábamos los carnets, nos registraban igual que todos, ocupábamos el baño, pedíamos una llave donde guardábamos las cosas y después íbamos a caja. La salida era igual pero al revés.

Si había un conflicto entre el cliente y atención de empaquetador. Él iba a control de caja dejaba un reclamo en el libro de reclamo, que es común para todos, si había un problema si era muy grave lo despedían en el monto, o falta, según la normativa, la sanción la ordena Ivonne Saavedra.

Sé que a los demandantes los despidieron en mayo del año en curso. Eso fue porque en Easy trajeron una empresa de administración de empaque donde teníamos que firmar un mandato para que ellos, la empresa no tuviera vinculación con nosotros y nos negamos y nos dijeron que no podíamos trabajar porque no firmábamos. A ellos los despidió Ivonne Saavedra.

Se le exhibe el mandato incorporado como documento, lo reconoce. Ese documento es el mandato que nos presentó la empresa de empaque como no lo firmamos no podíamos seguir trabajando.

Contrainterrogatorio, yo tengo una demanda en contra de Easy, es el mismo abogado. Yo era compañero de ellos, yo era coordinador. Nuestro trabajo no era solo cuando existía una compra, por ejemplo veíamos los carros. Era en todo momento el trabajo.

La gerencia, Sr. Aravena y don Aníbal dijo que nos iban a pagar. Cuando empezamos todos conversamos y vieron que ganábamos bien con las propinas.

Los turnos lo organizábamos entre nosotros, se mandaba un correo. Lo organizábamos yo con otros empaques. Éramos un grupo que lo organizaba, se hacía una planilla y tenía que ser aprobada por Easy, ellos nos decían cuántas personas necesitaban, por lo tanto, de esa forma nos organizábamos. A mí me comunicaban. La presentábamos a control caja, a Ivonne Saavedra, no se firmaba, no tenía timbre.

Yo era líder porque conocía el sistema porque fui empaque antes y era el mayor. Los representaba porque hacía reunión, o les presentaba las molestias, y las necesidades. También participó Ivonne Saavedra, supervisora de caja.

Lucía Isabel Benz Navarrete, conoce a las partes del juicio. Trabajamos juntos éramos compañeros de trabajo. Ellos empezaron en noviembre del año 2010. Muchas veces los vi. Ellos eran empaque. Había que empaquetar los productos de los clientes, grandes y pequeños, buscar carros, ordenarlos, cuando llegaba carga con bolsas debíamos arreglarlas en la bodega, mantener el orden en grupo de empaque. Teníamos que llevar un registro por llegadas tarde o faltaban, esa labor se llevaba a la jefa de caja. Cuando llegaban las bolsas las ordenábamos en la bodega de materiales, de gran peso y volumen, todas las bolsas del mes. Los productos eran vendidos por Easy.

Nosotros recibíamos instrucciones de la Gerencia y de Caja, de la señorita Ivonne Saavedra, también de Tatiana, no recuerdo el apellido, que era Jefa de caja, nos decían que debíamos mantener el orden, no conversar, ni usar celular, no apoyarse en el mueble del pasillo, nos daban órdenes de vestimenta. Una vez le llamaron la atención por el uso de una barba, la jefa de caja lo hizo.

Ella era trabajadora de Easy, estas instrucciones constaba en un documento. La genérica ordenaba que lo confeccionara, lo pidieron a Álvaro Horta, le dieron punto que necesitaba, lo autorizó y esto se entregó a

cada uno de los empaques. Reconoce el documento. Yo trabajaba en esa época se les entregó a todos y después se le entrega a cada uno que ingresaba a trabajar. Era público.

Dice que teníamos que trabajar, entregar los productos, seguir las órdenes que diera cajera, el servicio de caja o servicios al cliente, ayudar, limpieza etc., estábamos obligados a respetar el instructivo, sino nos despedían. Habían otras sanciones leves y graves, la acumulación era despido, pero también había inmediato si se perdía algo lo pagaba el empaque y era despedido.

El despido en general era verbal, en el pasillo. Normalmente lo hacía la Sra. Tatiana o Sra. Ivonne, o la Gerencia, él decía. El actual gerente es don Pablo Díaz. Hubo otros con anterioridad.

Si uno quería ser empaque ellos, Easy, hacían una convocatoria, una entrevista y después seleccionaba. Habíamos turnos de tres horas y media.

La remuneración promedio era como de \$230.000 o más dependiendo de los turnos. También depende de la temporada.

Nosotros teníamos que ingresar con los trabajadores de la empresa, nos registrábamos con el guardia, entregábamos nuestros carnets y datos personales, nos cambiábamos de ropa en baños de empleados, pasábamos por el pasillo y bajamos por una escalera e íbamos a caja.

Frente a un reclamo de empaque, se concurría al servicio al cliente, luego dejaba en el libro de reclamos uno, posteriormente se le llamaba la atención o era despedido. Ellos don despedidos en mayo del año 2015.

Las circunstancias del término, antes de mayo, nos avisaron que un joven nos iba a administrar, que lo traían de otro lugar, él colocó condiciones, quería cobrar turnos por trabajar, nosotros nos opusimos a ello, y nos entregaron un contrato entre nosotros y el donde decía que no teníamos relación con Easy. Nos negamos y nos despidieron, la gerencia, don Pablo Díaz. Estábamos en el pasillo, estábamos varios, después de una reunión con Tatiana llegó el gerente y dijo que no íbamos a seguir. Nos dijo que como no estudiábamos no podíamos seguir. Y nos dijo ustedes no siguen.

Se le exhibe el mandato acompañado por la demandante, lo reconoce, señala que éste es el que nos entregaron cuando llegó el joven nuevo éste es el contrato.

Contrainterrogatorio, señala que ella también es demandante en otro juicio contra la demandada, y con el mismo abogado. Nosotros somos esposos con Álvaro Horta.

El documento (instructivo) dice expulsión. El instructivo lo entrega la Sra. Tatiana cuando uno llegaba, que teníamos que seguir. No nos daba uniforme, pero nos hacían vestir de una forma determinada.

Los turnos lo distribuimos en base a una planilla que nos daba servicio al cliente, nos decía cuál era el pick de caja con turnos, se entrega a Álvaro, y la llenaba después. Sino no iba al turno era falta grave, la colocaba los encargados de turno, lo que tenían más edad se registraba en un libro y se entrega a servicio del cliente.

Las instrucciones cuando llegaba uno nuevo las daba alguien de caja o servicio al cliente dependiendo quién podía.

Braulio Nicolás Cortes Hurtado, declara que conoce a las partes del juicio. Yo trabajé en Easy como cajero, ellos eran empaque.

Ellos empezaron desde finales del año 2010. Yo los vi trabajar. Ellos trabajaban en caja como empaque, ordenando bolsas, en el control de caja, llevaban carros, etc. Los productos son de Easy. Ellos recibían órdenes de control de caja y de los cajeros. Por ejemplo me recuerdo desde control de caja le indicaban que ordenaran las cajas, las bolsas, hacer los empaques de productos. Estas instrucciones las daba, Ivonne, también Marianela, no me acuerdo de los apellidos, pero eran personas que trabajaban para de la demandada.

Los empaques tenían un instructivo. Eso lo ordenó la Gerencia de Easy, me consta por conversaciones con los mismos chicos.

Los despedían verbalmente y en forma directa. Eso lo hacía gerencia de Easy a través de control de caja.

Ellos ingresaban por la puerta de los trabajadores, entregaban carnet y firmaban un libro a un guardia de Easy. Ellos tenían un turno como de 4 horas. Ellos ganaban como el mínimo.

Yo vi un problema con empaque, en ese caso, se llamaba al control de caja y le llegaba el reto desde el control de caja al empaque.



Sé que los despidieron este año, en el mes de mayo. Fue porque llegó una persona, como otra administración a encargarse de los empaques.

Contrainterrogatorio, yo sabía del instructivo por información de los cajeros y de los empaques. No sabe que pasaba si no volvía el empaque después de un tiempo;

Octavo: Que las probanzas en materia laboral deben ser ponderadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, al tenor de lo establecido en el artículo 456 del Código del ramo, de esta forma, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador;

Noveno: Que el artículo 7° del Código del Trabajo dispone: "el Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada". A su vez el artículo 8° del mismo cuerpo legal establece que: "Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo".

La naturaleza jurídica del contrato de trabajo está expresamente establecida en el artículo 9° del Código del Trabajo que consagra: "el contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante". Y en el inciso final del mismo artículo expresamente establece que: "si el empleador no hiciera uso del derecho que se le confiere en el inciso anterior, dentro del respectivo plazo que se indica en el inciso segundo, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador".

Asimismo, el artículo 58 del Código del Trabajo dispone que: "el empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social, las cuotas sindicales en conformidad a la legislación respectiva y las obligaciones con institu-

ciones de previsión o con organismos públicos". Lo cual no fue cabalmente cumplido por el empleador.

Que el artículo 63 del Código del Trabajo, establece que: "Las sumas que los empleadores adeudaren a los trabajadores por concepto de remuneraciones, indemnizaciones o cualquier otro, devengadas con motivo de la prestación de servicios, se pagarán reajustadas en el mismo porcentaje en que haya variado el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes anterior a aquel en que debió efectuarse el pago y el precedente a aquel en que efectivamente se realice. Idéntico reajuste experimentarán los anticipos, abonos o pagos parciales que hubiera hecho el empleador. Las sumas a que se refiere el inciso primero de este artículo, reajustadas en la forma allí indicada, devengarán el máximo interés permitido para operaciones reajustables a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación...".

Que el artículo 162 inciso cuarto del Código del Trabajo, el cual dispone: "Cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada...". Que su inciso quinto establece que: "Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo". Que inciso séptimo de la norma en comento señala: "Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador."

Que el artículo 163 inciso 2° del Código del Trabajo, dispone: "la falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración."

Que el artículo 168 de la norma legal en comento, en su inciso primero prescribe: "el trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163 según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;".

El artículo 172 inciso primero, señala que: "Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies avaluadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad".

Que el artículo 453 del Código del Trabajo establece en su numeral 1) inciso séptimo que: "Cuando el demandado no contestare la demanda, o de hacerlo no negare en ella algunos de los hechos contenidos en la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, podrá estimarlos como tácitamente admitidos.". Que continua el artículo 454 en su numeral 1) inciso segundo señalando que: "No obstante lo anterior, en los juicios sobre despido corresponderá en primer lugar al demandado la rendición de la prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del artículo 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido.";

Décimo: Que, consta, que teniendo en consideración los libelos de demanda y contestación, valorando la excepción perentoria promovida por la demanda de falta de legitimidad pasiva, fueron fijados hechos para ser probados, a saber, efectividad que los demandan-

tes prestaron servicios personales, bajo vínculo de subordinación y dependencia para la demandada en el periodo comprendido entre el año 2010 y el 31 de mayo de 2015; fecha de inicio de la relación laboral; promedio de las 3 últimas remuneraciones percibidas por los actores; fecha y circunstancias en las que se produjo el término de la relación. A continuación, será analizado su ocurrencia de acuerdo al mérito de las pruebas rendidas por las partes de este juicio;

Décimo Primero: Que, en primer lugar, corresponde a esta magistratura, determinar si entre los actores y la demandada, existió una relación laboral en los términos establecidos en el artículo 7° del Código del Trabajo en el periodo comprendido entre noviembre del año 2010 y el 31 de mayo del año 2015. Fecha de inicio de la relación laboral;

Décimo Segundo: Que, según lo dispuesto en la norma referida anteriormente, el contrato de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero y, aquél, a pagar por éstos una remuneración determinada. Además, el artículo 9 del mismo cuerpo legal previene que el contrato de trabajo es consensual, de lo que se concluye que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes contratantes, lo que se traduce en que la relación jurídica que se origina nace a la vida del derecho al producirse el acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador, sin necesidad de que aquella voluntad conste por escrito. De esta forma, su constancia escrita sólo conforma un elemento de prueba y de seguridad jurídica acerca de la existencia del contrato y de las condiciones bajo las cuales ha sido contratado el trabajador, por ello, el artículo 8 del Código del Trabajo, establece que toda prestación de servicios que una persona efectúa para otra bajo su dependencia y subordinación, a cambio de una remuneración determinada, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo. En consecuencia, la relación laboral nace a la vida jurídica cuando se reúnen los elementos que la configuran, independientemente de la calificación que puedan darle una o ambas partes;

Décimo Tercero: Que, la prestación de servicios de los demandantes para la demandada aparece acreditada en juicio en base a las declaraciones de los testigos de ambas partes indistintamente, quienes estuvieron contestes al afirmar que los habían visto a los demandantes trabajando como empaquetadores del citado recinto, explicando en cada caso las razones por las cuales tuvieron ese conocimiento.



Cabe indicar que ninguna prueba se rindió por la demandada tendiente a desvirtuar el mérito de tales declaraciones, de modo que han resultado suficientes para formar convicción del tribunal en el sentido indicado;

Décimo Cuarto: Que, respecto de las fechas de inicio de la prestación de servicios por parte de los demandantes, se tiene por establecido que ésta tuvo lugar desde el mes de noviembre del año 2010 en ambos casos. Lo anterior, en base a lo declarado por los tres testigos de la parte demandante, no habiéndose rendido prueba alguna, por la demandada, tendiente a desvirtuar esta fecha ni siquiera al interrogar a sus propios testigos quienes reconocieron que los vieron en esa función y que hace un año no los vieron más.

Que, por lo tanto, es posible determinar que del mérito de los testimonios de ambas partes, en general, dan cuenta del inicio de la prestación de servicios a partir del mes de noviembre del año 2010, lo que coincide con lo indicado en el libelo de la demanda;

Décimo Quinto: Que acreditada como ha quedado la prestación de servicios de los demandantes para la demandada, corresponde determinar si ellos se prestaron o no bajo subordinación y dependencia de la demandada.

Que con el objeto de establecer lo anterior, conviene acotar que el vínculo de subordinación o dependencia, se materializa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como la continuidad o permanencia de los servicios prestados en el lugar de la faena; la obligación de asistencia del trabajador; la obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio significativo como lo es la jornada de trabajo; el cumplimiento de un horario diario y semanal de trabajo; la obligación de asumir día a día la carga de trabajo que se presenta; la obligación de ceñirse a las órdenes e instrucciones impartidas por el empleador; la obligación de mantenerse a disposición de éste, la supervigilancia en el desempeño de las funciones; la subordinación a controles de diversa índole; la necesidad de rendir cuenta del trabajo realizado, entre otras.

Que, en materia laboral, impera como principio el de *primacía de la realidad*, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Ahora bien, la prueba reseñada en los considerandos precedentes, en especial la documental aportada por las demandantes consistentes en el “Instructivo Interno de Empaques SEU”, analizada en conjunto y de conformidad a las reglas de la sana crítica, resulta suficiente a juicio de este Juez para estimar concurrentes los requisitos que configuran una relación laboral en los términos del artículo 7 y 8 del Código del Trabajo, toda vez que en la especie se justificaron los requisitos legales contemplados en la primera de estas normas, que la tipifican como tal.

En efecto, para determinar la existencia de una relación laboral en los términos del artículo 7° del Código del Trabajo, deben cumplirse ciertos requisitos, a saber, que el trabajador preste servicios personales bajo dependencia y subordinación del empleador y que el empleador pague por estos servicios una remuneración;

Décimo Sexto: Que, en el caso de los demandantes se encuentra acreditado con la prueba testimonial y documental rendida por su parte que tal vínculo se traducía en el cumplimiento de un horario, en el acatamiento a órdenes que se le eran impartidas por otro empaquetador, denominado Coordinador, quien organizaba los turnos de cada uno de ellos, según lo requerido por la demandada, de acuerdo a sus “pick de caja”, manteniendo la vigilancia en la presentación personal de cada uno. Se tiene por establecido también, que los empaquetadores estaban obligados a cumplir los turnos al que se habían comprometido dentro del horario correspondiente, a usar un vestuario, y que en caso de incumplimientos se les aplicaba sanciones, con graduación, las cuales son consignadas como faltas leves, graves y expulsión. Los horarios en que debían prestar sus servicios los demandantes estaban dados por los turnos que se establecían para cada jornada, que eran requeridos por la demandada por intermedio de control de cajas.

Que, en efecto, se agregó al juicio documento que lleva por título “Instructivo Interno de Empaques SEU”, tal documento, pese a que no contiene firma, fue reconocido por dos de los testigos de los actores, y el tercero de ellos reconoció su existencia. En dicho documento consta que a los empaques se les impuso las siguientes normativas:

“Los empaques universitarios tienen obligaciones de:
Generales:

1. Puntualidad, presentación e higiene personal acorde con la calidad de estudiante universitario.
2. Avisar de

cualquier situación anómala o de conflicto al Encargado de Turno. 3. Cooperación y respeto, en el ámbito de sus funciones, con el Encargado de Turno, y los demás trabajadores del supermercado. 4. Prestar un servicio de calidad y de respeto acorde al marco cultural del estudiante universitario. 5. Un trato de respeto, compañerismo y camaradería con sus compañeras y compañeros de trabajo. 6. Uso obligatorio del uniforme (polera, pantalón de tela negro, zapatos y credenciales). 7. Si pierde mercadería o le produce un daño, y no es reconocido como error del cliente, debe cancelar el producto.

Específicas:

Presentación Personal:

Hombres: Pelo corto, afeitados, Sin aros, pulsera, ni ningún accesorio de este tipo. Zapatos negros, pantalón de tela negro. Los tatuajes deben ocultarse.

Mujeres: Pelo tomado, ordenado, sin pelos sueltos, con cole oscuro; zapatos negros cerrados; pantalón de tela negro; SIN piercing en las orejas ni menos en la nariz. El aro puede que ser una perla o una argolla, nada más. No se pueden pintar las uñas. Solo pueden usar esmalte transparente.

Tanto hombres como mujeres deben usar ropa blanca o negra bajo la polera. Nada colorido. En caso de usar manga larga, debe ser solamente negro. Pueden usar un banano negro.”.

Que a mayor abundamiento el mérito de los documentos y vestuario aparece también concordante con la testimonial rendida por las demandantes la cual consta en el considerando sexto de la sentencia de marrás.

Las otras funciones o actividades desplegada por los demandantes en relación a los carros; guardado de bolsas; mantener el orden en las cajas de la demandada, se desprende también de las declaraciones de los testigos de los demandantes en forma coincidente y concordante con el mérito de la demanda.

También se desprende de las probanzas rendida, que la demandada tenía injerencia en la selección de aquellos que se desempeñarían como empaquetadores y que participaba en las reuniones de ellos, habiendo informado el cambio de modalidad alegado por la demandada.

Que finalmente respecto del mérito del documento individualizado como mandato en copia simple aportado me permite concluir, dado que fue reconocido por dos de los testigos de la parte demandante, como un instrumento que refleja el ánimo de la demandada de modificar la manera en que se desarrollaba la relación informal con los empaquetadores y que sustenta la tesis de las demandantes, en orden a encubrir y desconocer la relación laboral;

Décimo Séptimo: Que, tal como lo manifestara la parte demandante en su libelo, la existencia del instructivo que contiene la normativa aplicable a los empaquetadores antes referida es una muestra clara de que el trabajo no se realiza de forma independiente, sino que bajo la supervisión y dependencia de un tercero. En efecto, la empresa es quien determina la forma en que debe organizarse y realizarse el trabajo de empaquetador -lugar donde deben ubicarse, postura, normas de cortesía, separar productos, poner atención, evitar daños y pérdidas, etc-, regula la conducta que deben tener los empaques durante el desarrollo de la jornada laboral, establece la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento, e incluso, consagra una serie de prohibiciones y obligaciones en torno a la apariencia física del personal, todo lo cual es una manifestación clara y patente del ejercicio de las facultades de mando y dirección de todo empleador;

Décimo Octavo: Que, por otro lado, desvirtúa la supuesta independencia en que según la demandada se había dado la prestación de los servicios por parte de los empaquetadores, pues de haber sido así no se entiende por qué se les impone una determinada vestimenta para asistir a cumplir sus labores, el uso de una credencial de individualización, etc.;

Décimo Noveno: Que, los antecedentes expuestos permiten adquirir convicción en orden a que los demandantes prestaron servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia de la demandada como empleadora, al estar sujetos a órdenes e instrucciones, ser supervigilados en el desempeño de sus labores y al tener que cumplir con una jornada de trabajo. Los actores debían someterse a la modalidad de trabajo impuesta por la empresa demandada en forma continua y permanente dentro de los horarios predefinidos dada la parrilla de turnos o pick de cajas de la demandada.

No obsta las conclusiones precedentes las afirmaciones formuladas por los testigos de la parte demandada de autos dado que a juicio de este Juez carecen de imparcialidad por mantener un vínculo laboral con la



demandada y de falta de credibilidad, dado que es un hecho público y notorio que los empaquetadores de los denominados retail existen, y se relacionan con los cajeros de ellas a través del diálogo no siendo viable concluir que nunca tomaron noticia de modo alguno de su función u organización como lo declaran alguna de los testigos de la parte demandada.

Considero que en el caso de marrás ha existido un esfuerzo para esconder o mantener oculta la relación existente tratando de calificarla de signo no laboral por sobre la relación efectiva de trabajo, con el fin de eludir la aplicación del régimen tuitivo del derecho del trabajo;

Vigésimo: Que, por tratarse de una relación de carácter laboral, durante toda su vigencia, los actores debieron haber percibido remuneraciones de parte de su empleador, sin embargo, estos operarios nunca percibieron tal remuneración, lo cual es un signo más de su informalidad laboral y las precarias condiciones en que se desempeñan. Se justifica y entiende la ausencia de reclamo pretendiendo el pago de estas remuneraciones por parte de los actores tanto durante la vigencia de la relación laboral como en esta demanda, por cuanto las partes han estado contestes en que los empaquetadores percibían propinas de los clientes, de modo que no obstante la falta de pago de remuneraciones por quien correspondía (su empleadora) de todos modos estaban percibiendo ingresos que les permitía subsistir. Estimo que esta forma de remunerar la prestación de los servicios, no es una forma típica de trabajar, sino que es una forma que vulnera los derechos de los trabajadores. Es por ello que pese a lo que se ha dicho respecto de la remuneración, el Tribunal estima que existe una relación laboral, con lo que se completa la triada de requisitos del artículo 7° del Código del Trabajo. No existiendo elementos suficientes para determinar esta contraprestación, valorando el contenido del libelo pretensor, como el actual Ingreso Mínimo Mensual, el Tribunal prudencialmente fijará la remuneración de los trabajadores en el ascendente a \$225.000;

Vigésimo Primero: Que, en esta materia resulta aplicable el principio de primacía de la realidad que inspira esta especial área del derecho, de acuerdo al cual en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En el derecho del trabajo en los hechos concurre una situación de subordinación, por lo que la conducta anterior de un trabajador es completamente ineficaz desde el punto de vista jurídico.

Ello, porque la normativa laboral está constituida por disposiciones de orden público e imperativas para las partes, incluyendo aquellas normas que determinan que concurriendo ciertos elementos fácticos, como la subordinación o dependencia, la naturaleza jurídica de la relación es laboral, y no de ningún otra naturaleza, con prescindencia de los acuerdos o declaraciones a las que hubieren arribado las partes (principio de primacía de la realidad).

Por último, el derecho no debe amparar pretensiones que carecen de legitimidad jurídica, como lo sería el caso de que el empleador tuviese la expectativa de que el trabajador mantenga su conducta anterior que vulnera la calificación que de esa relación hace una norma de orden público e imperativa de la ley laboral, precisamente porque vulneraría normas imperativas de orden público, que no están a disposición de las partes mediante pactos expresos que los contratos de trabajo, cláusulas que serían nulas;

Vigésimo Segundo: Que en cuanto al despido de los demandantes, se tiene por acreditado que éste ocurrió el día 31 de mayo del año dos mil quince, en forma verbal y sin invocación de causa legal por su empleadora, pues, ello se desprende coincidentemente de la declaración de sus testigos, sin perjuicio, además, que de la propia declaración de los testigos de la demandada se desprende un cambio en el ingreso y salida de los empaquetadores que es posible entenderlo coetáneo al término de la relación laboral de las partes de este juicio, el cual no fue justificado en audiencia, ni con la técnica procesal implementada para el interrogatorio, y que estimo da fuerza a la tesis de los actores;

Vigésimo Tercero: Que, establecido lo anterior, debe ordenarse el pago de las indemnizaciones por años de servicio y sustitutiva reclamadas en la presente demanda, con el recargo del 50% la primera, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 letra b) del Código del Trabajo. Para el cálculo de tales indemnizaciones se tendrá como base de cálculo las sumas que se tienen como monto de las remuneraciones que debieron percibir los actores por la prestación explicitado en el considerado vigésimo de esta sentencia. Por las mismas referidas razones, el Tribunal hará procedente el pago de feriado proporcional demandado y las cotizaciones previsionales y de seguridad social por todo el tiempo que prestaron servicios los actores, a partir de noviembre del 2010 hasta el 31 de mayo del año 2015;

Vigésimo Cuarto: Que, respecto de la demanda de nulidad fundada en el no pago de las cotizaciones

previsionales, conviene recordar que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, para proceder al despido de un trabajador, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido.

Consta en los correspondientes certificados de cotizaciones previsionales de los actores agregados al juicio por su parte, que a éstos no se les enteraron cotizaciones previsionales durante el periodo que prestaron servicios para las demandadas, tratándose de una sentencia declarativa y no constitutiva, ordene el pago de todas y cada una de las cotizaciones previsionales, de salud y cesantía de los trabajadores, por todo el tiempo que éste prestaron servicios.

Vigésimo Quinto: Que, en cuanto a la acción de nulidad de despido y el cobro de remuneraciones entre la fecha del despido y su convalidación cabe considerar que la demandada, pese a que debió hacerlo, nunca ha desembolsado dinero alguno para pagar las remuneraciones de los trabajadores, tampoco tuvo la oportunidad de descontar y pagar las cotizaciones previsionales, en el marco de una tan particular relación entre las partes, por tal motivo, el Tribunal no hará lugar a la demanda en cuanto con ella se persigue la nulidad del despido;

Vigésimo Sexto: Que, en lo demás el resto de la prueba aportada por las partes y que no haya sido enunciada en lo particular, en nada altera lo concluido en el caso de marras, por lo tanto, se procederá a rechazar la excepción perentoria de falta de legitimidad pasiva promovida por la demandante, dado que se advierte la existencia de una relación de subordinación y dependencia entre las partes de este juicio, haciendo lugar parcialmente a las demandas impetradas en los términos que se indicara en lo resolutivo de la presente sentencia;

Y visto lo dispuesto en los artículos 3, 7, 10, 41, 44, 53, 63, 159, 162, 168, 172, 425 y siguientes del Código del Trabajo, demás normas legales o reglamentarias aplicables a la especie y Principios del Derecho del Trabajo, se resuelve:

I.- En cuanto a la demanda de nulidad del despido: No ha lugar a la demanda, sin perjuicio de lo que se resolverá respecto de las cotizaciones de seguridad social que se adeudan;

II.- En cuanto a la demanda de despido injustificado:

Ha lugar a la demanda, se declara que el despido del cual fueron víctimas las demandantes fue injustificado, debiendo el demandado enterar a cada una de ellas:

- La indemnización Sustitutiva del Aviso Previo ascendiente a: \$225.000 (doscientos veinticinco mil pesos);

- La Indemnización Por Años De Servicio ascendiente a: \$1.125.000 (un millón ciento veinticinco mil pesos);

- Recargo legal del 50% por no haberse invocado causal ascendiente en la especie a: \$562.500 (quinientos sesenta y dos mil quinientos pesos);

III.- En cuanto a la demanda de cobro de prestaciones:

Se hace lugar a la demanda condenando al demandado hacer pago de a cada uno de los trabajadores de:

- El feriado proporcional ascendiente a: \$750.625 (setecientos cincuenta mil seiscientos veinticinco pesos);

- Las cotizaciones previsionales y de seguridad social por el período trabajado.

IV.- Que las prestaciones ordenadas pagar devengarán reajustes e intereses de acuerdo a lo dispuesto en el Código del Trabajo.

V.- Ejecutoriada que sea la sentencia, ofíciase a AFP Capital, FONASA y AFC Chile, a fin que inicie el cobro de las cotizaciones de seguridad social adeudadas durante la vigencia de la relación laboral, y de aquellas que se devenguen entre el despido y su convalidación, de conformidad a lo previsto en el artículo 19 del D.L. 3.500 y de la Ley 17.322.

VI.- Que no obstante no haber sido totalmente vencida la demandada será condenada al pago de las costas, regulándose las personales en el 10% del total de las sumas ordenadas pagar por esta sentencia una vez que se hayan liquidado.

VII.- Ejecutoriada que sea esta resolución, cúmplase con lo dispuesto en ella dentro de quinto día, bajo apercibimiento de remitirse los antecedentes al Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Valparaíso.

Anótese, Regístrese y Archívese en la oportunidad procesal correspondiente.
Rit O 786-2015.

Dictada por don Germán Manuel Núñez Romero, Juez de Familia, Destinado en el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

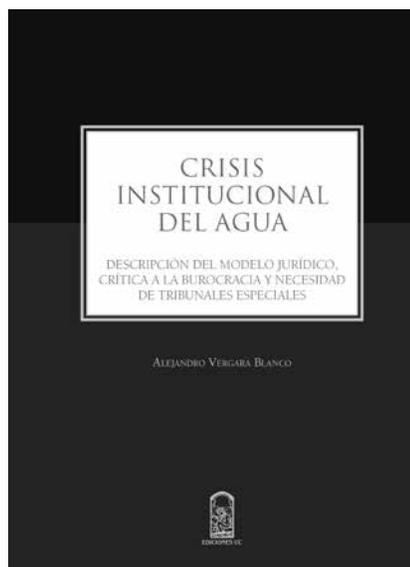
N OVEDADES EN LA LITERATURA JURÍDICA CHILENA

Crisis Institucional del Agua

Descripción del Modelo Jurídico, Crítica a la Burocracia y Necesidad de Tribunales Especiales

Autor: Alejandro Vergara Blanco¹

Comentado por Yuly Lucio Ahuad²



65

Presentamos el último libro del investigador y profesor, don Alejandro Vergara Blanco, titulado Crisis Institucional del Agua: “Descripción del Modelo Jurídico, Crítica a la Burocracia y Necesidad de Tribunales Especiales” que desarrolla en forma estructurada y dinámica, el derecho de aprovechamiento de aguas, su interacción con el Estado, la Sociedad y Mercado. Sin perjuicio de lo anterior, el autor desarrolla en forma muy pedagógica y fácil desde lo general a lo particular sobre la crisis actual en que efectivamente nos encontramos.

En cuanto a la visión crítica del autor, razonablemente podemos entender en qué situación estamos y la necesidad urgente para realizar un cambio, tal como propone el autor, antes de que la situación de los derechos de aguas se hagan inmanejables, no sólo por la falta de un tribunal especializado y de una eficiente y eficaz institucionalidad, sino en la reestructuración y gestión que debería aplicarse como indica el literato.

Los tres componentes que son relevantes en el análisis de las funciones indicadas por el jurista son el **Estado** (Autoridad Burocrática), la **Sociedad** (Autogobierno de los Usuarios) y el **Mercado** (Certeza y Libre Transferibilidad), pues la actual gestión deficiente y burocrática, sin duda podría generar un perjuicio mayor a futuro.

Así, la falta de conciencia y por cierto, el poco interés de quienes tienen la autoridad suficiente para realizar una reestructuración, con un mejoramiento notable de la gestión y normativa que corresponde al Derecho de Aguas, no se hacen cargo de realizar los cambios básicos que actualmente son indispensables, para el adecuado funcionamiento que se requiere. A contrario sensu, si las autoridades respectivas realizan los correspondientes cambios necesarios, se podría evitar ciertamente, las contingencias de eventuales daños irreparables.

La obra, de igual manera, resalta con maestría y precisión los postulados del autor, el cual con base, realiza una visión crítica amplia, para luego subsumirse ilustrando distintas propuestas, prácticas y novedosas a las actuales deficiencias, tanto en lo técnico como en lo procedimental (creación de Tribunales de Aguas), y de igual manera, mejorar la decaída gestión que hoy existe en los órganos correspondientes y asimismo realizar las adecuadas reformas que permitan generar un equilibrio y cumplimiento del sentido y justicia que falta en esta materia.

Dada la claridad y la sistematización que realiza el autor en la obra, la hace muy afable, entretenida y con un lenguaje ideal no sólo para Académicos, abogados, historiadores, alumnos de pregrado, sino que también para toda la comunidad que tenga curiosidad sobre el tema, debido a que les brindará el conocimiento necesario para entender los cambios y movimientos sociales, legales y estatales que se requieren con urgencia en materia de Derecho de Aguas.

Esta destacada pieza jurídica, sin duda es una extraordinaria herramienta para interiorizarse y profundizar las distintas aristas del mundo del derecho de aguas.

Obra: Crisis Institucional del Agua. “Descripción del Modelo Jurídico, Crítica a la Burocracia y Necesidad de Tribunales Especiales”.

Autor: Alejandro Vergara Blanco.

Edición: Primera Edición.

Editorial: Ediciones Universidad Católica de Chile “Ediciones UC”.

Páginas: 225.

Año: 2015.

¹El profesor Alejandro Vergara Blanco, es un destacado investigador y Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. De igual manera, es Director de la Revista de Derecho Administrativo Económico. Como se dijo precedentemente, es un gran investigador en este campo del derecho, siendo también Profesor y Autor en Derecho de Aguas, Derecho Administrativo, Derecho de Energía, Derecho Minero y Teoría del Derecho. Respecto a sus últimas obras, podemos citar “Instituciones de Derecho Minero” (2010); “El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo”; “El Mito del Código Civil como Derecho Común” (2010) y “Sistema del Derecho Minero”. Sin perjuicio de lo anterior, el autor se destaca por traducciones que ha realizado como las de Franck Moderne “Principios Generales del Derecho Público” (2005); Dante Caponera “Principios de Derecho y Administración de Aguas” (2014); Emilio Betti “Teoría de la Interpretación Jurídica” (2015), entre otras.

²La Profesora Yuly Lucio Ahuad es Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Cuenta con cinco postítulos en Derecho Laboral de la Universidad de Chile y es Magister (C) en Derecho Económico de la Universidad de Chile. De igual forma, es especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Relaciones Laborales, Negociaciones Colectivas, Políticas y gestión en RRHH, Auditorías en Derecho Laboral-Tributario, Juicios Laborales, entre otros. Ha publicado innumerables artículos sobre la materia y ha actualizado libros y manuales en conjunto con otros profesores. Es a la fecha, Profesora Invitada en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Análisis de Sentencia: ¿cuándo la conducta inmoral de un trabajador pasa a afectar la empresa en la que se desempeña?

Rodrigo Sanhueza Torres.

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y ayudante de los profesores Cecilia Sánchez y Fernando Arab. Diploma en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

SUMARIO.- 1.- Causal de término del contrato de trabajo por conductas inmorales.- 2.- Resumen del caso y fallo del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.- 3.- Recurso de Nulidad y Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. 4.- Análisis del caso: la afectación a la empresa y la ambigüedad probatoria.

Resumen

Con fecha 28 de abril del año 2015, el Banco del Estado despidió a Arancibia (en adelante “NN”¹) por la causal del artículo 160 N° 1 letra e) del Código del Trabajo, basado en que NN, por medio de su teléfono celular, le habría enviado fotos de carácter sexual a la hija de 14 años de una compañera de trabajo, incluyendo una foto en que él se encontraba totalmente desnudo. NN procedió a demandar al Banco del Estado por tutela laboral y despido injustificado, negando haber tenido alguna participación en dicho envío de fotografías, ante lo cual el Banco del Estado mantuvo su postura de que NN efectivamente había sido quien le envió tales fotografías a la hija de su compañero de trabajo, lo cual a su juicio, justificaba plenamente el despido. Finalmente, el 2° Juzgado de Letras del Trabajo falló a favor de NN, señalando que si bien él efectivamente había enviado tales fotografías, tal comportamiento sería inmoral pero

¹Independientemente de que en Chile los procesos judiciales laborales sean públicos, por motivos de confidencialidad y de respeto a la honra, me referiré al trabajador objeto del despido bajo la sigla “NN”.

no habría afectado al Banco del Estado, y por tanto, no se habría configurado la causal legal de término de contrato de trabajo, raciocinio que fue compartido por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago. El presente artículo busca resumir ambos fallos, para luego finalizar con mis consideraciones personales acerca del presente caso.

1. Causal de término del contrato de trabajo por conductas inmorales

La causal de “conducta inmoral del trabajador” establecida en el artículo 160 N° 1 letra e) del Código del Trabajo debe ser una de las causales de término de contrato de trabajo que menos se utiliza en la práctica, principalmente, por lo difusa de la misma. Si bien todas las causales del artículo 160 del Código del Trabajo son causales de naturaleza subjetiva, y por lo mismo, abiertas a las más diversas interpretaciones administrativas o judiciales, pareciera ser indudable que determinar la existencia de un acoso sexual, una falta a la probidad o una injuria es una tarea bastante más simple que el establecer cuándo una conducta es inmoral, y a su vez, dañina para la empresa, razón por la cual la jurisprudencia sobre esta causal escasea, la parte empleadora usualmente prefiere perdonar la conducta, o bien, despedir al trabajador por la causal comodín de nuestra legislación: las necesidades de la empresa. Es precisamente por ello que los fallos objeto de este artículo resultan tan relevantes, toda vez que no solo son importantes por el mero hecho de aportar jurisprudencia a una causal raramente invocada, sino que además, porque establecen conclusiones jurídicas que resultan tremendamente relevantes para determinar el contenido y alcance de dicha causal.

Pero antes de entrar al fondo de estos fallos, resulta del todo necesario detenernos brevemente para analizar la causal en comento, esto es, conducta inmoral del trabajador que afecta a la empresa en donde se desempeña, labor que debo reconocer, se me ha hecho bastante más sencilla tras haber leído el interesante e integrador artículo de don Rodrigo Ode Pérez, publicado

en la edición de enero de esta Revista². Aclaro también que, en razón de que el objetivo del presente artículo es simplemente dar a conocer sentencias judiciales y mis apreciaciones personales acerca de ellas, más que a establecer un análisis minucioso sobre la presente causal, me limitaré simplemente a plantear ciertos aspectos relevantes y contingentes acerca de la misma.

Dado que la causal en cuestión se explica por sus propios términos, y que un mayor análisis requeriría de ahondar en materias filosóficas que exceden con creces el tema a tratar, por “*conducta inmoral*” simplemente vamos a entender la realización de conductas opuestas a los cánones considerados como normales por la sociedad³. A este respecto, conviene destacar que la determinación de lo que es una conducta inmoral del trabajador solamente resulta fácil si es que se le lleva al extremo (i.e. revisión de pornografía infantil en el lugar de trabajo); no obstante, en la gran mayoría de los casos su determinación es una labor del todo compleja y llena de matices, y que no suele tener en la práctica una respuesta única por parte de quienes se dedican al derecho laboral. Por ejemplo: si un trabajador producto de sus constantes hábitos etílicos llega regularmente a trabajar con resaca, mas no en estado de ebriedad, ¿Podría utilizarse la causal del artículo 160 N° 1 letra e) del Código del Trabajo para despedir a ese trabajador? No cabe duda que el consumo excesivo de alcohol puede ser entendido por muchos como un acto inmoral, de pecado capital o de desorden de la concupiscencia, mientras que claramente un trabajador que llega regularmente con resaca está mental y físicamente impedido de hacer su mejor esfuerzo en el trabajo, lo cual evidentemente afecta a la empresa. En el contexto de nuestra legislación laboral ¿Sería esta conducta constitutiva de una conducta inmoral que daña a la empresa? Creo que pocos responderían afirmativamente a tal interrogante, y muchísimos menos los temerarios que, en el ejemplo planteado, despedirían a un trabajador en base a dicha causal.

En efecto, si la respuesta a la pregunta previamente planteada suele tener una respuesta negativa por parte de los expertos en materia laboral es porque,

aun cuando en teoría dicho ejemplo cumpla con los requisitos impuestos por el texto legal, no se puede olvidar una regla primordial en lo que respecta a esta causal: que la misma debe de ponderarse en conjunto con la obligación del empleador de respetar la vida privada de sus trabajadores, ponderación en la cual la vida privada, por su estatus de garantía constitucional, suele verse beneficiada. Precisamente, si entendiésemos que el trabajador que acostumbra a llegar con resaca al trabajo puede ser despedido por lo inmoral de su conducta, perfectamente dicho raciocinio podría extrapolarse a quienes tienen malos hábitos de sueño, ya que también en este caso la afectación a la empresa sería la misma: tener trabajadores que están prestando servicios sin estar en las mejores condiciones físicas. No obstante, la razón por la cual en ninguno de los dos casos debiera ser aplicable la causal de conductas inmorales es la misma: el respeto a la vida privada del trabajador, y a lo que él decida hacer en su tiempo libre, prima por sobre lo que el empleador considere recto o moralmente aceptable.

Así, tal como puede verse de los ejemplos anteriores, la causal de conducta inmoral suele estar intrínsecamente ligada al respeto de la vida privada del trabajador, al punto que su aplicación siempre implicará la realización de una ponderación entre ambos derechos, normalmente en pugna. Lo anterior también puede verse en otra situación que regularmente es objeto de análisis: la importancia del lugar en donde se realizan las conductas inmorales. En efecto, dentro de la doctrina laboral pareciera no haber ninguna duda respecto a que, para los efectos de esta causal, es posible hablar de una conducta inmoral cuando la misma se realiza íntegramente en las instalaciones o dependencias de la empresa, como por ejemplo, si un trabajador decidiera deambular por los pasillos de la empresa completamente desnudo. ¿Pero qué pasa cuando una actuación inmoral ocurre fuera de la jornada y del lugar de trabajo? Aplicando el mismo ejemplo anterior, el que un trabajador acostumbre a pasearse desnudo por las calles de Santiago fuera de su horario de trabajo, ¿sería un hecho constitutivo de conducta inmoral para los estándares de la legislación laboral? Al respecto, si bien nunca es posible abstractamente establecer una posición inmutable en este tipo de materias, al éstas ser intrínsecamente casuísticas, entre la ponderación de la vida privada del trabajador versus la prerrogativa del empleador de no querer asociarse con personas que realizan conductas que él considera moralmente reprochables, es posible encontrar dos tendencias bastante diferentes:

²Ode, Rodrigo. “La causal del artículo 160 N° 1 letra e) del Código del Trabajo, relativa a la conducta inmoral del trabajador que afecta a la empresa en donde se desempeña”. Revista Laboral Chilena, N° 243, enero de 2016. Páginas 63-71.

³Lanata, Gabriela. “Contrato Individual de Trabajo”. Editorial LexisNexis, año 2006. Página 226.



a) La primera tendencia niega la posibilidad de despedir a un trabajador por una conducta inmoral realizada fuera del lugar de trabajo, al ello constituir una intromisión indebida del empleador a la vida privada del trabajador; y

b) La segunda tendencia establece que sí es posible despedir a un trabajador por una conducta inmoral realizada fuera del lugar de trabajo, en la medida que dicha conducta ocurra por causa o con ocasión del trabajo.

Por tanto, en base a lo previamente analizado, el ejemplo del hombre desnudo que se pasea por Santiago no sería objeto de reproche laboral, pero sí podría serlo, al menos para la segunda tendencia, si es que el hombre que se pasea desnudo por Santiago lo hiciese específicamente afuera de la casa de un compañero de trabajo, al existir en este caso una conducta inmoral que se relaciona intrínsecamente con su relación laboral.

Finalmente, como tercer aspecto destacable de análisis respecto de esta causal, quisiera hacer énfasis en que para que la conducta inmoral de un trabajador justifique el término del contrato de trabajo, dicha conducta debe necesariamente de afectar a la empresa. Ese es el requisito adicional de la causal de término de contrato, por lo que la tarea del empleador al momento de aplicar la misma es tremendamente compleja, toda vez que éste no solo debe de acreditar ante un Tribunal que una determinada conducta es inmoral (con todo lo desafiante que ello es), sino que además, debe probar que tal conducta inmoral afectó a la empresa, en circunstancias que dentro de la misma doctrina laboral no existe consenso alguno acerca de qué debemos entender por *"afectación a la empresa"*. Continuando con la vía de los ejemplos, y aprovechando lo en boga de la materia, pensemos en un trabajador de una empresa que emitió boletas de honorarios por servicios que realmente no se prestaron, para así favorecer a una determinada campaña política. Asumamos también que dicha actuación se ha hecho pública en los medios de comunicación, como efectivamente ha ocurrido en la realidad: ¿Podría ser eso considerado como una afectación a la empresa en que dicho trabajador se desempeña, acorde al estándar de la causal de conducta inmoral? Por más injusto que pueda ser, todas las personas que se han visto involucradas en este escándalo político han sufrido un descrédito público, descrédito que claramente puede traspasarse a las empresas en donde estas personas trabajan: ¿Podría este daño en su reputación empresarial ser considerado como una afectación suficiente como para justificar

el despido acorde a la causal de conducta inmoral? O más bien, ¿se requeriría necesariamente de una afectación patrimonial, como si a causa de dicho daño al prestigio de la empresa ésta perdiese un número determinado de clientes? Desafortunadamente, sobre el contenido específico de qué debemos entender por afectación a la empresa no existe mayor desarrollo en nuestra jurisprudencia, precisamente por lo poco utilizada de esta causal, razón por la cual no es posible en la actualidad hablar de una posición jurisprudencial al respecto, aun cuando los fallos objeto del presente análisis sí establecen una marcada posición en lo que a esta materia respecta.

En definitiva, ya habiendo hecho un muy breve resumen acerca de las problemáticas más comunes de la causal en comento, así como acerca de las distintas posiciones existentes en torno a ellas, a continuación pasaré a describir los fallos que motivaron la redacción del presente artículo, de manera tal de hacer notar cómo en el presente caso se conjugan perfectamente todos los aspectos previamente analizados, y de la forma en que nuestra judicatura laboral se hizo cargo de los mismos.

2. Resumen del caso y fallo del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago

El fallo en primera instancia fue iniciado por una demanda de tutela laboral, despido injustificado y cobro de prestaciones laborales interpuesta por NN, en donde éste alegó una vulneración a las garantías constitucionales del derecho a la integridad psíquica, derecho a la honra y libertad de trabajo. El fundamento fáctico de la demanda es que el demandante fue despedido por haberle enviado fotografías suyas, de contenido sexual, a la hija de 14 años de una compañera de trabajo, lo cual, a juicio de la empresa (Banco del Estado), sería constitutivo de las causales de término de contrato establecidas en los artículos 160 N° 1 letra e) y 160 N°7 del Código del Trabajo. No obstante, el demandante niega tajantemente haberle enviado estas fotografías a la menor, reconociendo sí la existencia de las mismas, para luego afirmar que tales fotografías sólo pudieron haber sido enviadas en un momento en que el propio Banco del Estado se estaba haciendo cargo de la mudanza de sus bienes desde Antofagasta a Santiago, a raíz del traslado que NN había pedido a esa ciudad. En definitiva, por haber negado su participación en los hechos que se le imputaron, el demandante no solamente consideró que su despido fue injustificado, sino que además, vulneratorio a su derecho a la honra, derecho a la libertad de trabajo y

derecho a la integridad física y psíquica demandando en consecuencia al Banco del Estado por la suma total de \$42.547.720⁴, más intereses, reajustes y costas.

Por su parte, el Banco del Estado contesta la demanda dentro de plazo señalando que lo afirmado por el demandante es absolutamente falso, que desde hace varios meses antes de su despido NN le escribía permanentemente a la hija de su compañera de trabajo por medio de *WhatsApp*, lo cual no solo se tradujo en fotos como la que motivaron el despido, sino que también en una serie de insinuaciones de carácter sexual por parte de NN hacia la menor. A mayor abundamiento, el Banco del Estado afirma que fue a causa de su puesto de trabajo que el demandante pudo conocer a la menor, toda vez que ella asistía regularmente a almorzar al casino del Banco, por lo que fue solo mediante su cargo que NN tuvo la posibilidad de poder acercarse a la hija de su compañera de trabajo. Finalmente, argumenta que el perjuicio hacia la empresa se produce porque la conducta que se le imputa al demandante afecta directamente a una compañera de trabajo del propio Banco del Estado, lo cual evidentemente también afecta al Banco, a dicha compañera de trabajo representar un componente de su estructura organizacional que la empresa necesariamente debe de cuidar.

De lo acontecido en la audiencia preparatoria, cabe destacar que el Tribunal propuso \$15.000.000 como base de acuerdo, a lo cual el demandante estuvo llano a aceptar, mas no el Banco del Estado, quien ni siquiera hizo una contraoferta. De igual forma, resulta relevante hacer presente que el Banco del Estado incorporó como prueba no solamente un informe psicológico de la menor y la causa penal seguida en contra del demandante, sino que además, 85 páginas de conversaciones de *WhatsApp* autorizadas ante Notario Público. Por su parte, de la audiencia de juicio podemos destacar que tampoco se produjo conciliación, que el Banco del Estado hizo efectiva la absolución de posiciones, y que a favor del Banco del Estado declaró la madre de la menor a quien NN habría acosado, quien en esa fecha seguía siendo una trabajadora de dicha entidad financiera.

⁴A fin de explicar la cuantía de lo demandado, conviene hacer presente que el sueldo del demandante ascendía a \$1.262.973, y que el demandante tenía 14 años de antigüedad al momento del despido.

En vista que no se produjo conciliación alguna, la Magistrado Paola Díaz dictó sentencia en la causa, estableciendo en la parte expositiva de la sentencia que **en vista de la prueba rendida, el Tribunal tuvo por acreditados todos los hechos imputados en la carta de despido**. Es decir, mediante su teléfono celular, NN efectivamente le envió fotos suyas de contenido sexual a la hija de 14 años de una compañera de trabajo, y que el demandante no aportó ningún antecedente para controvertir lo anterior, ni tampoco para amparar su postura de que habría sido el propio Banco del Estado quien habría enviado tales fotografías.

No obstante lo anterior, es decir, a pesar de que se tuvo por acreditado en el juicio los aspectos fácticos de la carta de despido, la parte resolutive de la sentencia establece unos considerandos realmente antológicos para definir el fondo del asunto, y que por su relevancia consideró que necesariamente deben ser citados:

“Considerando Octavo: Que, pese a lo señalado en el motivo anterior, y a lo moralmente reprochable o repulso que puede resultar el actuar del actor, **el tribunal no logra subsumir los hechos en las causales de terminación que han sido invocadas**. Para explicar lo anterior, y a modo de contexto, se debe aclarar que el contrato de trabajo, si bien involucra intensamente a la persona del trabajador por el hecho de la “subordinación”, no puede gobernar todos los aspectos de la vida de éste, quien continúa siendo un ciudadano libre y fuera del poder disciplinario de su empleadora en todo lo que no esté circunscrito al ámbito de las obligaciones contraídas. En este sentido, resulta esclarecedor la historia de la Ley N°19.010, que establece nuevas normas sobre terminación de contrato de trabajo y estabilidad en el empleo (base del sistema que hoy rige), que planteó la derogación del antiguo art. 157 del Código del Trabajo como un avance, ya que eliminaba la posibilidad de caducidad del contrato por conductas penales ajenas a la empresa. Recordemos que el antiguo art. 157 del CT, establecía las llamadas causales “penales-políticas”, derivadas del DL N° 32 de 1973, que permitían poner término al contrato sin derecho a indemnización por estimar que eran actividades perjudiciales a la seguridad del Estado, tales como dañar la propiedad pública o privada o cometer ilícitos. El mensaje del proyecto explica esta derogación “porque la mayoría de las situaciones que contempla, no se refieren al marco de las relaciones laborales en la empresa”. Del mismo modo, en la discusión en comisiones el Ministro del Trabajo de la época justificó la supresión de estas causales porque “carecen de vinculación con la relación laboral”



y el Subsecretario agregó que “en definitiva, se debe separar la legislación laboral de normativas que son más propiamente del orden penal”. Más esclarecedora aún resulta la historia de la Ley N°19.759, que -a partir de una indicación parlamentaria (la N° 153)- dispuso la actual redacción de la primera causal que se invoca en este caso, modificando la frase “conducta inmoral grave debidamente comprobada” por “conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña”. La explicación de dicha modificación se expone en el segundo informe, señalando que el objetivo es “hacer hincapié en que todas estas conductas deben relacionarse con la actividad de la empresa, puesto que la ley actual no lo deja claramente de manifiesto, corriéndose el riesgo que algún empleador pudiera intentar acciones en contra de un trabajador por actos realizados fuera del ámbito de la empresa”.

Quedando claro, entonces, el ámbito posible de ser objeto sanción disciplinaria por parte de la empleadora, se estima que -en el caso concreto- la conducta acreditada queda fuera de él. En efecto, la causal del art. 160 N° 1 letra e) exige que la conducta inmoral afecte a la empresa donde se desempeña **y esta afectación no sólo no ha resultado acreditada, sino que no logra construirse razonablemente**. Al respecto en la carta de despido se postula que la afectación estaría dada por el hecho que el actor ha afectado la imagen del Banco, cuestión que no ha sido explicitada ni acreditada, siendo una afirmación bastante discutible y subjetiva, ya que existen muchas hipótesis en que la imagen del banco podría estimarse dañada y de ello no se sigue necesariamente que el empleador pueda ejercer su facultad disciplinaria, puesto que la causa estriba en aspectos que quedan fuera de la órbita del contrato de trabajo. No puede pretender la empleadora que cada vez que un trabajador comete un crimen o simple delito tiene derecho a caducar su contrato sin derecho a indemnización (aunque -a su juicio- afecte su imagen), ya que dicha situación fue suprimida de nuestra legislación al reimplantarse la democracia en nuestro país en el año 1990 (con la ley N°19.010). No puede tampoco la empresa pretender que les sea exigible a sus trabajadores el ser “virtuosos” fuera de los horarios y funciones en que los enmarca la subordinación pactada.

Considerando Noveno: Que por lo expresado tampoco puede prosperar la causal de incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, por cuanto -y como se ha dicho- la conducta acreditada se encuentra fuera del ámbito de las obligaciones de su contrato de trabajo. Al respecto, se debe señalar que la doctrina laboral

contemporánea ha dejado de utilizar la terminología “contenido ético-jurídico del contrato de trabajo” como fuente de obligaciones, reconduciéndolo hacia la “buena fe contractual” que es transversal y exigible a toda la contratación y que se compadece de mejor manera con la vigencia de derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral. Recordemos que el llamado “contenido ético-jurídico”, que tradicionalmente se ha entendido compuesto de deberes de lealtad y fidelidad del trabajador hacia su empleador, conlleva amplias dosis de vaguedad y subjetividad, incompatibles con un sistema de despido disciplinario moderno que permita poner término al contrato de trabajo sin derecho a indemnización, a la vez que puede abarcar aspectos de la vida del trabajador que están vedados de la injerencia del empleador. Por lo demás, en el caso concreto no se ha señalado expresamente qué deber contractual específico ha infringido el actor y no se vislumbra tampoco la infracción de un deber ético con la empresa”⁵.

En definitiva, para este caso en particular, la postura de la Magistrado Paola Díaz y del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago es inequívoca: si bien el demandante incurrió en una conducta inmoral, tal inmoralidad no le afecta a la empresa, razón por la cual el despido resulta injustificado más no constitutivo de vulneración de derechos fundamentales. A mayor abundamiento, el fallo no sólo es destacable desde un punto de vista de sus resultados, sino que además, porque señala muchas afirmaciones que ciertamente merecen ser objeto de una sana discusión intelectual. Para mí, las frases más destacadas son:

a) El cambio de paradigma que significó para nuestra legislación la derogación del artículo 157 del Código del Trabajo, dejando de ser objeto de reproche laboral aquellas causales que la Magistrado califica como “*penales-políticas*” (ejemplo: ser detenido fuera de las horas de trabajo por romper la propiedad pública en una manifestación).

b) Que la conducta acreditada no puede ser sancionada porque se encuentra fuera del ámbito de las obligaciones de su contrato de trabajo.

⁵2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-560-2015, sentencia definitiva de fecha 13 de noviembre del año 2015. Magistrado Paola Cecilia Díaz Urtubia.

c) Que el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo ya no es un término doctrinario vigente, y que la doctrina laboral contemporánea hoy habla de “buena fe contractual”, lo cual sería transversal y exigible a toda la contratación, lo cual compatibilizaría de mejor manera con la vigencia de derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral.

3. Recurso de Nulidad y Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago

Como era de esperarse, el Banco del Estado presentó un recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva descrita precedentemente, fundado en la causal del artículo 478 letra c) del Código del Trabajo: necesidad de alterar la calificación jurídica de los hechos sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior.

En lo relevante, el recurso de nulidad señaló que los hechos constatados son absolutamente subsumibles en las causales utilizadas, toda vez que NN incurrió en dicho comportamiento con ocasión del contrato de trabajo, el cual afectó directamente a la hija de una compañera de trabajo con quien NN se relacionaba de manera diaria, agregando que dicha compañera de trabajo es parte de la empresa por expresa disposición del artículo 3° del Código del Trabajo, al definir empresa como una organización de medios personales, materiales e inmateriales. Reafirma la posición doctrinaria de la Magistrado de la instancia al señalar que por aplicación del principio de la buena fe el demandante no pudo haberse comportado como lo hizo sin quebrantar la relación de confianza que existe en la relación laboral, lo cual, insiste el Banco del Estado, afectó a dicha organización directamente, toda vez que la persona afectada fue la hija menor de una trabajadora del propio Banco del Estado.

No obstante dichas alegaciones, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago decidió confirmar el fallo recurrido, en base a los siguientes argumentos⁶:

a) Que si bien la conducta por la cual el demandante fue despedido es claramente inmoral, ésta no afectó a la empresa donde se desempeñaba el trabajador demandante, o al menos, no hay elementos fijados por la juez de la instancia en la sentencia que se examina que así lo determine.

⁶Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1953-2015, de fecha 07 de marzo de 2016. Dictada por los Ministros Javier Aníbal Moya Cuadra, Adelita Ravanales Arriagada y el Fiscal Judicial Daniel Calvo Flores, quien se hizo cargo de su redacción.

b) Que la conducta del demandante no es un incumplimiento a la ejecución de los contratos de buena fe, toda vez que tal conducta no dice relación alguna con la ejecución misma del contrato, como tampoco emana de la naturaleza de las obligaciones pactadas, y menos aún que por la ley o la costumbre le pertenezcan. Por tanto, la Corte descarta que dicha conducta sea constitutiva de lo dispuesto por el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo.

Habiendo ya resumido los aspectos más importantes de los fallos ya descritos, a continuación pasaré a hacer un análisis de los mismos, de manera tal de graficar como, en mi opinión, ambos fallos realizan un análisis equivocado al establecer que el Banco del Estado no resultó afectado por la conducta de NN.

4. Análisis del caso: la afectación a la empresa y la ambigüedad probatoria

Antes de comentar los aspectos que más me llamaron la atención de ambos fallos, parto por señalar que si bien no estoy de acuerdo con lo resuelto en ninguno de ellos, por lo menos puedo valorar que ambos se encuentran fundados, lo cual no siempre es algo que se pueda decir de las sentencias judiciales, especialmente en lo que respecta a sede de Corte de Apelaciones, en donde lamentablemente todavía existen fallos del tenor: “se confirma/rechaza por no haberse logrado desvirtuar la sentencia objeto del recurso”. Por lo menos para mí ya es importante, y un agrado, que las sentencias de nuestra judicatura laboral utilicen conceptos tan doctrinarios como el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, la aplicación del deber de buena fe en materia laboral o la delimitación de la subordinación laboral como un aspecto no inclusivo de todos los aspectos de la vida del trabajador, toda vez que reafirma que la doctrina no debe quedarse solo en la pizarra, sino que lo esperable es que la misma logre llegar a donde realmente importa: a las decisiones que tomen los encargados de aplicar la legislación laboral. En base a este fundamental aspecto, parto por celebrar ambos fallos, por al menos tener la coherencia suficiente de fundamentar adecuadamente una decisión que claramente no compartiría la amplia mayoría de las personas que no tienen estudios de derecho.

No obstante, lo anterior es lo único que puedo rescatar de lo resuelto por los fallos, toda vez que me parece que una decisión tan ajena al sentido común suele estar equivocada, y creo firmemente que ésta no es la excepción. En este sentido, no puedo sino hacer



hincapié que en este caso, a un trabajador de quien se probó que mandaba fotografías suyas desnudo a la hija de 14 años de una compañera de trabajo, se le premió no solamente con el pago de sus indemnizaciones por años de servicio, sino que además, con un recargo del 80% sobre las mismas, lo cual, desde un punto de vista estrictamente utilitarista me parece tremendamente peligroso, toda vez que el precedente laboral que esta decisión marca es que incurrir en la conducta en que incurrió NN es una buena forma de forzar una salida negociada o que ésta resulta hasta rentable, lo cual ciertamente no es el efecto buscado por nuestra legislación laboral al establecer la causal de conductas inmorales, ni tampoco lo buscado por la derogación del artículo 157 del Código del Trabajo, del cual el fallo del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago hace tanto énfasis. Me parece que para tomar una decisión que genera un impacto social tan grande como el de este caso debe existir una justificación en base a argumentos tremendamente sólidos, los cuales yo sencillamente no veo en este caso.

En primer lugar, me parece que el fallo del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el cual confirma la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, es tremendamente equívoco en lo que respecta a la prueba de la afectación a la empresa, toda vez que establece que tal afectación no fue acreditada ni tampoco puede construirse razonablemente, en circunstancias de que ambos términos debiesen ser contrapuestos: o bien la afectación a la empresa debe ser probada, o bien la misma puede ser presumida (*construida*) por el juez basándose en los elementos probatorios que tiene a la vista. En este sentido, lo ideal hubiese sido que este fallo hubiese sido tan contundente como los que desde hace ya varios años se vienen dictando en materia de daño moral, al ya ser un hecho fehacientemente establecido por nuestra jurisprudencia que el daño moral no se presume y que siempre debe probarse, independientemente de las situaciones trágicas que rodeen la reparación solicitada. No obstante, al abrir la posibilidad de que la afectación a la empresa puede ser construida, el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago no ayuda a dirimir respecto de si es que la afectación a la empresa requiere o no de prueba expresa, estableciendo así una completa incertidumbre en lo que respecta a esta materia, independientemente que la acreditación expresa de esta afectación sea lo más recomendable en la práctica, a la luz del fallo analizado.

Por tanto, dado que el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago no es claro al establecer cómo es que debe

de probarse la afectación a la empresa, para justificar mi premisa de que el fallo está equivocado en su parte resolutive es necesario analizar su resultado considerando las dos hipótesis probatorias en materia de afectación a la empresa, es decir, cuestionarnos acerca de si es que el mismo resulta equivocado solo si es que la afectación a la empresa puede presumirse, o bien, si es que también resultaría equivocado en caso de que la afectación a la empresa necesariamente requiera ser probada expresamente.

Si el análisis se hace desde esta última visión más restringida, esto es, que la afectación a la empresa necesariamente debe de ser probada expresamente, es muy difícil para mí pronunciarme acerca del resultado del fallo, toda vez que lo escueto de ambas actas de audiencias no me permiten contar con los elementos necesarios como para poder establecer una opinión fundada acerca de la presente decisión judicial. Sin perjuicio de ello, conviene hacer notar que la propia madre de la menor afectada por el comportamiento de NN declaró en la causa, y que resulta del todo razonable presumir que dicha persona aclaró la forma en que ella se veía afectada por la presencia de NN al interior de la empresa, lo cual ciertamente resulta razón suficiente como para justificar la causal, toda vez que otras causales de término del contrato de trabajo establecidas por nuestra legislación, como el acoso laboral o sexual, encuentran su fundamento tanto en la afectación individual como colectiva, entendiéndose por tal al verse inmerso en un ambiente de trabajo dañino o pernicioso. En consecuencia, me parece que la declaración de la madre de la menor afectada, que recordemos, era trabajadora de la empresa, resulta completamente suficiente para tener por acreditada la afectación a la empresa, especialmente si es que la Magistrado, en base a sus facultades de oficio, tenía la más plena libertad para consultarle expresamente a dicha testigo de la forma en que la conducta de NN afectó a aspectos intangibles de la empresa, tales como ambiente laboral, dinámica de grupos, confianza entre compañeros de trabajo, etc. No obstante, en vista de que no estoy al tanto de todo lo ocurrido en dicha audiencia de juicio, podría concordar con el fallo en la medida que ninguna referencia probatoria se haya hecho a la afectación a la empresa, lo cual recalco, me parece poco probable.

Ahora bien, si fundamos el análisis en base a esta visión más amplia de que la afectación a la empresa puede construirse en base a los elementos que fueron debidamente establecidos en el proceso, me parece

que la Magistrado fue extraordinariamente severa con el Banco del Estado y sus abogados al establecer que la afectación a la empresa “no logra construirse razonablemente”. En efecto, que se haya acogido la demanda por no haber logrado la parte empleadora acreditar fehacientemente la afectación a la empresa es una cosa, pero que el Tribunal se haya abierto a la posibilidad de poder construir (*presumir*) tal afectación, y que aun así lo haya descartado, me parece que escapa completamente de las reglas de la sana crítica. Estamos hablando de una sucursal pequeña del Banco del Estado en donde uno de sus integrantes acosa sexualmente a la hija menor de otra: ¿Cómo no va a ser posible construir la existencia de una afectación a la empresa? No se necesita ser un experto en recursos humanos para saber que una vez que la madre de la menor se enteró de esta situación ese ambiente laboral debió de haber sido insoportable, y que ninguno de los demás trabajadores del Banco del Estado pudieron haberse sentidos cómodos trabajando en presencia de NN, por lo que claramente se puede presumir la afectación a la empresa en materia de confianza entre compañeros, productividad, trabajo en equipo, integración vertical, y un largo etcétera. Insisto, que la demanda hubiese sido rechazada porque la afectación a la empresa no se presume y el Tribunal consideró que no existían elementos probatorios para determinar tal afectación me habría parecido aceptable, pero que la demanda haya sido acogida aun habiéndose abierto el Tribunal a construir tal afectación, francamente me resulta incomprensible.

Otro punto en lo que respecta a la prueba de la afectación a la empresa que el fallo de la instancia lamentablemente omite es acerca de si la acepción “*afectación a la empresa*” debe ser interpretada en un sentido restringido (sólo daño patrimonial), o bien, en un sentido amplio (más que daño patrimonial). Si bien el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago da indicios de optar por la segunda postura al no descartar, a priori, que la afectación de la imagen del Banco posibilitaba la aplicación de la causal de conducta inmoral, lo anterior es una interpretación demasiado forzada como para poder concluir inequívocamente lo anterior, por lo que nuevamente en esta materia, el fallo resulta demasiado

⁷² Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-560-2015, sentencia definitiva de fecha 13 de noviembre del año 2015. Magistrado Paola Cecilia Díaz Urtubia, considerando octavo párrafo segundo.

ambiguo y confuso para la importancia de la materia, especialmente por las escasas sentencias definitivas en que existe pronunciamiento acerca de esta causal.

En definitiva, me parece que lo más relevante de ambos fallos, especialmente del primero, es el establecer la relevancia de la afectación a la empresa como una parte integral de la causal de término de contrato de trabajo, aunque su mayor defecto es precisamente no establecer de manera clara la forma en que dicha afectación debe ser probada, siendo el resultado del fallo medianamente cuestionable en caso de que se considere que tal afectación debe ser expresamente acreditada, y absolutamente cuestionable si es que tal afectación puede llegar a ser presumida por el juez.

Sin perjuicio de lo anterior, también me parece relevante comentar acerca de otros dos aspectos adicionales de estos fallos que también me resultan bastante interesantes: lo primero, la discusión acerca del nuevo sentido que debe dársele a la causal de conducta inmoral a raíz de la ley N° 19.010; y lo segundo, es la eliminación que habría hecho la doctrina laboral acerca de la terminología “*contenido ético-jurídico del contrato de trabajo*” y la aplicación del principio de buena fe realizada tanto por el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago como por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En lo que respecta a la referencia hecha por la aplicación de la ley N° 19.010, me parece que la alusión a dicha norma legal resulta absolutamente pertinente, toda vez que efectivamente la dictación de dicha normativa implicó un cambio de paradigma en la aplicación de esta causal de término de contrato de trabajo que resulta importante tener en consideración. Aun más positivo que lo anterior es la referencia realizada a la discusión legislativa de dicha ley, toda vez que en ella claramente se deja entrever la preferencia del Tribunal por poder castigar una conducta inmoral cometida por el trabajador fuera de las dependencias de la empresa en la medida que la conducta se realice a causa o con ocasión de la relación laboral, aun cuando hubiese sido mejor establecer dicho criterio de forma más expresa que lo realizado.

Ahora, acerca de como la doctrina laboral ya no estaría utilizando la expresión contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, la verdad es que no estaba en conocimiento de esta verdadera *derogación doctrinaria* de esta acepción tan clásica, y francamente me parece que varios autores de Derecho del Trabajo tampoco están al tanto. No obstante, no me parece que el resul-



tado del fallo pase a ser correcto por la utilización de este término, toda vez que precisamente por la buena fe contractual es que la demanda completa debió de haber sido desestimada, pareciéndome verdaderamente decepcionante el análisis realizado por la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago referente a que NN no habría incumplido la buena fe contractual porque su conducta no se relacionaba con la ejecución del contrato o con las naturalezas de las obligaciones pactadas, ya que precisamente, el contenido de la naturaleza de las obligaciones del contrato de trabajo va mucho más allá de la mera ejecución del servicio, toda vez que el contrato de trabajo no se acaba en la simple prestación de los servicios, hipótesis que la acepción contenido ético-jurídico del contrato de trabajo explica bastante bien, pero que la teoría de la buena fe impuesta por estos fallos pareciera quedarse corta.

No obstante ello, aun de centrarnos solamente en el concepto de buena fe contractual, el resultado de los fallos debió de haber sido distinto, toda vez que la interpretación dada por la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago restringe en demasía el valor de la buena fe en materia contractual, toda vez que dicho concepto, como un principio general del Derecho, no se agota en lo que resulta común al objeto de un determinado contrato, sino que más bien, debe de entenderse que las partes se

encuentran obligadas no solo al contenido expreso del contrato, sino que también a toda aquella circunstancia y consecuencia que se desprenda necesariamente del mismo, como por ejemplo, no hacerle daño a la contraparte, o bien para el caso del contrato de trabajo, el no acosar a las hijas menores de los compañeros de trabajo. Si para la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago ello es algo que debería ser establecido expresamente en un contrato, entonces la buena fe como principio no tendría ningún valor, debiendo de regirnos en todo momento por lo expresamente pactado en el contrato y nada más.

Para finalizar, quisiera simplemente señalar que por más que no esté para nada de acuerdo con el contenido de estos fallos, creo que de todas maneras éstos dictarán en el futuro el estándar probatorio en lo que respecta a la aplicación de esta causal, lo cual hará aun más escasa tanto su aplicación como juicios acerca de esta causal que terminen llegando a sentencia definitiva. Desafortunadamente, y por razones que desconozco, el Banco del Estado tomó la determinación de no presentar un recurso de unificación de jurisprudencia respecto a esta materia, por lo que en definitiva, el criterio previamente descrito es el que ha quedado firme y asentado, siendo bastante improbable que el mismo sea modificado, al menos por el tiempo cercano.

*La ignorancia engendra más confianza
de la que con frecuencia engendra el conocimiento:
son aquellos que saben poco,
y no aquellos que saben mucho,
los que afirman positivamente
que tal o cual problema
jamás podrá ser resuelto por las ciencias.*

*CHARLES DARWIN
Naturalista Inglés*

Reforma Laboral

William Thayer Arteaga.

Abogado. Licenciado Universidad de Chile.
Profesor Emérito de la Universidad Católica de Chile.

I.- A propósito de la controvertida Reforma Laboral propuesta por el Ejecutivo el 29 de diciembre de 2014 y sobre la cual no se llega aún a consenso, conviene recordar los convenios 87 (1948) y 98 (1949) de la OIT, ratificados por nuestro país y en plena aplicación desde el 1° de febrero de 2000. Ellos buscaron sustancialmente solucionar tres problemas graves que se arrastraban desde el primer intento global de tener un Código del Trabajo para Chile: leyes 4053 a 4059, aprobadas por el Congreso, precipitadamente, bajo “ruido de sables”, el 8 de septiembre de 1924. Esos problemas eran:

- 1) Eliminar o atenuar la violencia en los desacuerdos y conflictos suscitados al discutir un contrato individual de trabajo;
- 2) Superar el desnivel de presión entre la parte patronal y la parte obrera en cuanto a la urgencia de llegar a un acuerdo en las relaciones individuales y colectivas de trabajo, y
- 3) Elaborar una normativa legal, objetiva y atinada que enmarcase las pretensiones desmedidas de ambas partes.

II.- Hoy, 82 años más tarde, el mundo y el país han madurado en desarrollo económico y conciencia social, que se reflejan en el texto del Código del Trabajo vigente (Diario Oficial de 16 de enero de 2003). Es obvio que en los esfuerzos normativos que el texto concreta, participaron con la mejor intención personeros destacados de todos los gobiernos, legislaturas e institutos especializados, que protagonizaron nuestro quehacer público entre 1924 y 2016. Los inspiraba el deseo de construir una comunidad nacional en que los excedentes, generados por la acción organizada de todos en cada empresa, se proyectasen hacia la sociedad civil, que siempre se halla en proceso de integración. El país siempre busca para su pueblo, un nivel de vida

y desarrollo digno, suficiente, austero y progresista y mucho se consiguió en estas ocho décadas, como lo prueba comparar el Chile de 1924 y el de 2016.

III. Por lo dicho parece aceptable que la dinámica de las sociedades modernas, con acceso al trabajo y la educación, y con políticas laborales, sociales, tributarias y de seguridad social bien asentadas, tiende a generar tal comunidad nacional, aunque sea imperfecta. La nuestra, desde luego, ya absorbió el inmenso proletariado en la hoy mayoritaria y creciente clase media. Esta, a su vez, podrá considerarse transformada en una auténtica comunidad nacional cuando finalicen dos procesos complementarios: la minimización, por la austeridad y la conciencia social, del sector opulento -que no alcanza a ser una clase-, y la desaparición del también sector miserable, gracias a las políticas sociales de solidaridad, seguridad, educación, beneficencia, salud y vivienda; el fortalecimiento de la familia matrimonial; la libertad y amparo de las vocaciones personales, la orientación profesional y la calificación ocupacional.

IV. Por desgracia, esta dirección no se observa en el anunciado proyecto de Reforma Laboral del Gobierno, pues:

1° Destruye el derecho humano esencial e irrenunciable de asociarse para fines laborales, entregándolo al arbitrio -de la directiva sindical que negocia en la empresa.

2° Inutiliza dicha negociación colectiva, por igual causa;

3° Pervierte moralmente los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva, por cuanto el sindicato y el contrato colectivo dejan de operar al servicio de la **totalidad** de los trabajadores, para favorecer la voluntad de un **grupo** de mayoría.

V. En nuestro concepto, hoy no es verdad, como lo era en 1891 en que había sólo dos clases: ricos y pobres. Entonces podía decirse que *“unos pocos hombres opulentos y riquísimos han puesto sobre la muchedumbre innumerable de proletarios un yugo poco diferente al de los esclavos”* (Rerum Novarum). Desde luego, a



mediados del siglo XX, se perfilaban en Chile ya tres clases sociales: la clase alta, formada principalmente por los hijos y nietos de los viejos encomenderos, a los que se sumaron industriales, comerciantes y empresarios enriquecidos por el poderoso desarrollo económico y social en ese siglo; la clase media, mayoritaria y creciente, que absorbió paralelamente al proletariado, y recibió millones de integrantes de variadas fuentes, y la clase popular, cada vez más integrada a la parte más modesta de la reciente clase media, impulsada por las políticas públicas de educación, vivienda, salud, recreación y seguridad, y por el desarrollo social, científico, cultural y moral de ese momento histórico.

VI. Hay, pues, dos sectores extremos, minoritarios y llamados a desaparecer por el desarrollo de la solidaridad y la conciencia social: los opulentos, en el extremo superior de la clase alta, y los miserables en el extremo inferior de la clase popular. Paralelamente, pero a un ritmo más lento, aunque persistente e incontestable, se observaba en las tres clases la presión no sólo por eliminar los abismos de opulencia y miseria, sino por constituir una verdadera comunidad de personas humanas, que la opulencia y la miseria perturban, como de otra manera lo hacen el terrorismo, las mafias, la peste y la violencia en su afán de llegar al poder o incrementarlo. Los que anhelan vivir en comunidad coinciden, consciente o inconscientemente, en la voluntad

irrenunciable de excluirlas del pluralismo democrático, libre y constitucional.

VII. Este paisaje social es alentador en cuanto marcha hacia la integración nacional en una comunidad nacional, sin miseria ni opulencias, pero, por desgracia, a un ritmo excesivamente lento, como lo evidencian un crecimiento de apenas 2% en 2015, anunciado similar o peor para 2016. En suma, el rumbo nos parece correcto, pero al ritmo de crecimiento que llevamos, se corren riesgos y provocan sufrimientos que deben y pueden evitarse con más esfuerzo y moralidad.

VIII. Por último, quiero especificar que la valoración optimista o pesimista de nuestra marcha, bien encaminada aunque demasiado lenta, sufre las aberraciones de nuestro exagerado politicismo. Tenemos el hábito de esperar o desesperar demasiado en cuanto a los efectos de ganar o perder una elección presidencial, parlamentaria o municipal. Son todas muy importantes y hay que participar en ellas con patriotismo, civismo, eficacia y sabiduría. Pero, en cuanto a ésta, lo más ilustrativo es comparar lo que prometieron los candidatos y lo que hicieron después de triunfar. Con todo respeto, sugiero empezar recordando a nuestros padres de la patria: lo que dijeron antes de 18 de septiembre de 1810 y lo que decidieron o pudieron hacer después.

*En la larga historia de la humanidad
(incluso de la especie animal),
son aquellos que aprenden a colaborar
y a improvisar los que más probabilidad
de prevalecer tendrán.*

*CHARLES DARWIN
Naturalista Inglés*

De lo táctico a lo estratégico, un plan de crecimiento profesional

José Manuel Vecino P.

Magíster en Gestión Ambiental,
Especialista en Gestión Humana,
Gerente de Gestión humana, Consultor
empresarial y Docente Universitario.
Colombia - Bogotá.

Hace un tiempo surgió una discusión sobre las diferencias que existen entre las personas que tienen cargos de coordinación, los que son directores y los que deben desarrollar una gestión gerencial, ¿cuál es la frontera entre unos y otros?, ¿cómo sabemos que su gestión debe ser retribuida de acuerdo al trabajo que realizan?

Los tres cargos de los cuales me ocuparé en esta reflexión son: Coordinador, Director y Gerente, entendiendo que el primero hace parte de la gestión táctica en la organización mientras que el segundo y el tercero tienen una mayor relación con las expectativas estratégicas en la organización.

Comenzaré por aclarar entonces que el desempeño esperado en cada uno de estos cargos varía en cuanto a la gestión que debe realizar cada uno de ellos y los resultados que entregan, lo cual significa que no basta con tener claro el nombre del cargo sino las acciones que debe realizar independientemente de los estudios que haya realizado, lo cual nos lleva a suponer como tesis que el cargo que desarrollamos no está necesariamente ligado a la formación que hayamos recibido. El cargo es un título que nace del organigrama no de la academia y por tanto el éxito organizacional corre el riesgo de quedar en manos de la capacidad que tengan los ocupantes de los cargos de tomar las decisiones acertadas y oportunas que necesita la empresa.

Encontrar las diferencias comportamentales entre cada uno de estos cargos puede suponer un reto a la imaginación ya que podemos caer en las generalidades de la gestión y confundir el nombre del cargo con las expectativas que tenemos frente a los resultados de cada uno de ellos.

En efecto, si partimos de la descripción que nos ofrece el modelo DISC, por ejemplo, concluiremos que existe un terreno común que se asocia a una alta dominancia e influencia y una mezcla entre la estabilidad y la conformidad que sugieren un mismo perfil orientado al resultado más que a la gestión, es decir que de alguna manera los tres cargos tienen una vocación estratégica pero no necesariamente significa que ya lo son.

Intentaré en las siguientes reflexiones realizar una breve caracterización de cada uno de ellos y trataré de establecer las fronteras que podrían ayudar a los seleccionadores de talento reconocer la diferencia entre unos y otros, igualmente podría ayudar a quienes están en proceso de crecimiento profesional para que puedan reconocer los aspectos que deben desarrollar y entrenar para alcanzar el nivel de crecimiento requerido y reconocido por otros como estratégico.

En primer lugar es preciso dar alcance a lo que podría parecer una tautología en cuanto a lo que se espera de cada cargo, esto podría también explicar la razón por la cual en algunas organizaciones el cargo de director tiene un mayor valor y peso frente al de gerente.

En general un coordinador es un cargo que se orienta a organizar, ordenar los recursos y/o personas necesarios para realizar una tarea específica con miras a obtener un resultado, se trata de reconocer de qué forma las personas que hacen parte de los equipos pueden contribuir más eficientemente en los resultados esperados. El coordinador define el momento en el cual cada uno de los participantes de un proyecto debe presentar su aporte, se responsabiliza por entregar a cada uno los recursos que necesita para hacer su tarea y hace seguimiento y acompañamiento para asegurar que se cumplirán los plazos establecidos para la entrega de los resultados esperados.

Un director, por su parte, se orienta más a administrar y conducir la gestión del equipo de trabajo para que no equivoque el rumbo que debe llevar, su responsabilidad principal se orienta a identificar los aspectos clave de cada integrante del equipo para potenciar sus capaci-



dades y que pueda mostrar sus potencialidades en el desarrollo de las tareas asignadas. El director acompaña a su equipo de trabajo y evalúa con ellos la gestión y los resultados que se obtienen. Se caracteriza por su capacidad para identificar la mejor posición en la cual debe poner a los miembros de equipo, por su capacidad, conocimiento y experiencia.

El Gerente tiene una misión esencialmente estratégica que le obliga a entender que su responsabilidad está en la capacidad de ofrecer los resultados esperados a partir de los recursos con los que cuenta y con el equipo humano que le ha sido asignado, de tal manera que su gestión será calificada desde el momento mismo en que comienza la tarea, es decir cuando genera un plan de acción que le permite diagnosticar el estado actual del proyecto o área en la cual va a trabajar. Su capacidad de comprender que el éxito de su gestión está determinado en no equivocarse a la hora de seleccionar su equipo de trabajo, de contar con los recursos técnicos, financieros y de infraestructura que necesita y de tener claridad de las funciones que cada uno de ellos debe realizar. El gerente se enfoca más en el resultado que en la gestión (Para eso están los coordinadores y directores), por tanto su tarea está al inicio y al final del proceso ya que finalmente será él quien deba responder por los resultados ante la presidencia de la organización o la junta directiva del proyecto o la empresa.

El nombre del cargo es importante, pero lo es mucho más la gestión que realiza, es así como vemos en las organizaciones gerentes que actúan como directores e incluso como coordinadores descuidando el componente estratégico requerido para llevar a resultados sobresalientes el área que lidera, es así como en muchas ocasiones los miembros de los equipos no reconocen ni valoran a sus gerentes y no se sienten respaldados ni representados en ellos, terminan por ser unas figuras lejanas con las cuales no tienen contacto, que se parece más a los dioses del Olimpo que no hacen parte de la raza humana y por tanto no hay suficiente confianza y cercanía para hablarle de los temas importantes que ocurren en su área de gestión y terminan por buscar soluciones por su propia cuenta o encontrando soluciones en otro punto de la organización. O bien se trata de gerentes que terminan por involucrarse tanto en la tarea cotidiana que finalmente tampoco son reconocidos por el equipo como su líder ya que es un compañero más que tampoco les soluciona sus urgencias y necesidades ya que el día a día limita su capacidad de revisar y acompañar los resultados por estar concentrado en la gestión.

Un coordinador mantiene una relación cercana y permanente con la tarea encomendada y con el equipo de trabajo; tiene todos los días tiempos y espacios para que los integrantes del equipo le reporten los avances y dificultades encontradas en el proceso que le permitan establecer los ajustes requeridos y asignar los nuevos recursos que permitan asegurar el cumplimiento de la tarea en los tiempos establecidos. El director por su parte, como en una orquesta, define y asigna las personas que, según su perfil, pueden dar resultados superiores pero esperados aprovechando al máximo los talentos y capacidades tanto de las personas como de los equipos de los cuales es responsable.

A riesgo de equivocarme y/o de quedarme corto me arriesgo a sugerir 7 características que hacen parte del terreno común que deben transitar tanto los coordinadores como los directores y gerentes, se trata de comportamientos observables y evaluables y por tanto cada uno de ustedes podrá decidir si está de acuerdo o quizá prefiere quitar o agregar una característica. Las características comunes y que considero que debe desarrollar toda persona que ocupe cualquiera de estas tres posiciones son:

1. Se orientan al resultado que les ha sido asignado: Tienen claro lo que se espera de ellos y entienden que su gestión requiere de recursos que le permitan obtener desempeños superiores y diferenciadores a los miembros de los equipos bajo su responsabilidad.
2. Son responsables y asumen las consecuencias de sus actos: Entienden que son los representantes de su equipo y por tanto no pueden delegar la responsabilidad de los resultados que se obtengan.
3. Son entusiastas con las tareas asignadas: Sienten pasión por lo que hacen, transmiten vehemencia al momento de animar y motivar a los integrantes del equipo.
4. Inspiran a los demás con su ejemplo. Asumen el reto de dar el primer paso, de guiar y orientar al equipo pero también de empujarlo cuando sea necesario.
5. Generan confianza en su equipo de trabajo: La credibilidad es la base de la confianza, por tanto serán sus compañeros de equipo quienes otorguen esta característica a quien ha sido nombrado para ocupar este cargo en la organización.
6. Manejan altos estándares de desempeño: Se requiere una buena calificación en los resultados y por tanto las expectativas de calidad nunca estarán ausentes en la gestión.

7. Verifican los resultados que obtienen: Al iniciar el viaje conocemos el destino, por tanto los ocupantes de estos cargos vigilan la tarea en el día a día pero tienen puesta la mirada en el punto de llegada definido, esto les permite ajustar las tareas, recursos y responsabilidades a los miembros del equipo.

Ahora bien, un coordinador deberá tener específicamente algunas características o comportamientos que permitan a la organización diferenciarlo de los otros cargos, considero que ellas pueden ser:

1. Busca ser preciso y sin errores en lo que hace
2. Administra el desarrollo de las tareas
3. Hace seguimiento y conoce lo que hace el equipo
4. Corrige los errores que se presentan

Los que ocupan el cargo de director por su parte tienen también, a mi juicio, las siguientes características a partir de las cuales podemos diferenciar y calificar en específico su tarea, ellas son:

1. Les gusta superar retos y no temen a experiencias nuevas y desconocidas
2. Buscan información que les permita tomar una mejor decisión
3. Confían en las capacidades de su equipo
4. Movilizan al equipo mediante su capacidad de influencia
5. Trasmiten optimismo a su equipo de trabajo
6. Presentan los resultados del equipo

Finalmente en caso de los Gerentes se podrían agregar a su caracterización los siguientes comportamientos genéricos que muestran su carácter estratégico.

1. Son directos en su forma de hablar, poco diplomáticos
2. Tienen y transmiten mucha energía
3. Toman decisiones con base en la información que poseen
4. Son competitivos buscando siempre llegar primero
5. Les gusta explorar nuevas alternativas, son innovadores
6. Imaginan el futuro de la organización a partir de su responsabilidad
7. Son diplomáticos al hablar para evitar conflictos

Como lo mencioné al comenzar esta reflexión, se trata de un intento por delimitar las fronteras entre una función y otra, entre lo que se espera que haga un cargo y otro y al mismo tiempo para poder caracterizar los comportamientos que requiere la organización al momento de delegar en una persona las tareas y actividades de un área o departamento.

Espero que estas ideas nos permitan avanzar en la construcción de un modelo práctico de evaluación del desempeño de quienes ocupan posiciones de liderazgo en la organización y que en ocasiones no tienen claro que más allá de los conocimientos exigidos es preciso desarrollar talentos que le permitan reconocerse en la ruta de crecimiento que lo pueda llevar al siguiente nivel o bien consolidar la gestión que realiza.

*El libre albedrío
es a la mente lo que el azar
es a la materia.*

*CHARLES DARWIN
Naturalista Inglés*

¿Se debería encuadrar mejor el procedimiento de despido por causales atribuidas al trabajador?

Ensayo comparativo entre el derecho laboral francés y chileno

François Taquet.

Profesor de derecho laboral y de seguridad social (IESEG, Skema BS) Abogado, especialista en derecho laboral y protección social, matriculado en el colegio de Cambrai (Francia), Director científico de la red internacional de abogados GESICA.

Despedir a un trabajador es un acto grave y no sin consecuencias dado que al hacerlo se lo priva de su salario. Es por eso que resulta por demás natural que este procedimiento quede encuadrado dentro de un formalismo particular. Allá por el siglo XIX, el jurista alemán Rudolf von Jhering creía que el formalismo jurídico era un principio fundamental para luchar contra la arbitrariedad, y que podía incluso ser considerado el hermano gemelo de la libertad. Esta protección del trabajador en el derecho laboral parece tanto más necesaria si se considera que conforma la parte más débil del contrato. En la práctica, se pueden aplicar dos mecanismos para garantizar esta protección antes de cualquier despido: la organización de una audiencia o entrevista con el trabajador y la fundamentación de la carta de despido

I.- El interés de la audiencia previa

Sin lugar a dudas es un lugar común afirmar que antes de tomar una decisión importante, el legislador dispone en algunos casos la obligación de recurrir a una última instancia de diálogo (ver en este sentido, en el marco de los procedimientos de divorcio, el Código Civil francés, art. 252) para que la decisión se adopte con total conocimiento de causa y fuera de toda precipitación. El derecho laboral no escapa a esta reflexión. ¿Acaso no es conveniente, antes de adoptar una decisión tan importante como la de dar por terminado el contrato de trabajo, que el empleador convoque al trabajador para explicarle los motivos de esa eventual terminación y que reciba paralelamente sus explicaciones? El derecho chileno y el derecho francés no han respondido de

igual modo a esta pregunta. Y en ambos casos, resulta evidente que el jurista no queda del todo satisfecho con las soluciones adoptadas.

Con el interés de proteger al trabajador, el derecho francés optó rápidamente por la obligación de mantener una entrevista previa antes de cualquier despido por motivos de índole personal o económica, salvo en este último caso cuando la medida afecte a un mínimo de diez trabajadores en un mismo período de treinta días y existan representantes del personal en la empresa (asimismo, se recuerda que tanto en el despido por motivos atribuidos a la persona del trabajador (Cód. del Trabajo art. L 1232-6) como en los económicos (Cód. del Trabajo art. L 1233-16), la carta de terminación del contrato de trabajo "debe enunciar el o los motivos invocados por el empleador"). Más allá de esa excepción puntual, queda claro que "la entrevista previa al despido debe aplicarse a cualquier despido impulsado por un empleador al margen de la antigüedad del trabajador, del tamaño de la empresa y del motivo del despido..." (nota DTE, posición de principios N° 90/10 del 31 de mayo de 1990). Tal como lo mencionaran determinados autores, ¿qué podría ser más normal que un trabajador, antes de un acto tan importante como el del despido, pudiera escuchar las acusaciones en su contra, explicarse e intentar modificar la decisión de su empleador (Ver C. Allouche. *A quoi sert l'entretien préalable*. Sem soc Lamy. N° 578. p 3 s - F Taquet. *Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement*. JCP. ed E. 1993. 245)?

Los artículos L1232-2 y siguientes (referentes al despido por motivos de índole personal) y L1233-11 y siguientes del Código del Trabajo francés (referentes a despidos económicos colectivos de menos de diez empleados en un mismo período de treinta días) prevén que el empleador que pretende despedir a un trabajador lo convoque, antes de adoptar cualquier decisión, a una entrevista previa. Esta convocatoria se realiza por carta certificada o por carta entregada en mano con notificación de entrega indicando el objeto, la fecha y la hora de la entrevista (la entrevista no puede realizarse

en un plazo menor a cinco días hábiles posteriores a la presentación de la carta de convocatoria), así como el derecho del interesado a contar con la asistencia de otra persona (aquí conviene distinguir dos situaciones: si la empresa cuenta con representantes del personal, el trabajador solo podrá ser asesorado por un miembro del personal de la empresa, pero si la empresa no cuenta con representantes del personal, el trabajador podrá ser asesorado tanto por un miembro del personal de la empresa como por el asesor de su elección dentro de los inscritos en un listado judicial. En este último caso, el empleador debe indicar la dirección de las dependencias en las que el trabajador puede consultar los listados de asesores del trabajador o de la municipalidad del domicilio del trabajador) y finalmente, el objeto de la convocatoria. Durante la entrevista previa, el empleador deberá indicar los motivos de la decisión adoptada y recibir las explicaciones del trabajador (señalaremos que esta obligación de entrevista previa se encuentra también en el artículo L 124-2 del Código del Trabajo luxemburgués "cuando el empleador que emplea a ciento cincuenta trabajadores como mínimo pretende despedir a un trabajador" - Algunos mencionarán, no sin malicia, que la necesidad de una "entrevista" está presente a menudo en el Código del Trabajo francés, por ejemplo, tanto en el caso de la entrevista profesional: Cód. del Trabajo, art L6315-1, como en la entrevista para los directivos que perciben un haber fijo: Cód. del Trabajo, art. L 3121-46...)

A diferencia del derecho laboral francés, el derecho laboral chileno no prevé esta obligación. Pero es cierto que las situaciones son diferentes. En efecto, Francia ratificó el convenio N° 158 de la OIT sobre despido, cosa que no ha hecho Chile. Ahora bien, el artículo 7 de dicho convenio prevé que "no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad". En cuanto a la recomendación N° 166, que complementa el artículo 7 antes mencionado, dispone lo siguiente: "todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando se defiende de cargos acerca de su conducta o su trabajo que puedan llevar a la terminación de su relación de trabajo".

Sin dudas, es una pena que ocurra esta exclusión en el derecho laboral chileno. Ahora bien, el hecho de que el derecho laboral francés prevea esta obligación

no significa que su modo de proceder esté exento de críticas. Y si existe una objeción que puede formularse al respecto, es la de la imprecisión de la naturaleza jurídica de la entrevista previa al despido, que deja una puerta abierta a muchas interpretaciones.

Para algunos, la entrevista previa sería una medida de conciliación o incluso una "simple medida de humanización" (C. Allouche. *A quoi sert l'entretien préalable?* op. cit.). A simple vista, esta noción de conciliación está presente en el objetivo propio del legislador. Durante los debates parlamentarios previos a la adopción de la ley del 13 de julio de 1973, se había resaltado que la entrevista previa era un "intento previo de conciliación" (Diario Oficial de la Asamblea Nacional (CR), 23 de mayo de 1973, p. 1441). No obstante, por atractiva que pueda resultar esta primera noción de entrevista como sinónimo de "conciliación" no logra esquivar las críticas. De hecho, al trabajador no se le informan los motivos de la entrevista previa; sino que conforme a la ley, la carta de citación debe indicar únicamente el "objeto" de la entrevista pero no así los "motivos" de la decisión (en el pasado, la Corte de casación francesa sostuvo incesantemente que "el empleador solo está obligado a mencionar en la carta de citación a la entrevista previa el objeto de la convocatoria pero no los cargos alegados en contra del trabajador": Casación, sala social, 4 de noviembre de 1992, recurso N° 91-41189 - Ver en el mismo sentido: Casación, sala social, 17 de diciembre de 1992, recurso N° 89-44651, 14 de noviembre de 2000. Recurso N° 98-44117 - Ver también la jurisprudencia según la cual el trabajador no puede exigir, durante la entrevista, que se le notifiquen los documentos susceptibles de justificar la sanción: Casación, sala social, 18 de febrero de 2014, recurso N° 12-17557). Se trataría entonces de una conciliación un tanto extraña en la que ni siquiera se estaría informando a uno de los protagonistas sobre las razones de su convocatoria. Llamen la atención estas disposiciones según las cuales el trabajador, que ignora el motivo de la convocatoria, debe no obstante ser informado con la suficiente anticipación sobre el momento de la entrevista, para poder preparar su defensa (Ver en este sentido: Casación, sala social, 3 de junio de 2015, recurso N° 14-12245, según el cual "el trabajador debe disponer de un plazo de cinco días para preparar su defensa", un argumento que resulta cuando menos extraño si se considera que el trabajador ignora los motivos de su eventual despido...). Así, resulta como mínimo azaroso "etiquetar" de conciliación a una entrevista en la que el trabajador ni siquiera es informado sobre los motivos de su presentación.



Para otros, la entrevista sería una *medida de instrucción*. Muchas razones podrían llevarnos a optar por esta solución. En efecto, el trabajador, con el objetivo de defender sus derechos, puede contar con la asistencia de una persona de su elección que pertenezca al personal de la empresa o, de no haber una institución representativa del personal de la empresa, puede contar con un asesor de su elección entre los que se encuentren inscritos en un listado judicial (del mismo modo que la persona “procesada” puede contar con la asistencia de un abogado durante su audiencia). Otro punto en común con la instrucción judicial podría verse en la inmunidad para los dichos pronunciados por el trabajador durante la entrevista. En efecto, sabemos que la ley penal se rige por el principio de inmunidad para los dichos y escritos presentados ante la justicia y destinados a garantizar “el libre ejercicio de los derechos de defensa”. Ahora bien, mediante diversos fallos, la Corte de Casación extendió este principio de inmunidad a los propósitos perseguidos en la entrevista previa (Ver en este sentido: Casación, sala social, 19 de junio de 1991, recurso N° 89-40843 - 10 de marzo de 1993, recurso N° 90-41852: “las palabras pronunciadas por el trabajador durante la entrevista previa, no pueden, salvo que existiera abuso, constituir una causal de despido” - Ver también: Casación, sala social, 8 de enero de 1997, recurso N° 94-42639). No obstante, por inquietantes que sean, estos elementos conllevan sus límites. Es cierto que el empleador puede solicitar que trabajadores de la empresa asistan a la entrevista previa, pero con la condición de no transformar este procedimiento en una indagatoria, desviando así el objeto de la entrevista (Ver Casación, sala social, 10 de enero de 1991, recurso N° 88-41404 - asimismo, la Corte de Casación francesa indicó recientemente que “si bien el empleador está obligado a indicarle al trabajador el o los motivos de su decisión y requerir sus explicaciones para instaurar un diálogo, *la entrevista previa al despido no tiene por objeto proceder a una investigación*; [ya que] la decisión que el empleador puede adoptar luego o los elementos de que dispone para fundamentarla pueden, llegado el caso, ser discutidos ulteriormente ante la instancia resolutoria; por lo que el respeto de los derechos de defensa no obliga a que el trabajador tenga acceso al expediente antes de la entrevista previa; y por último, porque el principio del derecho a un proceso justo no se aplica a la etapa no jurisdiccional de la entrevista previa”: Casación, sala social, 27 de febrero de 2013, recurso N°12-23213). Además, el trabajador puede contar con asistencia en su defensa pero para un “eventual” despido cuyas causales ignora. Avanzando más en nuestro razona-

miento: ¿es posible equiparar seriamente la entrevista previa con una medida de instrucción cuando sabemos que el empleador desempeña al mismo tiempo el rol de juez y de fiscal? Hay muchos elementos que limitan especialmente toda equiparación de la entrevista con una medida de instrucción.

Por último, para otros la entrevista previa sería una *simple audiencia*, sin efecto práctico. Sin dudas, un atisbo de solución se hace presente en los artículos L 1232-4 del Código del Trabajo francés (despido por causales personales, es decir, atribuidas al trabajador) y L 1233-13 (despido por motivos económicos). La entrevista previa constituye una simple “audiencia” en la que el empleador está obligado a indicar el o los motivos de la decisión que pretende adoptar y en la que recibe las explicaciones del trabajador. Por lo que la ausencia total de formalismo de esta entrevista no obliga al empleador a mencionar en la convocatoria, el motivo de la medida que se pretende adoptar (Casación, sala social, 17 de diciembre de 1992, recurso N° 89-44651 “...ninguna disposición obliga a mencionar, en la carta que convoca a la entrevista previa, el motivo de la sanción pretendida”). Pero, incluso cuando el empleador deseara mencionar los motivos de su decisión en la carta de citación a la entrevista previa, al final no estaría obligado por los motivos expuestos (Casación, sala social, 4 de noviembre de 1992, recurso N° 91-41189). La afirmación parece explicarse por sí sola. No tendría sentido condenar al empresario que le da garantías más ventajosas al trabajador mencionando los motivos de su eventual despido para que pueda plantear mejor su defensa. Así, esta audiencia se vería limitada en el derecho francés por dos elementos: la no mención de motivos en la carta de citación y las obligaciones del empleador durante la entrevista. De hecho, en un fallo del 22 de noviembre de 2006 (recurso N° 04-41768), la Sala social decidió llamativamente lo siguiente: “si bien el empleador está obligado, durante la entrevista previa al despido, a informar al trabajador el motivo de la medida que pretende adoptar y a escuchar sus explicaciones, no tiene la obligación de discutir acerca de la pertinencia de los fundamentos de un eventual despido”. No podemos sino mencionar que una afirmación semejante reduce, cuando menos, la utilidad de esa etapa (además, en la misma tendencia se verifica que se condena con bastante liviandad cualquier irregularidad en la materia: un mes de salario como máximo si el trabajador tiene al menos dos años de antigüedad en una empresa de 11 empleados como mínimo, y una indemnización fijada puntualmente por la justicia en los otros casos).

Por lo que si bien esta etapa de entrevista previa a un despido se explica fácilmente, su implementación según el Código del Trabajo francés debe ser mejorada para que tenga alcance práctico e inclusive para que pueda ser imitada por otras legislaciones.

Así, parece evidente que la convocatoria a la entrevista debe estar fundamentada para que se pueda concretar un intercambio útil con el trabajador. Por otra parte, observaremos que esa es la tendencia que ocasionalmente adoptan los jueces de fondo franceses sobre la base del artículo 6 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos que prevé que “todo acusado tiene, como mínimo derecho a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él, a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa” y del artículo 7 del convenio número 158 de la OIT, ratificado por Francia y de aplicación directa - Ver París, 7 de mayo de 2014, polo 6, sala 6, RG N°12/02642; Tribunal laboral de Evreux (área personal directivo), 26 de mayo de 2015, RG N° 13/00379). No obstante, convendría mencionar que, en última instancia, la fundamentación expuesta en la citación no es vinculante para el empleador a la hora de emitir la carta de despido, dado que la entrevista previa tiene por objeto modificar su apreciación de los hechos.

Luego, convendría inscribir en los textos la obligación de discusión durante la audiencia. En efecto, la entrevista no debería resumirse en una mera enunciación de los hechos y una sencilla explicación por parte del trabajador. Reducir la entrevista a esas dos simples obligaciones lleva a que se convierta en una cuestión meramente formal, y hasta en muchos casos inútil. Por lo que se debe indicar la necesidad de una discusión o intercambio.

Finalmente, sin dudas sería necesario hacer que las sanciones resulten disuasivas en caso de no aplicarse el procedimiento contradictorio. Lo cierto es que ese no es el caso en la legislación francesa. Por lo que corresponde que el legislador encuentre la medida adecuada para que esta obligación se respete.

Únicamente si se cumplen todas esas condiciones, la etapa de la entrevista previa cobrará sentido en concreto.

II.- La necesidad de fundamentar la carta de despido

Tal como lo evidenciaba Paul Crahay, “la opinión partidaria de la existencia de una obligación general de fundamentar formalmente el despido fue ganando terreno con los años” (fundamentación del despido y despido manifiestamente improcedente. Orientaciones 2014/4). Además, mencionaremos que para la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando un empleador no está obligado a exponer a sus trabajadores los motivos de su despido, los mismos se encuentran en la imposibilidad de entablar un recurso judicial válido (CEDH, 10 de julio de 2012, K.M.C c/Hungría, req. N° 19554/11). No obstante, el análisis del derecho comparado nos muestra que los juristas han dudado a menudo entre la fundamentación, la no fundamentación, e incluso la adopción de una solución intermedia que consiste en la no exposición de los motivos pero con la posibilidad de que el trabajador solicite que se le informen los motivos de su despido dentro de un cierto plazo luego de la terminación del contrato (ese es el sistema que se aplica en el derecho laboral belga desde la vigencia del convenio colectivo de trabajo N° 109 del 12 de febrero de 2014: el trabajador que desee saber los motivos concretos que llevaron a su despido debe dirigir su pedido al empleador por carta certificada en un plazo de dos meses posteriores a la terminación del contrato de trabajo. Así, el empleador que recibe esta solicitud debe informar al trabajador los motivos que condujeron a su despido por carta certificada dentro de los 2 meses de recibida la carta certificada con el requerimiento del trabajador). Tantas cavilaciones resultan comprensibles si se considera que el legislador se encontraba tironeado entre su deseo de no perjudicar al trabajador con la enunciación de los motivos de la terminación del contrato, principalmente en caso de falta disciplinaria (ya que dicha carta podría ser requerida por empleadores poco escrupulosos) y la inquietud de evitar toda arbitrariedad en caso de litigio (Ver F. Taquet, *De l'absence de motivation de la lettre de licenciement [en el derecho francés]*, JCP ed. E. 1993. 227). Por otra parte, antes de 1989 el derecho francés había optado por un sistema complicado en el que el trabajador disponía de un plazo de diez días posteriores al despido para requerir a su empleador los motivos del mismo, y dicho empleador disponía de un plazo similar de diez días para responderle. Pero la ley N° 89-549 del 2 de agosto de 1989 generalizó la obligación de fundamentar la carta de despido en los siguientes términos: “el empleador está obligado a enunciar el o los motivos del despido en la carta de despido” (se hace constar que dicha carta de despido



se envía luego de la realización de una entrevista previa y de la observancia de un plazo de reflexión de “dos días hábiles” como mínimo: Cód. del Trabajo, art. L 1232-6). Desde entonces se entiende que toda carta de despido no fundamentada o insuficientemente fundamentada torna abusivo al despido (la noción de despido abusivo se refiere a que si el trabajador tenía al menos dos años de antigüedad y trabajaba en una empresa de 11 empleados como mínimo, la sanción mínima aplicable equivale a 6 meses de salario mensual, Cód. del Trabajo, art. L 1235-3 - el inconveniente aquí es que la comprobación de la precisión de los hechos deja un amplio poder de apreciación al juez; así, la Corte de Casación entiende que la mención de la insuficiencia profesional constituye un motivo de despido materialmente verificable que puede precisarse y discutirse ante los jueces del fondo: Casación, sala social, 16 de junio de 2004, recurso N°03-41461; por el contrario, se considera sin causa real ni grave al despido de un trabajador por medio de una carta que únicamente alude a las faltas reprochadas al trabajador durante la entrevista previa: Casación, sala social, 15 de noviembre de 1994, recurso N° 93-40593). Más aún, los motivos invocados en la carta de despido son vinculantes para el empleador y, en caso de recurso ante la justicia laboral, no podrá invocar otros (en otras palabras, la enunciación de los motivos que se formula en la carta de despido “define” la situación jurídica, dado que el empleador no puede modificarlos o completarlos ulteriormente; “la calificación que el empleador le haya dado al despido es vinculante para él”: Casación, sala social, 21 de marzo de 2007, recurso N° 05-45060). Sobre este punto, mencionaremos el total acuerdo de Francia con el artículo 7 del convenio N°158 antes mencionado de la OIT sobre despido que dicho país ratificó y según el cual “no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos

relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

En el derecho laboral chileno, para que el despido sea legalmente válido, debe ser comunicado por escrito por el empleador al trabajador en persona o por carta certificada enviada al domicilio de éste, expresando la o las causales legales invocadas, los hechos en que se fundan y el estado de las cotizaciones previsionales. Esta comunicación debe entregarse personalmente al trabajador o bien enviarse por carta certificada al domicilio registrado en el contrato dentro de los tres días hábiles siguientes a la separación del trabajador(a), o seis días si la causal es caso fortuito o fuerza mayor. Si se invoca el artículo 161 del Código del Trabajo, el aviso debe ser dado con 30 días de anticipación. Sin embargo, este aviso puede sustituirse mediante el pago de una indemnización en dinero equivalente a un mes de la última remuneración, que se denomina “indemnización sustitutiva del aviso previo” (art. 162 del Código del Trabajo).

El derecho francés (más bien complicado en otros aspectos) parece ser en este caso más simple que el derecho chileno dado que la ley prevé que el despido y la fundamentación de la terminación del contrato de trabajo figuren en el mismo documento. Finalmente, si reflexionamos con atención, ¿esta solución no tiene el mérito de ser más clara? Al fin y al cabo ¿para qué sirve una carta de despido más allá de informar la terminación del contrato? ¿Acaso no tiene también como finalidad la de proteger al trabajador informándole exhaustivamente los hechos que se le reprochan?

*En la lucha por la supervivencia,
el más fuerte gana a expensas
de sus rivales debido a que logra
adaptarse mejor a su entorno.*

*CHARLES DARWIN
Naturalista Inglés*

Resumen Ejecutivo: Proyecto de Ley sobre Reforma Laboral

Yuly Lucio Ahuad.

Abogada. Universidad de Chile. Magíster (C) en Derecho Económico. Universidad de Chile. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Primera y sucintamente indicaremos un cuadro ilustrativo con las materias que deben ser resueltas por el Tribunal Constitucional previamente para ser ley. A posteriori, comentaremos e indicaremos las normas que serán modificadas de acuerdo al proyecto de ley aprobado.

Cuadro Didáctico de materias sujetas a la resolución del Tribunal Constitucional:

| 1.- Titularidad Sindical | 2.- Extensión de Beneficios | 3.- Sindicato interempresas | 4.- Derecho a la información |
|--|--|--|---|
| <p>Se trata de la eliminación de los grupos negociadores, por ende, el sindicato sería el único ente que podría negociar colectivamente.</p> <p>El fundamento para que el Tribunal Constitucional (TC) se pronuncie de ello, es el hecho que el derecho colectivo y en especial el de negociar colectivamente pertenece a los trabajadores y no sólo de aquellos que conforman un sindicato.</p> <p>Además, el proyecto amenazaría con dañar el principio de igualdad ante la ley establecido en nuestra Constitución, al indicar que los grupos podrían negociar en caso que no hayan sindicatos, pero sin Derecho a Huelga ni a Fuero.</p> <p>Esa norma de hecho podría infringir el Convenio N°87 sobre Libertad Sindical, así como también el Convenio N° 98 referido a negociación colectiva -ambos de de la OIT- actualmente ratificados por Chile y con plena vigencia.</p> | <p>El TC deberá de igual manera pronunciarse sobre la facultad que se le otorga a los sindicatos en cuanto a extender o no los beneficios que hayan adquirido por vía de una negociación colectiva con la empresa.</p> <p>Lo anterior, podría significar implícitamente una afiliación obligatoria para el resto de los trabajadores no sindicalizados, lo que afectaría gravemente el principio y derecho constitucional de garantizar la libertad sindical, esto es, la facultad que tiene cada trabajador para afiliarse o desafilarse voluntariamente de un sindicato. Lo anterior, también infringiría el Convenio N°87 sobre Libertad Sindical de la OIT ratificado por Chile y actualmente vigente.</p> | <p>Otro punto que estará sujeto a la revisión del TC, es la obligación que el proyecto establece a los empleadores de medianas y grandes empresas, para negociar colectivamente con sindicatos interempresas, esto es, aquellos sindicatos compuestos por trabajadores de 2 o más empleadores diferentes; en el caso de pequeñas empresas la negociación interempresa no sería obligatoria.</p> <p>En este caso, no sólo afectaría el principio y el ejercicio de la autonomía de la voluntad sino también infringiría la garantía constitucional de igualdad ante la ley e incluso otras, puesto que una empresa mediana no podría otorgar iguales beneficios que una grande, lo que eventualmente podría llevar a la quiebra o cierre de la empresa junto a masivos despidos que ciertamente no serían un beneficio para los trabajadores ni sindicatos interempresas.</p> | <p>El proyecto otorga al sindicato la facultad de solicitar planillas de remuneraciones y beneficios entregados a sus afiliados. Sabemos que previo al inicio de una negociación colectiva, el sindicato puede requerir al empleador documentos de carácter económico general, que puedan servir de base para el pliego de peticiones, mas el hecho de solicitar nóminas y detalle podría considerarse una violación al derecho de privacidad, resguardado constitucionalmente e incluso da la posibilidad de afectar otros derechos protegidos por nuestra Constitución.</p> |



Materias que estarán sujetas a modificación por la Reforma Laboral: Paralelo entre norma actual del Código del Trabajo y Proyecto de Ley aprobado

Negociación colectiva. Los trabajadores excluidos eran aquellos que tenían poder de representación del empleador y facultades generales de administración. Con el proyecto aprobado, en las pequeñas y micro empresas, también estará excluido de negociar colectivamente el personal de confianza que ejerza cargos superiores de mando.

Derecho a información. El sindicato o grupo negociador, previo a una negociación colectiva, podía exigir a la empresa con 3 meses de antelación al vencimiento del contrato colectivo, los antecedentes económicos indispensables para redactar el pliego de peticiones según lo indica el artículo 315 incisos 5° y 6° del Código del Trabajo. De hecho en caso de no cumplir, sería constitutivo de lo prescrito en el artículo 289 letra b) del Código del Trabajo, esto es, como una práctica desleal del empleador. De acuerdo al proyecto aprobado, se mantienen tales exigencias pero con las condiciones especiales que serán revisadas por el Tribunal Constitucional.

Reemplazo de trabajadores en huelga. En el actual Código del Trabajo se permitía el reemplazo de trabajadores en huelga, siempre que el empleador cumpliera con el plazo y costos indicados legalmente. En el proyecto aprobado se prohíbe el reemplazo de trabajadores en huelga, pero se faculta al empleador a modificar los turnos u horarios de trabajo y efectuar las adecuaciones necesarias para asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga, puedan ejecutar sus funciones de acuerdo a su contrato de trabajo, pero en las instalaciones donde prestan servicio, esto es, no se podrá trasladar a los trabajadores no involucrados en la huelga de un establecimiento a otro con el objeto de reemplazar a quienes participan de ella.

Acuerdos de adaptabilidad -ampliación de materias a negociar- La ley en forma expresa y en otras implícitas, indicaba el listado de materias que no eran objeto de negociación colectiva. Con el proyecto aprobado, se podrá incorporar pactos de adaptabilidad directa, esto implica una negociación directa de la empresa y el sindicato con la representatividad o afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores. Esta norma deja una puerta abierta respecto al contenido de dichos pactos.

Negociación interempresa. En la actual ley laboral no es obligatoria salvo acuerdo de empleadores. Con el proyecto aprobado, la negociación colectiva interempresa es obligatoria para la gran y mediana empresa, a diferencia de las micro y pequeñas empresas que resulta voluntaria.

Reincorporación por Huelga. Actualmente se señala que una vez terminada la huelga, los trabajadores deben reintegrarse a la empresa. En el proyecto aprobado indica que se faculta a los trabajadores que se encuentren en huelga, a que puedan reintegrarse a sus labores siempre y cuando la última oferta del empleador cumpla con ciertos requisitos. Respecto de la gran y mediana empresa, ello se hará a partir del día 16 de iniciada la huelga, de lo contrario, los trabajadores sólo podrán reincorporarse a partir del día 30.

Negociación colectiva de Contratistas y Subcontratistas v/s Empresa Principal. El proyecto aprobado señala que toda negociación colectiva que se desarrolle en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal (Empresa Mandante). Respecto a esta materia el actual Código del Trabajo no hace referencia alguna.

Selección de Consultas de Interés

TEMA EN CONSULTA: Control - GPS.

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 22 Código del Trabajo, Revista Laboral Chilena Diciembre 2011, Dictamen 2802 Dirección del Trabajo.

CONSULTA: *¿Cuál es la legalidad de entregar celulares con GPS para cobradores en terreno sujetos al artículo 22 del Código del Trabajo? ¿Existe vulneración de derechos fundamentales con dicho control de gestión si aquello se impone posterior a la celebración de contrato de trabajo?*

RESPUESTA: Por ser éste un tema bastante nuevo en nuestra legislación, hemos cotejado nuestras apreciaciones con la Dirección del Trabajo y hemos coincidido en que no habría inconveniente (y el empleador estaría facultado para ello), para que la empresa entregara celulares con GPS a los cobradores en terreno, contratados bajo el artículo 22 del Código del Trabajo.

Desconocemos si estos trabajadores al firmar sus contratos, éstos contemplaban este sistema. De no ser así, el empleador debería estipular mediante un anexo de contrato la implementación de este nuevo sistema satelital en sus celulares, anexo que debería ser firmado por los trabajadores.

Ahora bien, en cuanto a su consulta si este sistema vulneraría los derechos fundamentales de los trabajadores también coincidimos con la Dirección del Trabajo en que para que ello no ocurra, se puede estipular que los celulares puedan permanecer apagados durante la colación, eventuales descansos dentro de la jornada (si éstos están estipulados) y los fines de semana, con el fin de salvaguardar la privacidad de los trabajadores.

Otra indicación digna de consideración es la eventual protección que el empleador estaría otorgando a sus trabajadores, sus vidas y pertenencias (máxime si son cobradores) al poder brindarle asistencia ante una eventual emergencia.

La Dirección del Trabajo emitió el dictamen N° 2802 que dice relación con la implementación de GPS en los vehículos de transporte.

Consultar artículo publicado en Revista Laboral Chilena, Diciembre 2011 "Consideraciones en torno al control empresarial mediante el GPS", de los Abogados españoles Guillermo Barrios Baudor y Jorge Arredondo Pacheco que trata este interesante tema desde una amplia perspectiva.

TEMA EN CONSULTA: Liquidaciones sueldo y otros.

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 54 y 506 Código del Trabajo.

CONSULTA: *La empresa no está entregando liquidaciones de sueldo ni certificados de antigüedad, pues ha dispuesto de una plataforma fuera del casino para que el trabajador en forma personal entre y saque sus documentos, pero este sistema generalmente no funciona. ¿Está la empresa en una falta?*

RESPUESTA: Al respecto debe indicarse que la empresa incurre en una falta al no poner a disposición del trabajador las liquidaciones de sueldo. La Dirección del Trabajo, ha indicado que incluso cumple con esta obligación enviándola por correo electrónico u otro medio análogo, ya que no es obligación que el trabajador la firme, pues ello es una prueba más que una exigencia.

La obligación se encuentra prevista en el inciso final del art. 54 del Código del Trabajo: "Junto con el pago, el empleador deberá entregar al trabajador un comprobante con indicación del monto pagado, de la forma como se determinó y de las deducciones efectuadas".

En cuanto a la sanción por esta infracción, debe indicarse que no ha sido dispuesta una específica para este incumplimiento, por lo que procede aplicar lo señalado en el artículo 506 del Código:

Artículo 506 del Código del Trabajo: Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción.

Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.

Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales.

Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales.

En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, respectivamente y de acuerdo a la normativa aplicable por la Dirección del Trabajo.

TEMA EN CONSULTA: Ley de Probidad.

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 54, letra b), de la ley N° 18.575, Contraloría General -el dictamen N°21.655, de 2013, Dictamen N° 73.080 CGR.

CONSULTA: *Prestación a honorarios en Municipalidad con relación de parentesco con otra funcionaria que realiza labores de Directora de Administración de Finanzas. Favor aclarar implicancias relacionadas con la ley de probidad y otras inhabilidades.*

RESPUESTA: Al respecto, el artículo 54, letra b), de la ley N° 18.575, dispone que no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado *“Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive”.*

El tercer grado de consanguinidad es, precisamente, la relación tío/sobrino

La jurisprudencia de la Contraloría General (el dictamen N° 21.655, de 2013) señala que esta inhabilidad también se aplica a quienes son contratados a honorarios, atendido el carácter de servidores estatales.

Esta inhabilidad, según el dictamen N° 73.080, de 2013, implica que, independientemente del estatuto que rija a los empleos, el ingreso a cualquier munici-

pio se encuentra condicionado a que el interesado no posea, con alguna autoridad o funcionario directivo de la municipalidad a la que pretende incorporarse, uno de los vínculos de parentesco señalados en el referido precepto, hasta el nivel de “jefe de departamento o su equivalente”, comprendiendo dicha expresión todos aquellos cargos del estamento directivo que tengan asignado un grado igual o superior al que la planta de personal de la entidad edilicia correspondiente contemple para las jefaturas de departamento.

Así, entonces, es necesario conocer la planta de la municipalidad respectiva para saber si el cargo que usted menciona pertenece o no a la escala directiva.

TEMA EN CONSULTA: Accidente durante capacitación.

NORMATIVA APLICABLE: Ley N° 16.744, Dictamen N° 22650 SUSESO.

CONSULTA: *Trabajador viaja de Calama hasta Antofagasta para asistir a capacitación. Llega a su hotel y sufre una caída en el baño, como consecuencia del golpe queda con una lesión de consideración en una de sus rodillas. ¿Esto obedece a un accidente laboral?*

RESPUESTA: En el caso en consulta hay que distinguir dos situaciones:

1.- Si al trabajador el empleador lo envió en Comisión de Servicio, con un nombramiento para tales efectos, a través de una comisión específica y el citado empleador proporciona todos los gastos tanto de habitación (alojamiento) como alimentación y le encomienda el cambio desde Calama hasta Antofagasta, en este caso tendría cobertura completa a la Ley N° 16.744 de Accidentes del Trabajo.

2.- Distinta sería la situación si se lo ha enviado a la capacitación como parte de su jornada habitual de trabajo, con un viático para el pago del hotel. En este caso nuestra legislación determina que solamente se está haciendo un cambio de habitación. En este caso se consideraría accidente común.

Transcribimos un párrafo del Dictamen N° 22650 de la Superintendencia de Seguridad Social de 27/05/2005:

“En efecto, quienes por su trabajo deben trasladarse a otras ciudades (o países), se encuentran expuestos a los riesgos (condiciones de higiene y seguridad) inherentes a los lugares donde deben pernoctar, las que son desconocidas por los trabajadores. Lo anterior, máxime si se tiene en consideración que generalmente el trabajador se encuentra limitado en la elección del mismo, por lo que no es dable desvincular los riesgos propios de los lugares donde pernoctan de su quehacer laboral.”

Ahora bien, quién en definitiva definirá si es un accidente con ocasión del trabajo en definitiva será la Mutual, y en caso de dudas la Superintendencia de Seguridad Social.

TEMA EN CONSULTA: Café durante Jornada de Trabajo.

NORMATIVA APLICABLE: Decreto Supremo N° 594 del Ministerio de Salud.

CONSULTA: *Existe el hábito en la empresa de tomar café y sandwich durante la jornada, éstos son consumidos en el lugar de trabajo. ¿Puede el empleador prohibir el café en el lugar de trabajo o debería habilitar un lugar especial para ello?*

RESPUESTA: Sobre el particular, la Dirección del Trabajo ha señalado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto Supremo N° 594, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo, cuando por la naturaleza o modalidad del trabajo que se realiza, los trabajadores se vean precisados a consumir alimentos en el sitio de trabajo, el empleador debe disponer de un comedor para este propósito, el que debe estar completamente aislado de las áreas de trabajo y de cualquier fuente de contaminación ambiental y debe ser reservado para comer, pudiendo utilizarse además para celebrar reuniones y actividades recreativas.

Con todo, la norma legal obliga al empleador a adoptar todas las medidas necesarias para mantenerlo en condiciones higiénicas adecuadas. Este comedor debe estar dotado con mesas y sillas con cubierta de material lavable y piso de material sólido y de fácil limpieza, debe contar con sistemas de protección que impidan el ingreso de vectores y estar dotado con agua potable para el aseo de manos y cara.

Además, en el caso de que los trabajadores deban llevar comida al inicio del turno de trabajo, dicho comedor debe contar con un medio de refrigeración, cocinilla, lavaplatos y sistema de energía eléctrica.

Por otra parte, el decreto en análisis establece que en ningún caso el trabajador debe consumir sus alimentos al mismo tiempo que ejecutan labores propias del trabajo (artículo 30).

TEMA EN CONSULTA: Socio/trabajador empresa - cotizaciones.

NORMATIVA APLICABLE: Circular N° 17.183 Superintendencia de Pensiones, Circular SII 598 de 27 Agosto 2009.

CONSULTA: *Una empresa compuesta de 4 socios y según escritura ellos pueden prestar servicio a la empresa como trabajadores.*

- *¿Están obligados a cotizar para AFC?*
- *¿Hay impedimento para pagar gratificación artículo 50 CT y que este valor cumpla los requisitos como gasto aceptado por la normativa tributaria?*
- *¿Existe obligación de pagar Seguro de Invalidez y Sobrevivencia por parte de estos socios?*

RESPUESTA: De acuerdo con lo señalado por la Dirección del Trabajo, el socio-trabajador que no tiene facultades de administración en términos mayoritarios es un trabajador afecto al Código del Trabajo de modo que está afecto a todos los derechos y obligaciones como tal.

En base a esa jurisprudencia la Superintendencia de AFP (hoy de Pensiones) informa en la circular N° 17.183, de 25 de septiembre de 2005, que estos socios trabajadores deben cotizar para el seguro de cesantía.

En cuanto a la ley N° 16.744 nada dice, pero estimamos que existiendo la misma razón debe existir la misma disposición y por lo tanto también debe adscribirse a ese seguro. La misma ley establece quienes serán sus beneficiarios y dado que este socio es un trabajador afecto a contrato de trabajo en idénticos términos que cualquier otro, debe cotizar para este seguro.

En cuanto a los efectos tributarios de esta situación, la circular 598 hace referencia a esta materia.

ASIGNACION FAMILIAR Y MATERNAL

A contar del 1° de Enero 2016.- Ley N° 20.763 (Art. 2°).
 Hasta \$ 262.326 \$ 10.269 p/carga
 Sobre \$ 262.326 y menos de \$ 383.156 \$ 6.302 p/carga
 Sobre \$ 383.156 y menos de \$ 597.593 \$ 1.992 p/carga
 Sobre \$ 597.593 no tienen derecho a asignación.

INGRESO MINIMO MENSUAL

\$ 250.000 Desde el 1° de Enero 2016. Ley N° 20.763.
 \$ 186.631 Menores de 18 años y mayores de 65 años.
 \$ 161.265 Para fines no remuneracionales.
 No se imputan al ingreso mínimo las gratificaciones legales, cualquiera que sea su forma de pago.

SUELDO VITAL MENSUAL

Desde 1°/1/2016 al 31/12/2016.
 Factor 0,222757 del ingreso mínimo mensual para fines no remuneracionales: \$ 35.922.
 El concepto de sueldo vital fue derogado por la ley N° 18.018.

ASIGNACION POR MUERTE

D.F.L. N° 90 (art. 6°) 1978.
 I.N.P. (Cajas de Previsión): \$ 483.795 (3 ingresos mínimos mensuales para fines no remuneracionales).
 A.F.P.: 15 U.F. (D.L. N° 3.500, art. 88).

TRABAJADORES DE CASA PARTICULAR

A partir del 1°/03/2011, la remuneración mínima en dinero será el equivalente al Ingreso Mínimo Mensual. Los trabajadores "puertas afuera" tendrán una remuneración mínima no inferior a dicho Ingreso Mínimo Mensual, calculada proporcionalmente en relación con la jornada o con los días de trabajo. (Ley N° 20.279).
 Las prestaciones de alimentación y habitación no serán imponibles para efectos previsionales (art. 151 Código del Trabajo).
 Imposición de cargo del empleador: 4,11% de remuneración imponible del trabajador de casa particular.
 El empleador debe depositar esta imposición mensualmente en una A.F.P. Con ella se financia la indemnización por años de servicios a todo evento, establecida en la Ley N° 19.010, artículo 5°. (Art. 163 Código del Trabajo).
 Esta imposición tiene un máximo de 11 años.

ULTIMO REAJUSTE LEGAL

Diciembre de 2010: 4,2% - Ley N° 20.486
 Diciembre de 2011: 5,0% - Ley N° 20.559
 Diciembre de 2012: 5,0% - Ley N° 20.642
 Diciembre de 2013: 5,0% - Ley N° 20.717
 Diciembre de 2014: 6,0% - Ley N° 20.799
 Diciembre de 2015: 4,1% - Ley N° 20.883

SUBSIDIO DE CESANTIA

(para trabajador que no ha cotizado en la AFC)
 Los primeros 90 días \$ 17.338
 Entre 91 y 180 días \$ 11.560
 Entre 181 y 360 días \$ 8.669
 (A contar del 1°/1/96). Ley N° 19.429, trabajador empresa afiliada a CCAF.

IMPOSICIONES PREVISIONALES DE CARGO DE EMPLEADORES

-Ley N° 16.744 - art. 15. Cotización básica: 0,95%. Se debe agregar la tasa adicional diferenciada según actividad.

COTIZACIONES A ISAPRE

Art. 84 del D.L. N° 3.500 de 1980. Según el plan contratado, los trabajadores pueden cotizar mensualmente un porcentaje igual o superior al 7% de sus remuneraciones imponibles. Cuando el trabajador opte por efectuar una cotización mensual superior al 7% deberá comunicarlo por escrito al empleador, quien deberá descontarla de sus remuneraciones. Los trabajadores dependientes que se incorporen al sistema de salud de la Ley N° 18.933, a contar del 24/12/1999, no tienen derecho a solicitar la cotización adicional prevista en el art. 8° de la Ley N° 18.566 (Art. 4, Ley N° 19.650). A los afiliados que al 24/12/99 se encontraran gozando de la citada cotización adicional, se les revisarán los contratos de salud con el objeto de eliminarla gradualmente. (Ver Resolución N° 183 de S. de Isapre. Rev. Abril 2000, pág. 39).

UNIDAD TRIBUTARIA MENSUAL U.T.M.

| | | | |
|------------|-----------|-----------|-----------|
| Julio | \$ 43.848 | Diciembre | \$ 44.955 |
| Agosto | \$ 44.067 | Enero | \$ 44.955 |
| Septiembre | \$ 44.243 | Febrero | \$ 44.955 |
| Octubre | \$ 44.553 | Marzo | \$ 45.180 |
| Noviembre | \$ 44.776 | Abril | \$ 45.316 |

REMUNERACION MAXIMA IMPONIBLE: 74,3 U.F.

Resolución N° 25 exenta Superintendencia de Pensiones (1/1/2016)1. Se debe considerar el valor de la U.F. del último día del mes anterior al del pago de las cotizaciones, en el caso de los trabajadores afiliados a una A.F.P. (D.L. N° 3.500 y Reglamento N°57, art. 7 de 1991). 2. En el caso de trabajadores afiliados al sistema antiguo de previsión (I.N.P.), el valor de la U.F. es el del último día del mes anterior al pago de la remuneración. (D.L. N°3.501, art. 5° y Circular N°736 de 20/2/81 de la Superintendencia de Seguridad Social).

REMUNERACIÓN MAXIMA IMPONIBLE SEGURO DE CESANTÍA: 111,4 UF

Resolución N° 26 exenta Superintendencia de Pensiones (1/1/2016).

INDEMNIZACION POR AÑOS DE SERVICIOS

Tope máximo: art. 14 Ley 19.010=90 UF. del último día del mes anterior al pago:
 \$ 2.227.929,30 al 30/04/2015 \$ 2.294.103,60 al 31/10/2015
 \$ 2.241.427,50 al 31/05/2015 \$ 2.303.856,90 al 30/11/2015
 \$ 2.248.466,40 al 30/06/2015 \$ 2.306.618,10 al 31/12/2015
 \$ 2.257.792,20 al 31/07/2015 \$ 2.306.618,10 al 31/01/2016
 \$ 2.267.478,90 al 31/08/2015 \$ 2.314.566,00 al 29/02/2016
 \$ 2.281.220,10 al 30/09/2015 \$ 2.323.084,50 al 31/03/2016

| INDICE PRECIOS AL CONSUMIDOR | | | | | |
|------------------------------|------|--------|-----------|------------|-----------|
| MES | AÑO | INDICE | VARIACION | VARIACION | VARIACION |
| | BASE | % | MENSUAL | RESP. DIC. | 12 MESES |
| Julio | 2014 | 104,32 | 0,2 | 2,8 | 4,7 |
| Agosto | 2014 | 104,66 | 0,3 | 3,1 | 4,8 |
| Septiembre | 2014 | 105,54 | 0,8 | 4,0 | 5,1 |
| Octubre | 2014 | 106,64 | 1,0 | 5,1 | 6,1 |
| Noviembre | 2014 | 106,66 | 0,0 | 5,1 | 5,7 |
| Diciembre | 2014 | 106,22 | -0,4 | 4,6 | 4,6 |
| Enero | 2015 | 106,30 | 0,1 | 0,1 | 4,5 |
| Febrero | 2015 | 106,68 | 0,4 | 0,4 | 4,4 |
| Marzo | 2015 | 107,35 | 0,6 | 1,1 | 4,2 |
| Abril | 2015 | 107,97 | 0,6 | 1,6 | 4,1 |
| Mayo | 2015 | 108,16 | 0,2 | 1,8 | 4,0 |
| Junio | 2015 | 108,68 | 0,5 | 2,3 | 4,4 |
| Julio | 2015 | 109,14 | 0,4 | 2,7 | 4,6 |
| Agosto | 2015 | 109,88 | 0,7 | 3,4 | 5,0 |
| Septiembre | 2015 | 110,44 | 0,5 | 4,0 | 4,6 |
| Octubre | 2015 | 110,89 | 0,4 | 4,4 | 4,0 |
| Noviembre | 2015 | 110,86 | 0,0 | 4,4 | 3,9 |
| Diciembre | 2015 | 110,87 | 0,0 | 4,4 | 4,4 |
| Enero | 2016 | 111,39 | 0,5 | 0,5 | 4,8 |
| Febrero | 2016 | 111,70 | 0,3 | 0,7 | 4,7 |
| Marzo | 2016 | 112,13 | 0,4 | 1,1 | 4,5 |

*Nota: Cabe señalar que a partir de enero de 2009, el INE ha procedido a recalcular los Índices de Precios al Consumidor, tomando como base diciembre 2009 = 100.

MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO

| | | |
|----|--|---|
| a) | Valor Provisional de la Cuota de Ahorro en Período de vigencia: | \$ 1.444,15 11 de Abril de 2016 al 10 de Mayo 2016 |
| b) | Valor Provisional de la Unidad Reajutable en Período de vigencia: | \$ 175,86 1° de Abril 2016 al 30 de Abril 2016 |

| Cotización Seguro Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (Ley Nº 16.744) | |
|--|-----------------|
| Cotización Básica ⁽¹⁾ | 0,90% |
| Cotización Extraordinaria ⁽²⁾ | 0,05% |
| Cotización Adicional Diferenciada ⁽³⁾ | entre 0% y 3,4% |
| ⁽¹⁾ Uniforme y general para todas las empresas. Se calcula sobre las remuneraciones imponibles de los trabajadores afiliados. ⁽²⁾ Está destinada a solventar mejoramientos extraordinarios de pensiones y beneficios pecuniarios para los pensionados. Actualmente se encuentra prorogado hasta el 31.08.2011 por el artículo 1° de la ley Nº 20.288, D.O. 03.09.2008. ⁽³⁾ Se fija en función de la actividad y riesgos presuntos o efectivos de la empresa. Busca incentivar la prevención de riesgos laborales. | |

COTIZACION OBLIGATORIA AL FONDO DE PENSIONES TIPO 1 (1)

AFILIADOS DEPENDIENTES E INDEPENDIENTES

| A.F.P. | Marzo del año 2016 | Abril del año 2016 | Mayo del año 2016 |
|-----------|--------------------|--------------------|-------------------|
| | (%) | (%) | (%) |
| CAPITAL | 11,44 | 11,44 | 11,44 |
| CUPRUM | 11,48 | 11,48 | 11,48 |
| HABITAT | 11,27 | 11,27 | 11,27 |
| MODELO | 10,77 | 10,77 | 10,77 |
| PLANVITAL | 10,47 | 10,47 | 10,47 |
| PROVIDA | 11,54 | 11,54 | 11,54 |

AFILIADOS SIN DERECHO AL SEGURO DE INVALIDEZ Y SOBREVIVENCIA (2)

| A.F.P. | Marzo del año 2016 | Abril del año 2016 | Mayo del año 2016 |
|-----------|--------------------|--------------------|-------------------|
| | (%) | (%) | (%) |
| CAPITAL | 11,44 | 11,44 | 11,44 |
| CUPRUM | 11,48 | 11,48 | 11,48 |
| HABITAT | 11,27 | 11,27 | 11,27 |
| MODELO | 10,77 | 10,77 | 10,77 |
| PLANVITAL | 10,47 | 10,47 | 10,47 |
| PROVIDA | 11,54 | 11,54 | 11,54 |

- NOTAS: (1) Porcentaje a aplicar sobre el ingreso imponible de los meses indicados.
 Incluye el 10% para la cuenta de Capitalización Individual y la Cotización Adicional.
 (2) Afiliados hombres mayores de 65 años, mujeres mayores de 60 años, pensionados a través del D.L. N° 3.500 y pensionados por accidentes del trabajo.
 (*) Cambio en la Comisión respecto del mes anterior.

ESTRUCTURA DE COMISIONES DEL TIPO 1

| AFILIADOS DEPENDIENTES E INDEPENDIENTES | | | |
|--|---|---|---|
| A.F.P. | Marzo del año 2016 | Abril del año 2016 | Mayo del año 2016 |
| | Depósitos de cotizaciones mensuales (%) | Depósitos de cotizaciones mensuales (%) | Depósitos de cotizaciones mensuales (%) |
| CAPITAL | 1,44 | 1,44 | 1,44 |
| CUPRUM | 1,48 | 1,48 | 1,48 |
| HABITAT | 1,27 | 1,27 | 1,27 |
| MODELO | 0,77 | 0,77 | 0,77 |
| PLANVITAL | 0,47 | 0,47 | 0,47 |
| PROVIDA | 1,54 | 1,54 | 1,54 |

| AFILIADOS SIN DERECHO AL SEGURO DE INVALIDEZ Y SOBREVIVENCIA | | | |
|---|---|---|---|
| A.F.P. | Marzo del año 2016 | Abril del año 2016 | Mayo del año 2016 |
| | Depósitos de cotizaciones mensuales (%) | Depósitos de cotizaciones mensuales (%) | Depósitos de cotizaciones mensuales (%) |
| CAPITAL | 1,44 | 1,44 | 1,44 |
| CUPRUM | 1,48 | 1,48 | 1,48 |
| HABITAT | 1,27 | 1,27 | 1,27 |
| MODELO | 0,77 | 0,77 | 0,77 |
| PLANVITAL | 0,47 | 0,47 | 0,47 |
| PROVIDA | 1,54 | 1,54 | 1,54 |

NOTAS:

- (1) Las comisiones pueden variar previo aviso de 30 días en caso de rebaja o 90 días en caso de aumento.
- (*) Cambio en la Comisión respecto del mes anterior.

VALOR DE LA UNIDAD DE FOMENTO, DEL INDICE VALOR PROMEDIO Y CANASTA REFERENCIAL DE MONEDAS
(D. Oficial 9/4/2016)

| Fecha | U.F. | Fecha | I.V.P. | Fecha | Canasta Referencial De Monedas |
|---------------|-----------|---------------|-----------|---------------|--------------------------------|
| 10-abril-2016 | 25.837,95 | 10-abril-2016 | 26.792,68 | 10-abril-2016 | 796,55 |
| 11-abril-2016 | 25.841,39 | 11-abril-2016 | 26.794,91 | 11-abril-2016 | 796,62 |
| 12-abril-2016 | 25.844,83 | 12-abril-2016 | 26.797,13 | 12-abril-2016 | 796,68 |
| 13-abril-2016 | 25.848,26 | 13-abril-2016 | 26.799,35 | 13-abril-2016 | 796,75 |
| 14-abril-2016 | 25.851,70 | 14-abril-2016 | 26.801,58 | 14-abril-2016 | 796,81 |
| 15-abril-2016 | 25.855,14 | 15-abril-2016 | 26.803,80 | 15-abril-2016 | 796,88 |
| 16-abril-2016 | 25.858,59 | 16-abril-2016 | 26.806,03 | 16-abril-2016 | 796,94 |
| 17-abril-2016 | 25.862,03 | 17-abril-2016 | 26.808,25 | 17-abril-2016 | 797,00 |
| 18-abril-2016 | 25.865,47 | 18-abril-2016 | 26.810,48 | 18-abril-2016 | 797,07 |
| 19-abril-2016 | 25.868,91 | 19-abril-2016 | 26.812,70 | 19-abril-2016 | 797,13 |
| 20-abril-2016 | 25.872,35 | 20-abril-2016 | 26.814,93 | 20-abril-2016 | 797,20 |
| 21-abril-2016 | 25.875,80 | 21-abril-2016 | 26.817,15 | 21-abril-2016 | 797,26 |
| 22-abril-2016 | 25.879,24 | 22-abril-2016 | 26.819,38 | 22-abril-2016 | 797,33 |
| 23-abril-2016 | 25.882,68 | 23-abril-2016 | 26.821,60 | 23-abril-2016 | 797,39 |
| 24-abril-2016 | 25.886,13 | 24-abril-2016 | 26.823,83 | 24-abril-2016 | 797,46 |
| 25-abril-2016 | 25.889,57 | 25-abril-2016 | 26.826,06 | 25-abril-2016 | 797,52 |
| 26-abril-2016 | 25.893,02 | 26-abril-2016 | 26.828,28 | 26-abril-2016 | 797,58 |
| 27-abril-2016 | 25.896,46 | 27-abril-2016 | 26.830,51 | 27-abril-2016 | 797,65 |
| 28-abril-2016 | 25.899,91 | 28-abril-2016 | 26.832,73 | 28-abril-2016 | 797,71 |
| 29-abril-2016 | 25.903,36 | 29-abril-2016 | 26.834,96 | 29-abril-2016 | 797,78 |
| 30-abril-2016 | 25.906,80 | 30-abril-2016 | 26.837,19 | 30-abril-2016 | 797,84 |
| 1-mayo-2016 | 25.910,25 | 1-mayo-2016 | 26.839,42 | 1-mayo-2016 | 797,91 |
| 2-mayo-2016 | 25.913,70 | 2-mayo-2016 | 26.841,64 | 2-mayo-2016 | 797,97 |
| 3-mayo-2016 | 25.917,15 | 3-mayo-2016 | 26.843,87 | 3-mayo-2016 | 798,04 |
| 4-mayo-2016 | 25.920,60 | 4-mayo-2016 | 26.846,10 | 4-mayo-2016 | 798,10 |
| 5-mayo-2016 | 25.924,05 | 5-mayo-2016 | 26.848,33 | 5-mayo-2016 | 798,16 |
| 6-mayo-2016 | 25.927,50 | 6-mayo-2016 | 26.850,55 | 6-mayo-2016 | 798,23 |
| 7-mayo-2016 | 25.930,95 | 7-mayo-2016 | 26.852,78 | 7-mayo-2016 | 798,29 |
| 8-mayo-2016 | 25.934,40 | 8-mayo-2016 | 26.855,01 | 8-mayo-2016 | 798,36 |
| 9-mayo-2016 | 25.937,85 | 9-mayo-2016 | 26.857,24 | 9-mayo-2016 | 798,42 |

**TABLAS DE CALCULO DEL IMPUESTO UNICO DE SEGUNDA CATEGORIA
Y GLOBAL COMPLEMENTARIO DE ABRIL DEL AÑO 2016**

(U.T.M. \$ 45.316)

| Períodos | Monto de la renta líquida imponible | | Factor | Cantidad a rebajar (no incluye crédito 10% de 1 U.T.M. derogado por N° 3 Art. Unico Ley N° 19.753, D.O. 28.09.2001)* | Tasa de impuesto efectiva máxima por cada tramo de renta |
|---|-------------------------------------|----------------------------|--------------------------------------|--|--|
| | Desde | Hasta | | | |
| Mensual | - | 611.766,00 | 0,00 | 0,00 | Exento |
| | 611.766,01 | 1.359.480,00 | 0,04 | 24.470,64 | 2,20% |
| | 1.359.480,01 | 2.265.800,00 | 0,08 | 78.849,84 | 4,52% |
| | 2.265.800,01 | 3.172.120,00 | 0,135 | 203.468,84 | 7,09% |
| | 3.172.120,01 | 4.078.440,00 | 0,23 | 504.820,24 | 10,62% |
| | 4.078.440,01 | 5.437.920,00 | 0,304 | 806.624,80 | 15,57% |
| | 5.437.920,01 | 6.797.400,00 | 0,355 | 1.083.958,72 | 19,55% |
| | 6.797.400,01 | y más | 0,40 | 1.389.841,72 | Más de 19,55% |
| Semanal | - | 142.745,36 | 0,00 | 0,00 | Exento |
| | 142.745,37 | 317.211,90 | 0,04 | 5.709,81 | 2,20% |
| | 317.211,91 | 528.686,50 | 0,08 | 18.398,29 | 4,52% |
| | 528.686,51 | 740.161,10 | 0,135 | 47.476,05 | 7,09% |
| | 740.161,11 | 951.635,70 | 0,23 | 117.791,35 | 10,62% |
| | 951.635,71 | 1.268.847,60 | 0,304 | 188.212,39 | 15,57% |
| | 1.268.847,61 | 1.586.059,50 | 0,355 | 252.923,62 | 19,55% |
| | 1.586.059,51 | y más | 0,40 | 324.296,30 | Más de 19,55% |
| Límite exento | Mensual \$ 611.766,00 | Quincenal \$ 305.883,00 | Semanal \$ 142.745,36 | Diario \$ 20.392,16 | |
| Índice de Precios al Consumidor | | | Variación de Febrero del 2016 | | |
| Febrero del 2016 | 111,70 pts. | | Respecto del mes anterior..... | | 0,3% |
| <p>RELIQUIDACION DEL IMPUESTO: Si el trabajador o pensionado opta por reliquidar el impuesto, por haber percibido rentas durante el mes de Abril del año 2016 de más de un empleador, habilitado o pagador, la diferencia del impuesto resultante de la referida reliquidación debe ser ingresada durante el mes de Mayo del año 2016, en cualquiera institución recaudadora autorizada.</p> <p>IMPUESTO GLOBAL COMPLEMENTARIO: Los contribuyentes pueden efectuar pagos provisionales en Bancos e Instituciones Financieras autorizadas para cubrir este impuesto. En atención a que los citados pagos sólo es posible realizarlos durante el año por un monto aproximado, se recomienda utilizar la Tabla Mensual del Impuesto Unico a los trabajadores para dichos efectos.</p> <p>La columna "Tasa de impuesto efectiva máxima para cada tramo", de la tabla de cálculo del impuesto único, indica sólo para efectos de referencia, la tasa efectiva máxima de impuesto que corresponde a cada tramo de renta.</p> | | | | | |