

Mulchén, diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto, oídos y considerando:

PRIMERO: Individualización de las partes y síntesis de la demanda y sus fundamentos. Ha comparecido **Jacqueline Marianelli Lagos San Juan**, abogada, domiciliada en camino Salto Rehuén kilómetro 2.5, comuna de Mulchén, demandando a la **Ilustre Municipalidad de Mulchén**, representada por su alcalde Jorge Rivas Figueroa, ambos domiciliados en Aníbal Pinto 495, de dicha comuna, solicitando que se declare la existencia de relación laboral entre las partes, la vulneración, con ocasión del despido, de sus derechos fundamentales a la integridad psíquica y no discriminación y su garantía de indemnidad, y la nulidad del despido, ordenando el pago de la indemnización máxima establecida en el artículo 489 del Código del Trabajo, además de indemnización por años de servicios, recargo, feriados, licencias médicas, cotizaciones y la sanción de los incisos quinto y séptimo del artículo 162 del referido código, con reajustes, intereses y costas.

Señala que prestó servicios para la demandada desde el 3 de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2020, mediante contratos a honorarios, como *coordinadora* en la Oficina de Protección de Derechos del niño/a (OPD), dependiente de la Dirección de Desarrollo Comunitario de la Municipalidad de Mulchén.

Afirma que sus funciones, las que describe, pese a lo señalado en los referidos contratos, se desarrollaron en el marco de una relación laboral, pues fueron habituales, continuas y prestadas bajo subordinación y dependencia con la demandada.

Refiere que el 31 de diciembre de 2020 fue despedida mediante comunicación escrita, sin cumplimiento de formalidad alguna, no señalándose claramente la causal por la que se le despide y sin cumplir con la obligación de pago de sus cotizaciones previsionales.

Sostiene que su despido no es más que la culminación de una seguidilla de actos vulneratorios de parte del municipio, que le habrían llevado a concurrir junto a otros miembros de la Oficina de Protección de Derechos del niño/a a una reunión del Concejo Municipal, siendo por ello fuertemente amedrentados, y a intentar fundar un sindicato en abril de 2019, por lo que fue amenazada de despido. Desde julio de ese año, afirma que fue separada de toda actividad del municipio, lo que le generó menoscabo, por lo que debió solicitar vacaciones y licencias médicas.

En subsidio, demanda por despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones, fundada en los mismos hechos.

SEGUNDO: Contestación. La demandada opuso excepción de incompetencia, fundada en que las partes se vincularon con un contrato de carácter civil y no laboral.

En cuanto al fondo, solicitó el rechazo de la demanda, con costas, alegando la inexistencia de relación laboral entre las partes, aclarando que la actora fue contratada para prestar cometidos específicos, con fondos del Servicio Nacional de Menores en el marco de un programa no habitual, relación contractual a honorarios que fue validada por la demandante.

Niega la existencia de actos de acoso o discriminación de su parte en contra de la demandada, así como la vulneración de sus derechos y alega la improcedencia de las demandas de despido injustificado y nulidad de despido, así como de lo demandado por feriados y licencias médicas.

TERCERO: Cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento. El 7 de mayo de 2021 se llevó a efecto la audiencia preparatoria.

El llamado a conciliación no prosperó.

Existiendo hechos controvertidos, se recibió la causa a prueba.

La audiencia de juicio debió parcializarse en seis jornadas, 9 de junio, 9 de julio, 6 de agosto, 20 de septiembre, 25 de octubre y 8 de noviembre de 2021.

En esta última audiencia, las partes hicieron sus observaciones a la prueba rendida, las que se han tenido presentes al momento de redactar este fallo.

Se pospuso la dictación de la sentencia para el día de hoy.

CUARTO: Determinación de la cuestión controvertida. Para la resolución de este asunto, será necesario, en primer lugar, determinar si la relación contractual que ligaba a las partes, pese a estar escriturada como un contrato a honorarios, constituía o no, en realidad, una relación laboral.

Establecido lo anterior y consecuentemente con la decisión que se adopte, deberá resolverse la excepción de incompetencia y examinarse, en su caso, la concurrencia de los presupuestos legales para declarar su nulidad, así como razonar respecto a la procedencia de las indemnizaciones y recargos solicitados.

Además, deberá determinarse si la municipalidad debe o no pagar las licencias médicas que se le cobran.

Por otra parte, deberá establecerse si se adeuda o no lo demandado por feriados.

En cuanto a la acción de tutela, deberá establecerse si el despido es o no un acto de discriminación y si constituyó o no una vulneración a los derechos fundamentales de la actora, regulando en su caso la indemnización punitiva que se solicita.

QUINTO: La normativa del Código del Trabajo es regla general para empleadores y trabajadores y se aplica por defecto a aquellos funcionarios no sometidos a estatutos

especiales o en los aspectos no regulados por ellos. El artículo 1 del Código del Trabajo somete a la regulación de dicho código las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, entendiendo por tales aquellas que consistan en la prestación de servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación y el consecuente pago de una remuneración, según se describe en su artículo 7.

La excepción a la aplicación del Código del Trabajo la constituyen los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que tenga aportes, participación o representación, entidades entre las que se encuentra la demandada Municipalidad de Mulchén, pero siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Y, como contra excepción, respecto a los trabajadores de las entidades señaladas, les rige el Código del Trabajo, residualmente, en los aspectos no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que no fueren contrarios a estos últimos.

SSEXTO: La municipalidad puede contratar profesionales a honorarios, en circunstancias determinadas. Si bien la municipalidad demandada tiene facultades para contratar bajo el régimen de honorarios, según se dispone el artículo 4° de la ley 18.883, debe hacerse en las condiciones ahí descritas, esto es, debe tratarse de profesionales o técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, que deban realizar labores accidentales, no habituales, o se trate de la prestación de servicios para cometidos específicos.

Aclarado lo anterior, debe determinarse si en la especie concurren o no tales circunstancias, que habilitan a la demandada para contratar a honorarios, o si, por el contrario, como afirma la actora, sus labores se enmarcan en una relación laboral, distinción que permitirá establecer si nos encontramos en la situación de excepción prevista en la citada norma o si debe aplicarse la regla general del Código del Trabajo.

SSEXTIMO: Reseña preliminar de la escrituración de los contratos suscritos por las partes. Para mayor claridad expositiva, previo al análisis en conjunto con el resto de la prueba rendida, podemos observar que los respectivos contratos y decretos alcaldicios, no cuestionados por las partes, dan cuenta de lo siguiente:

1. La actora prestó servicios para la demandada mediante sucesivos contratos de honorarios, celebrados, el primero, el 3 de agosto de 2015 y el último el 31 de diciembre de 2019, servicios que se desarrollaron desde la fecha de

su primera contratación hasta terminada la vigencia del último contrato, el 31 de diciembre de 2020.

2. La actora fue contratada en cada una de esas ocasiones, según se señala en los contratos, teniendo presente el convenio de ejecución del programa Oficina de Protección de Derechos del Niño/a, OPD, para desempeñarse como “Coordinadora”.
3. En todos los contratos, se señaló que la actora debía cumplir las siguientes funciones:
 - a. Informar a la familia respecto al proceso judicial, especialmente a lo referido a los tiempos que implican denuncias de este tipo, las acciones en las que se verán involucrados/as, por señalar algunos aspectos.
 - b. Acompañar a la familia a realizar la denuncia a Fiscalía, si la vulneración es constitutiva de delito y a Tribunales de Familia cuando es necesario la interposición de una medida de protección y/o cautelar. Si la familia no realiza la denuncia, debe ser realizada por el abogado de la OPD, entre la primera atención y la denuncia no debe pasar más de 24 horas.
 - c. Elaborar y ejecutar la planificación total de actividades programadas por cada sesión.
 - d. Participar en reuniones evaluativas con el equipo ejecutor como parte de eficiencia y eficacia del proyecto.
 - e. Coordinación con otros programas del Sename y otras instituciones.
 - f. Garantizar las prestaciones sociales de los niños, niñas, adolescentes y sus familias.
4. Se pactó un pago mensual, que alcanzó en el último contrato a \$1.130.800, pagadero contra entrega de boletas a honorarios.
5. En cuanto a la jornada, se señala que las funciones deben desarrollarse “dentro de un horario similar al ejercicio de la institución en la que mantiene sus dependencias, esto es por 44 horas cronológicas semanales”.
6. Por último, en los contratos se reconocen aguinaldos de fiestas patrias y/o navidad, licencias médicas, permisos administrativos, feriado de 15 días hábiles y derecho a pre y postnatal.

OCTAVO: El programa para el que la actora fue contratada concreta funciones permanentes y propias de la municipalidad, según la ley orgánica que le rige. Según afirma la municipalidad demandada la Oficina de Protección de Derechos de los niños, niñas y

adolescentes, corresponde a un programa de carácter temporal, que se ha implementado por un convenio con el Servicio Nacional de Menores y, al asumir la ejecución de dicho convenio, la municipalidad desarrolla actividades que no le son habituales.

Tal alegación es importante porque, como ya hemos dicho, el municipio sólo puede contratar a honorarios, según se dispone en el artículo 4° de la ley 18.883, “cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la municipalidad” o para “la prestación de servicios para cometidos específicos”. Corresponderá analizar, entonces, en primer lugar, si la ejecución del programa que llevó a la contratación de la señora Lagos se trata o no de labores habituales de la municipalidad.

El referido convenio fue firmado el 23 de julio de 2015 entre la Municipalidad de Mulchén y el Servicio Nacional de Menores, estableciéndose su vigencia máxima por tres años, hasta el 24 de julio de 2018, prorrogable sin necesidad de un nuevo llamado a concurso por tres años más. Como consta con la incorporación del documento respectivo, la prórroga se hizo efectiva hasta el 24 de julio de 2021 y, según han declarado los testigos de la demandada, Cristian Cerro, Edison Grandón y Gloria Castillo, este programa sigue vigente. El señor Cerro, director de Seguridad Pública del municipio, departamento del que depende actualmente el programa, explicita que la intención de la municipalidad es continuar con éste y la señora Castillo especifica que está vigente al menos hasta enero de 2023, resultando esta última prórroga más breve que la anterior únicamente en atención al cambio del Servicio Nacional de Menores a Servicio Mejor Niñez.

El objetivo general del proyecto es descrito en el referido convenio de la siguiente forma: “Contribuir a la Instalación de Sistemas Locales de Protección de Derechos que permita prevenir y dar respuesta oportuna a situaciones de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes a través de la articulación de actores presentes en el territorio como garantes de derechos, el fortalecimiento de las familias en el ejercicio de su rol parental, como de la participación sustantiva de las niñas, niños y adolescentes, familias y comunidad”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 1 de la ley 18695, Orgánica de Municipalidades, las describe señalando que “Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas”. Luego, en su artículo 3° letra c), señala como una de sus funciones privativas “La promoción del desarrollo comunitario”, y, en el artículo 7, se permite a las municipalidades desarrollar, entre otras,

funciones relacionadas con “c) La asistencia social y jurídica”; “j) El desarrollo, implementación, evaluación, promoción, capacitación y apoyo de acciones de prevención social y situacional, la celebración de convenios con otras entidades públicas para la aplicación de planes de reinserción social y de asistencia a víctimas (...); y “l) El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.” Además, en el artículo 8 se dispone que “Para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades podrán celebrar convenios con otros órganos de la Administración del Estado en las condiciones que señale la ley respectiva, sin alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios”.

Entonces, atendiendo a las características del convenio y las funciones que la ley orgánica atribuye a las municipalidades, tanto la celebración como la ejecución de éste importa para la municipalidad la realización de las funciones que le son propias, habituales y permanentes y, en ningún caso, específicas u ocasionales.

No es óbice para la conclusión anterior el hecho de que el convenio establezca fecha para el término del programa, pues, por una parte, se ha acreditado en juicio, con las declaraciones de Edison Grandón, Christian Cerro y Gloria Castillo, testigos de la demandada, la voluntad del municipio de continuar con éste y, por otra, el programa ha extendido su vigencia por más de seis años, en forma continua, extensión que impide que pueda sostenerse lógicamente que corresponda a algo accidental o no habitual.

Por último, no está demás señalar que el referido convenio no prohíbe y, muy por el contrario, contempla expresamente la posibilidad de que quienes participen en la ejecución del programa, lo hagan en el marco de una relación laboral con el municipio, al señalar en su cláusula séptima: “Las partes dejan expresamente establecido que el personal que el colaborador contrate para prestar funciones en la ejecución del Proyecto, no tendrá relación laboral alguna ni de dependencia con el SENAME, sino que, exclusivamente, con la Institución, siendo responsabilidad de éstos el estricto cumplimiento de las normas laborales y previsionales.”

OCTAVO: La actora no pudo estar sometida a régimen de contrato a honorarios, porque las funciones que desempeñaba no son cometidos específicos ni accidentales. Tampoco debían desarrollarse, necesariamente, por una abogada en calidad de experta. La generalidad con la que están descritas las funciones reseñadas en los contratos (*elaborar y ejecutar, participar en reuniones evaluativas, coordinación con otros programas y garantizar las prestaciones*), impide delimitarlas con precisión racional y lleva a concluir que no corresponden a “cometidos específicos”, en los términos del inciso segundo del artículo 4° de la ley 18.883.

Tanto es así que, si bien todos los testigos están contestes en que su misión era *coordinar*, término de suyo amplio, la actora habría participado, por ejemplo, entre otras, en actividades tan disímiles como la organización de la “Fiesta Flúor”, “Fiestas Patrias”, “Chao Agosto”, “Noche Veneciana” y “Municipio en terreno”, según se constata, especialmente, de las declaraciones testimoniales de Beatriz Gajardo y Alexis Viveros, ex compañeros de trabajo en la OPD, y Francly Sotomayor, quien trabajó para la municipalidad en un programa del Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género.

Por otra parte, dichas funciones tampoco pueden considerarse “accidentales” o “no habituales”, según se exige en el inciso primero de la citada disposición, pues se desarrollaron en forma permanente e ininterrumpida por más de cinco años y medio en la misma oficina o programa, y dicha oficina o programa aún continúa existiendo en la municipalidad, sin que se haya dado noticia de la intención de darle término.

Además, el programa para el que la actora ha sido contratada, corresponde, como se ha dicho, a la ejecución de funciones habituales y permanentes del municipio, y las labores descritas en sus contratos se enmarcan en las funciones estatuidas en las disposiciones de la ley Orgánica Municipal que se han citado en el motivo precedente.

Tampoco corresponden a labores que deban ser desarrolladas por un experto, desde que, si bien es un hecho no discutido que la actora es abogada, no consta que todas sus funciones requieran de aquella destreza específica, requerimiento que tampoco es establecido expresamente en los contratos. De hecho, varios testigos, en especial Raúl Marchant, Alexis Viveros y Francly Sotomayor, señalaron que la actora participó en armar paquetes de galletas y dulces y en la recepción de quienes asistían a actividades municipales, labores para la que no se requiere especialización en Derecho.

De esta manera, queda establecido que las labores desempeñadas no cumplen con los requisitos exigidos en el artículo 4° de la ley 18.883, para que puedan ser contratadas bajo modalidad de honorarios.

NOVENO: Se establece la existencia de una relación laboral entre las partes, correspondiendo la aplicación del Código del Trabajo, por primacía de la realidad y protección de los derechos de la trabajadora. Concluido, en la forma razonada precedentemente, que las labores de la actora no pudieron ser objeto de un contrato a honorarios, puede colegirse, por el contrario, que en los hechos se distinguen los elementos propios de una relación laboral, pues existe jornada, control de asistencia y horario, y supervigilancia y control de las labores, mediante los respectivos informes de actividades, que denotan una relación de subordinación y dependencia entre las partes.

En primer lugar, las funciones debían prestarse en las dependencias municipales, específicamente en una oficina de la calle Gana de esta comuna, hecho no discutido y que, además, consta de las declaraciones de todos los testigos.

Existía poder de mando de parte de la demandada. Esto ha quedado establecido, por una parte, por los testimonios de Beatriz Gajardo, Alexis Viveros y Francly Sotomayor, quienes fueron contestes en señalar que la OPD, incluida la demandante, estaba bajo las órdenes del director de Desarrollo Comunitario. Específicamente, la testiga Beatriz Gajardo fue clara en señalar que el director de Desarrollo Comunitario se reunía, a lo menos, semanalmente con los equipos a su cargo, entre ellos la Oficina de Protección de Derechos de los niños/as, incluyendo a la demandante, para darles instrucciones y revisar el cumplimiento de otras entregadas con anterioridad.

Dicho poder de mando queda de manifiesto en el hecho de que la demandante fue recriminada, amenazada con despido y despedida verbalmente, aunque en forma infructuosa, por el director de Desarrollo Comunitario de la municipalidad demandada. Este hecho se ha establecido tanto de las declaraciones de los referidos testigos Gajardo y Viveros, como de las respuestas que dio al respecto Claudio Cid, quien prestó confesional en representación de la demandada e interrogado respecto de estas situaciones respondió, a cada una de ellas, con un parco “No me consta”, lo que contribuye a presumir la efectividad de dichos hechos, de conformidad a lo dispuesto en el número 3 del artículo 454 del Código del Trabajo, por tratarse de una respuesta evasiva.

No está demás aclarar que quien concurre confesando por la demandada se supone que debe tener conocimiento de las acciones propias de ésta, pues la representa, presunción que se mantiene, aunque quien haya asumido esta representación del municipio lo haya hecho temporalmente, pues es responsabilidad exclusiva de la demandada que quien por ella declara lo haga suficientemente informado. Por ello, sus respuestas que se limitan a decir “No me constan” serán consideradas evasivas y se aplicará respecto a los hechos evadidos en sus respuestas la presunción legal de veracidad, sin perjuicio de que, no pasarán en el análisis que se realiza a lo largo de esta sentencia más allá de corroborar hechos ya asentados por otros medios.

Por otra parte, el testigo de la demandada señor Cerro declaró que, apenas la OPD pasó a depender del departamento de Seguridad Pública, que él dirige, convocó a una reunión, para, en sus palabras, “ver las directrices, todo eso”.

Existía control y supervigilancia de las labores de la demandante, pues es un hecho no discutido que la municipalidad es quien debía visar sus informes de actividades,

constando la firma del director de Desarrollo Comunitario, señor Christian Soto, en cada uno de ellos. Es más, el absolvente señor Cid afirmó que, si al señor Soto no le constaba el cumplimiento de alguno de los aspectos señalados en el informe, podía no visarlos y ordenar su corrección.

Además, existía jornada y su cumplimiento era vigilado, mediante un libro de asistencia en que debía registrarse horario de ingreso y salida, hecho no discutido por las partes y que fue reafirmado con las declaraciones de todos los testigos, además de las copias que constan en el sumario incorporado y fueron exhibidas.

De esta manera, existiendo jornada, remuneración, poder de mando, dirección y supervigilancia, sólo cabe concluir que la demandante tenía subordinación y dependencia respecto de la demandada, y, no correspondiendo sus funciones a aquellas que pueden contratarse por la municipalidad como servicios prestados a honorarios, se configuró entre las partes una relación laboral en los términos del artículo 7º del Código del Trabajo.

Entonces, en virtud de los principios de primacía de la realidad y protección del trabajador, corresponde en este caso aplicar la normativa laboral, porque aquella constituye, como se ha dicho, la regla general en el ámbito de las relaciones laborales y porque, concurriendo todos los elementos de un contrato de trabajo, no puede justificarse que la actora sea privada de la protección que el derecho otorga a los demás trabajadores.

Por otra parte, la irrenunciabilidad de los derechos laborales hace que no pueda aplicarse, en perjuicio de la trabajadora y en materias tan relevantes, la teoría de los actos propios alegada por la demandada.

De esta manera ha razonado la Excma. Corte Suprema ya en reiteradas ocasiones y, en un caso similar a éste, también referido a un funcionario de una Oficina de Protección de Derechos de los niños/as, (en este caso, de la municipalidad de San Carlos) en la sentencia Rol 34.530-2017, dictada el 22 de enero de 2018, al resolver un recurso de unificación de jurisprudencia.

Por último, es bastante decidor el lapsus de la propia municipalidad al referirse a sí misma como “El Empleador”, con mayúsculas y negritas, en la cláusula quinta de cada uno de los contratos firmados.

DÉCIMO: Se rechaza la excepción de incompetencia. La excepción de incompetencia absoluta debe rechazarse, desde ya, porque acceder a la solicitud de la municipalidad implicaría el absurdo procesal de que una acción de tutela laboral, despido

injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones, como la que en estos autos se ha ejercido, debiera conocerse por un tribunal civil.

Pero, más allá de aquello, la excepción de incompetencia será rechazada pues se ha establecido, en la forma razonada en los motivos anteriores, que existe una relación laboral entre las partes y que éste es el tribunal competente para conocer las acciones deducidas de conformidad a lo dispuesto en el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo.

UNDÉCIMO: Existencia de indicios de vulneración. La demandante logró acreditar la efectividad de varios episodios que, apreciados en su conjunto y en su desarrollo diacrónico, constituyen indicios de que su despido constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales.

En primer lugar, con las declaraciones de los testigos de la demandante, Beatriz Gajardo y Alexis Viveros, además de la testiga de la demandada, Gloria Castillo, se acreditó que, en marzo de 2019, la actora, junto al equipo de trabajadores de la Oficina de Protección de Derechos del niño/a, OPD, intentaron ingresar a una reunión del Concejo Municipal, a denunciar lo que consideraban era una irregularidad, enfrentándose a la oposición del director de Desarrollo Comunal, don Christian Soto. En esa oportunidad, habría recibido gritos, insultos y amenazas de parte del señor Soto, según consta de las declaraciones de los testigos Gajardo y Viveros, y de la presunción legal por la respuesta evasiva del absolvente representante de la demandada, señor Cid, quien se limitó a señalar que aquello “no le consta”, lo que llevará a hacer efectivo en este punto el apercibimiento del número 3 del artículo 454 del Código del Trabajo.

En segundo lugar, se acreditó, con los testimonios de Beatriz Gajardo y Alexis Viveros, que la actora, junto a dichos testigos, fue objeto de un despido verbal de parte del señor Soto, en los primeros días de abril de 2019, el que no tuvo el efecto de poner término a la relación laboral, únicamente porque la trabajadora persistió en concurrir a su lugar de trabajo. Contribuye a esta conclusión fáctica la evasiva respuesta del absolvente por la demandada, quien, preguntado, se limitó a señalar que aquello no le constaba, por lo que se presumirá efectivo, de conformidad a la regla citada precedentemente.

En tercer lugar, con los testimonios de los testigos señora Gajardo y señor Viveros, se ha probado también que el señor Soto, en abril de 2019, luego de haberle despedido verbalmente, tarjó con lápiz rojo el libro de asistencia de la actora, a fin de evitar que siguieran cumpliendo sus funciones. Contribuye a acreditar este punto, el hecho de que, llamada a hacerlo, la demandada no exhibió el libro o control de asistencia correspondiente

a dicho período, por lo que se estimarán probadas las alegaciones de la demandante en este punto, tal como se señala en el artículo 453 número 5 del Código del Trabajo.

En cuarto lugar, es un hecho no discutido, que consta, además, de las declaraciones de los testigos señoras Gajardo y Castillo y señores Grandón y Viveros, que la actora participó en mayo y junio ese año de un intento de constitución de un sindicato de trabajadores a honorarios, el que no prosperó, por falta de *quorum*.

En quinto lugar, constituye un indicio el que la demandada haya sido desvinculada tres veces, una vez en forma oral, otra vez mediante un decreto producto de un sumario que fue exhibido por la demandada, cuya sanción fue dejada sin efecto, y, por último, no renovándole su contrato a honorarios, con una diferencia de pocos meses luego de esta cadena de sucesos.

DUODÉCIMO: La demandada en su contestación no justificó los fundamentos de la no renovación del contrato de la actora ni la proporcionalidad de esta medida. Establecidos los indicios de vulneración, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo, correspondía a la denunciada explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

En este caso, la medida cuya justificación debía asumir la demandada consiste en la no renovación del contrato a honorarios de la actora, que ya había sido renovado anualmente en seis ocasiones, en forma continua y en iguales términos, desde la fecha de su contratación, el 3 de agosto de 2015.

En este juicio, la demandada no se esforzó por justificar dicha medida, limitándose a señalar que el contrato se terminó por el cumplimiento del plazo fijado para su finalización, no señalándose razón alguna para no efectuar la renovación de su contrato de honorarios tal como había ocurrido ininterrumpidamente las seis veces anteriores.

Entonces, sólo cabe concluir que la medida de no renovación del contrato de la actora, que se extendía a esa fecha por más de cinco años, no se ha justificado y no puede ser considerada proporcional, pues no fue producto de motivación racional alguna.

La no renovación implicó en los hechos la desvinculación de la actora y, puesto que se ha establecido la existencia de una relación laboral, es el equivalente a su despido.

DECIMOTERCERO: Respecto de las inconductas que los testigos de la demandada atribuyeron a la actora, así como las actuaciones del sumario que pretenden dar cuenta de ello. Si bien, como se ha dicho, la demandada optó por una defensa negativa, limitándose, en lo sustantivo, a negar la existencia de la relación laboral, negar los hechos de la tutela y señalar que el contrato de la actora terminó únicamente con la llegada del plazo, dirigió

gran parte de su actividad probatoria a acreditar supuestos incumplimientos contractuales de la demandada.

Así, pese a que no está estipulado como obligación en sus contratos, se incorporaron actas del Consejo de Seguridad Pública que dan cuenta de inasistencias de la actora a sus reuniones. Se preguntó a los testigos Gloria Castillo y Edison Grandón, quienes relataron sus experiencias personales con la actora, señalando los incumplimientos en que ésta habría incurrido. Se incorporaron copias de oficios de una directora del Liceo Polivalente de la Frontera y del Servicio Nacional de Menores, señalando supuestas faltas de la actora en su labor.

También se exhibió (aunque esta prueba fue motivada por la demandante) un sumario administrativo en el que constan, además de los oficios ya señalados, declaraciones de funcionarios que culpan a la actora de actitudes indolentes y hasta hostiles y defienden, abiertamente, el actuar del director de Desarrollo Comunitario, Christian Soto. Consta en dicho sumario, además, fotografías y una querrela presentada por el señor Soto en que denuncia amenazas de la actora, en el marco de una protesta supuestamente liderada por ella, en la que se desplegó un lienzo denunciando maltratos por la municipalidad y se colgó de un puente un muñeco con lo que sería el rostro del director de Desarrollo Comunitario.

Llama la atención la forma en que se desarrolló dicho sumario, la manera inductiva en que se dirigieron a los testigos las preguntas del fiscal, Christian Cerro, director de Seguridad Pública, y como, en una primera oportunidad, el fiscal elaboró cargos contra la actora y ésta fue sancionada mediante un decreto con el término de su contrato, sin siquiera haber recibido antes la declaración de la funcionaria afectada. Luego, meses después de decretada su sanción, la que no consta que haya sido comunicada a la actora, se retrotrajo el sumario para recibir los descargos de la sumariada, manteniéndose como fiscal al señor Cerro, quien, pese a haber omitido opinión, no se inhabilitó y, como era de esperar, llegó a idénticas conclusiones y formuló idénticos cargos. En esta oportunidad, el sumario resultó sobreseído, porque el contrato de la sumariada ya había concluido.

Como ya se ha señalado, la demandada no atribuyó el término del contrato a otra razón que la llegada del plazo fijado en éste, sin vincular su no renovación a faltas de la actora. El señor Christian Cerro, fiscal en dicho sumario, quien, como se ha consignado, formuló cargos a la actora en dos ocasiones por los mismos hechos, proponiendo en ambas oportunidades el término de su relación contractual, fue enfático en declarar que “el sumario no fue causal para el término del contrato”.

Entonces, no se ahondará en estas supuestas responsabilidades de la actora, pues, por una parte, no se encuentran determinadas, porque fueron objeto de un sumario sobreesido, y, por otra, porque no han sido esgrimidas como justificación del término de su contrato. Además, llama la atención que se le atribuyan incumplimientos en circunstancias que, quien fue durante años su jefe directo, Christian Soto, firmó mensualmente, sin reparos, cada uno de sus informes de actividades, lo que, según se estableció de la confesional del señor Cid, constituía una señal de conformidad con lo informado.

Sin embargo, las irregularidades del sumario y el hecho de que culminara, en una primera oportunidad, en la desvinculación de la actora, que no llegó a hacerse efectiva, han sido consideradas como un indicio más de la vulneración de sus derechos.

DECIMOCUARTO: Otros hechos vulneratorios de que fue víctima la actora. En el sumario exhibido por la demandante, seguido en contra de la actora, consta, en su declaración indagatoria de 5 de mayo de 2020, rolante a fojas 227 y siguientes de dicho expediente administrativo, que la demandante Jacqueline Lagos denunció haber sido víctima de actos de hostigamiento y acoso laboral de parte del director de Desarrollo Comunitario del municipio.

Ante dicha denuncia, pese a que fue realizada formalmente ante el fiscal instructor Christian Cerro, director de Seguridad Pública, no consta que el municipio haya realizado ningún procedimiento, ni haya tomado medida alguna, incumpliendo su deber de investigar las infracciones al artículo 82 letra l) de la ley 18.883, que sanciona el acoso laboral en el sector municipal, lo que viene a reafirmar el carácter vulneratorio de su desvinculación, llevada a efecto unos meses después de aquello.

Es más, dicha obligación de la autoridad administrativa de iniciar un procedimiento sumarial ante una denuncia de acoso laboral fue recordada a la municipalidad por la Contraloría General de la República, en su resolución E87079/2021 de 18 de marzo de 2021, acompañada por la propia demandada, por lo que la omisión de aquello de parte de la municipalidad adquiere aún mayor gravedad.

Por otra parte, el testigo señor Marchant fue claro en señalar que el director de Desarrollo Social le prohibió siquiera hablar con la actora, amenazándole con que su contrato sufriría el mismo destino que el de los demás miembros de la Oficina de Protección de Derechos, lo que verifica, explica y da sustento a lo señalado por la actora y sus testigos, en cuanto a que, una vez comenzados los conflictos laborales con el señor Soto, cambió la actitud de sus compañeros de trabajo, al punto de comenzar a ignorarle o, derechamente, hacerle víctima de hostigamientos.

Por último, es un hecho no controvertido que, en una reunión citada por la municipalidad para informar a los contratados a honorarios acerca de los cambios introducidos recientemente en la legislación que les afecta, los trabajadores se enteraron de la posibilidad de sindicarse. Debido a esto, según consta de las declaraciones de la señora Gajardo y el señor Viveros, testigos de la demandante y ex funcionarios de la Oficina de Protección de Derechos del niño/a, junto a la señora Lagos decidieron iniciar las gestiones para constituir un sindicato. Los mencionados testigos relataron las dificultades que enfrentaron debido a esta decisión. Señalaron que el sindicato no logró constituirse por la presión del director de Desarrollo Comunitario, quien habría fijado reuniones de trabajo en el horario en que debían hacerse las de constitución de la organización sindical, aseverando que los trabajadores a honorarios se encontraban amedrentados por el señor Soto para no concurrir a ellas.

Las declaraciones del señor Marchant también resultan en este aspecto muy esclarecedoras. El referido testigo trabajaba en otra dependencia de la municipalidad y señaló que el director de Desarrollo Comunitario, en una conversación privada en la oficina de éste, le prohibió hablar “con la gente de la OPD”, señalándole que, si lo hacía, él iba a pasar también a ser su “enemigo, y, pese a que quería sindicarse, lo amedrentó para que no participara del sindicato, amenazándole con que, en caso contrario, “la continuidad de su contrato no iba a ser posible”, lo que corrobora la actitud negativa de la municipalidad demandada ante la creación de un sindicato de trabajadores a honorarios y el hecho señalado por los testigos Gajardo y Viveros de que los funcionarios a honorarios fueron amenazados para no sindicarse.

El establecimiento de estas amenazas contribuye, además, a configurar el marco general de acoso de que fue víctima la señora Lagos, junto a otros miembros de la Oficina de Protección de Derechos del niño/a que se enfrentaron al director de Desarrollo Comunitario, decidieron manifestarse protestando en la “Noche Veneciana” y buscaron, infructuosamente formar un sindicato, funcionarios que, a estas alturas, ya están desvinculados.

DECIMOQUINTO: Se acoge la acción de tutela. El despido constituye acoso laboral y discriminación hacia la actora, vulneró sus derechos a la integridad psíquica y a la no discriminación. Los hechos previamente señalados como indicios, la circunstancia de que la demandada no haya logrado justificar la no renovación del contrato de la actora, sumados a la prueba aportada por la demandante, han devenido en el establecimiento de la

existencia de acoso laboral y discriminación en su contra, quedando establecidos, según se ha razonado, los siguientes hechos:

La demandante Jacqueline Marianelli Lagos San Juan fue víctima de actos de acoso laboral y discriminación de parte de la I. Municipalidad de Mulchén, que culminaron en su despido, los que fueron motivados por la insistencia de ésta y de otros funcionarios, que entonces formaban parte de la Oficina de Protección de Derechos del niño, niña y adolescente, OPD, de ingresar a una reunión del Concejo Municipal para denunciar lo que consideraban era una irregularidad; por su participación en una manifestación denunciando maltrato a las trabajadoras municipales, realizada en la actividad denominada “Noche Veneciana”; y por su participación en el intento frustrado de constitución de un sindicato de trabajadores y trabajadoras contratadas a honorarios.

Estos actos vulneratorios están estrechamente vinculados entre sí y consistieron en maltrato verbal de parte de su jefe directo; amedrentamiento a otros funcionarios para que no se relacionaran con ella; entorpecimiento de la formación de su sindicato mediante amenazas a otros funcionarios que quisieron afiliarse a éste; un primer despido verbal, que afectó su estabilidad en el empleo y que ella desoyó continuando con su trabajo; el tarjado de su libro de asistencia para que no concurriera a su lugar de trabajo, pese a lo que persistió en aquello; un sumario en que, en una primera oportunidad, no fue escuchada y que terminó con una resolución que ponía término a su contrato, lo que no se concretó; y que luego, se reabrió, con el mismo fiscal que ya se había pronunciado, quien volvió a formular cargos, aunque esta vez resultó sobreseída únicamente porque ya su contrato había expirado; la omisión de la municipalidad de investigar los hechos de acoso laboral que la señora Lagos denunció formalmente haber sufrido; y, finalmente, la no renovación de su contrato, que ya había sido renovado antes en seis ocasiones, sin dar justificación alguna ni explicación racional para aquello, lo que en la práctica significó su desvinculación.

Tales hechos son constitutivos de acoso laboral, en los términos del inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo, que lo define como “toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus

oportunidades de empleo”, pues han menoscabado y perjudicado la situación laboral de la demandante, hasta provocar la no renovación de su contrato.

Son, además, actos discriminatorios, según se describen en el inciso cuarto del artículo recientemente citado, que señala: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”, pues la demandante ha sido maltratada, entre otras razones, por su protagonismo en el intento de formación de un sindicato.

Los hechos establecidos han afectado la integridad psíquica de la demandante, garantizada en el número 1º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y su derecho a recibir un trato no discriminatorio, garantizado en el número 2º de dicha disposición constitucional y en el ya citado artículo 2 del Código del Trabajo.

La afección de la integridad psíquica de la actora se ha acreditado con las licencias médicas acompañadas, todas de gran extensión y algunas de ellas emitidas por un o una psiquiatra, además de su afectación emocional de la que han dado cuenta, especialmente, el señor Marchant, quien señaló haberla visto muy nerviosa, con muestras de haber llorado, lo que da cuenta de los efectos de un profundo dolor moral, bastante comprensible luego de haber sido víctima de los actos de hostigamiento ya descritos.

Con la prueba rendida, sin embargo, no logró acreditarse que estos actos constituyan una represalia por la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, pues, ante la denuncia realizada por la actora y que ha sido incorporada en juicio, así como la respuesta a dicha petición, informada en oficio de la Inspección del Trabajo, consta que este organismo excusó su competencia y decidió no realizar ningún tipo de fiscalización, de manera que no se ha afectado la garantía de indemnidad.

DECIMOSEXTO: Se condena a la demandada al pago de indemnizaciones de artículo 489 del Código del Trabajo. Habiéndose acogido la denuncia por tutela de derechos fundamentales con ocasión del despido, de conformidad al inciso tercero del artículo 489 del Código del Trabajo, se accederá a las indemnizaciones a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de

conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 letra b), pues se ha despedido sin invocar causal laboral de despido.

Además, la demandada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, debía acreditar la efectividad de que la demandante usó sus feriados, lo que no hizo. No acompañó al respecto documento alguno y habiendo tenido la oportunidad, en la diligencia confesional, no realizó ninguna pregunta a la actora en este sentido, no existiendo a ese respecto más que algunas declaraciones vagas de testigos que no dan cuenta de períodos ciertos ni determinables en que se hubiera hecho uso de las vacaciones pactadas, por lo que se accederá al total de lo demandado por dicho concepto.

Puesto que no se han pagado cotizaciones previsionales, sin perjuicio de la sanción de nulidad decretada y con independencia de ésta, se accederá al pago de todas las cotizaciones devengadas durante la vigencia de la relación laboral.

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización punitiva establecida en la misma disposición, la que se fija, prudencialmente, considerando la entidad de los hechos vulneratorios, en la suma equivalente a ocho meses de la última remuneración mensual.

DECIMOSÉPTIMO: Se acoge lo demandado por licencias médicas. El dictamen 33.643 de 2019 de la Contraloría General de la República, que “Imparte instrucciones a los servicios públicos sobre las modificaciones incorporadas por la ley N° 21.133 a la normativa aplicable a los servidores a honorarios en materia de régimen previsional y de seguridad social, especialmente respecto de licencias médicas”, cuyo texto ha sido acompañado, aunque no en forma íntegra, por la demandada, explica que “el artículo 111 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, dispone que los funcionarios públicos que hacen uso de una licencia médica tienen derecho, durante su vigencia, a continuar gozando de sus remuneraciones, beneficio que se reproduce en iguales términos en el artículo 110 de la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.”

Luego aclara que “no se observa inconveniente en pactar en el contrato respectivo un beneficio equiparable a la protección de remuneraciones a que tienen derecho los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo, pero esto solo se puede traducir en cubrir las diferencias que pueden existir entre el monto del subsidio a que tiene derecho el trabajador independiente y el total de sus honorarios, pues la entidad contratante no está habilitada legalmente en esta hipótesis para recuperar el subsidio del caso.”

De lo anterior se colige que la municipalidad demandada tiene la facultad de pactar en los contratos a honorarios el pago de sus remuneraciones durante el uso de la licencia médica. Este pacto expreso consta en el punto quinto de los contratos de la actora en el

que se dispone que “el empleador” se compromete a “otorgar a la profesional los siguientes beneficios: Presentar Licencias Médicas justificando con estas las inasistencias que producto de las mismas se provoquen con ocasión de estas teniendo derecho a percibir su remuneración mensual” (sic).

De esta forma, queda de manifiesto que la municipalidad, con independencia de la determinación de la relación laboral que le unió a la demandada, se obligó en los contratos por ella redactada a pagar la remuneración por el período de reposo por licencias médicas.

Por otra parte, la demandante incorporó copias de sus licencias de 11 de febrero, por treinta días; 17 de marzo, por treinta días; 8 de junio, por doce días; 23 de junio, por doce días; 7 de julio, por veinte días; y 4 de noviembre, por veintiocho días; todas del año 2020; y la demandada en su contestación no alegó el pago de ellas ni no haberlas recibido, sino que se limitó a señalar que era improcedente para su parte pagarlas.

Si bien es cierto que la municipalidad debió pagar únicamente la diferencia entre el monto del subsidio a que tiene derecho la trabajadora y el total de sus honorarios, la demandada, teniendo la carga de hacerlo, no acreditó la efectividad del pago de dichos subsidios, lo que pudo lograr mediante oficios a las entidades correspondientes los que no fueron solicitados.

Se advierte que en la demanda se individualiza una fecha distinta para la licencia del 7 de julio, señalando que es de “11 de febrero de 2020”, repitiendo una mención anterior, pero individualizándola correctamente con su número de serie 30411755236-7. La precisión de este número y su concordancia con el monto demandado, y el hecho de que la demandada nada dijo al respecto en el período de discusión, considerando, además, el principio de buena fe procesal, llevan a entender que con la mención errónea se refiere a la licencia ya individualizada.

En virtud de lo razonado, se accederá al total de lo demandado por este concepto.

DECIMOCTAVO: Se acoge demanda de nulidad del despido y se aplica sanción de ley Bustos. En cuanto a la solicitud de nulidad del despido, es un hecho no controvertido que el empleador no dio cumplimiento a su obligación establecida en el inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, correspondiendo aplicarle la sanción dispuesta en dicho inciso y en su inciso séptimo.

No obsta a lo anterior la circunstancia de que sea en esta sentencia en que se constata la existencia de una relación laboral entre las partes, atendido que, tal como se ha razonado en los motivos precedente, sólo se reconoce una situación que en los hechos ya existía, haciendo aplicación de los principios de supremacía de la realidad y de protección

al trabajador, y que la norma no hace distinción entre una relación laboral declarada o no, ni si el empleador es una entidad pública o privada, ni si retuvo o no el monto de las cotizaciones correspondientes, de suerte que basta que en la relación laboral el empleador no entere las cotizaciones de seguridad social para que deba aplicarse la referida sanción.

De esta manera, se accederá a la demanda de nulidad y a la aplicación de las sanciones de la llamada ley Bustos.

DECIMONOVENO: Intrascendencia del resto de la prueba aportada. Las declaraciones del representante de la demandada y de sus testigos, en lo que no han sido analizadas, no tienen relevancia para la resolución de este asunto, por referirse a hechos probados por otros medios o no controvertidos o por limitarse a rebajar la entidad de las vulneraciones sufridas por la actora o a negarlas, pero sin la precisión ni fundamentos suficientes para desvirtuar la contundencia de la prueba recibida de contrario, ya largamente reseñada.

De la misma manera, las demás declaraciones en lo no analizado, los videos, las sentencias, las boletas de honorarios, informes, decretos alcaldicios, resoluciones, oficios y correos electrónicos no reseñados, o se refieren a aspectos de derecho, a hechos que no han sido controvertidos o que ya se establecieron por otros medios.

VIGÉSIMO: Condena en costas. Atendido que se rechazará la excepción de incompetencia y la demanda será acogida, la demandada será condenada en costas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 445 del Código del Trabajo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 453 y siguientes del Código del Trabajo, se resuelve:

- i. **SE RECHAZA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.**
- ii. **SE ACOGE LA DEMANDA DE LO PRINCIPAL,** declarando la existencia de relación laboral entre la demandante Jacqueline Marianelli Lagos San Juan y la demandada Ilustre Municipalidad de Mulchén, entre el 3 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2020.
- iii. **SE ACOGE LA ACCIÓN DE TUTELA** declarando que la demandada Ilustre Municipalidad de Mulchén vulneró, con ocasión de su despido, el derecho de la demandante Jacqueline Marianelli Lagos San Juan a su integridad psíquica, garantizado en el artículo 19 número 1 de la Constitución Política de la República, y su derecho a no ser discriminada, garantizado en el número 2 de dicho artículo en relación con el artículo 2 del Código del Trabajo.

- iv. **SE ORDENA A LA DEMANDADA**, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 492 del Código del Trabajo, pagar a la demandante las siguientes sumas:
- a. \$1.130.800, por indemnización sustitutiva de aviso previo.
 - b. \$5.654.000, correspondiente a indemnización por cinco años de servicios.
 - c. \$2.827.000, por recargo de la letra b) del artículo 168 del Código del Trabajo.
 - d. Una multa de \$9.046.400, equivalente a ocho meses de remuneración mensual, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Trabajo.
 - e. \$4.108.537, por 109 días de feriado legal.
 - f. \$467.016, equivalente a 12,39 días de feriado proporcional.
 - g. \$4.975.476, por licencias médicas impagas.
 - h. Todas las cotizaciones previsionales devengadas desde el 3 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2020.
- v. **SE DECLARA LA NULIDAD DEL DESPIDO** y se ordena a la demandada pagar a la actora todas las remuneraciones, cotizaciones previsionales y de salud, y demás prestaciones laborales usuales, que se devenguen a favor de la actora, a partir del día del despido declarado nulo y hasta la convalidación legal del mismo, a razón de una remuneración de \$1.130.800 mensuales.
- vi. Las sumas ordenadas pagar mediante la presente resolución deberán ser reajustadas y devengarán intereses en la forma señalada en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.
- vii. **SE CONDENA EN COSTAS A LA DEMANDADA**, fijándose las costas personales, prudencialmente, en la suma total de \$1.500.000. No existen costas procesales que tasar.
- viii. **SE OMITE PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LA DEMANDA SUBSIDIARIA**, puesto que se ha acogido la acción principal.
- ix. **REMÍTASE COPIA DE ESTA SENTENCIA** a la Dirección del Trabajo, para su registro.

Regístrese y archívense los antecedentes, en su oportunidad.

Quedan notificadas las partes en audiencia, sin perjuicio del envío por correo electrónico de su texto íntegro.

RIT T-3-2021

Dictada por **Felipe Cancino Concha**, juez titular.