

Santiago, diecinueve de octubre de dos mil veinte.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece WENDY PAMELA BARBA MONTAÑO, masoterapeuta, soltera, de nacionalidad peruana, domiciliada para estos efectos en Pasaje Tijeral numero 1746 D, Comuna de Santiago y deduce Denuncia de Tutela por Vulneración del Derecho fundamentales, reconocimiento de relación laboral y cobro de prestaciones e indemnizaciones, en contra de la ex empleadora CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, del giro de su denominación, R.U.T N° 85.600.400-7, representada legalmente por don HELMUT KOHLER STEIN, cedula Nacional de Identidad N°4.944.295- 5, ambos domiciliados en Cardenal Belarmino N°1075, Comuna de Vitacura, Santiago, conforme a las siguientes circunstancias de hecho y de derecho:

Refiere que ingresó a trabajar de manera indefinida a Centro de Salud Gunter Mund y Cia Limitada con fecha 17 de Abril del año 2014, bajo vínculo de subordinación y dependencia hasta el 26 de Agosto de 2019, fecha en que se le informó definitivamente de manera verbal y vía conversación telefónica sostenida con la Supervisora de la demandada doña Sandra Naranjo, que por orden de la señora Pía Diaz Cárcamo, que estaba despedida, no pudiendo volver nunca más a las dependencias del empleador, ni siquiera a retirar sus cosas personales que aún se encontraban en el casillero que tenía asignado.

Explica que se desempeñó en informalidad laboral y que si bien recuerda haber firmado un contrato de honorarios al comenzar a trabajar, nunca se le hizo entrega del documento, no obstante haberlo solicitado en reiteradas ocasiones. Señala que se desempeñaba como masoterapeuta debiendo realizar a la clientela del establecimiento los masajes y tratamientos que se le asignaban. Indica que sus funciones siempre fueron realizadas en el mismo lugar físico, en las instalaciones del empleador situadas en Cardenal Belarmino N°1075, Comuna de Vitacura, con los implementos que el empleador tenía destinados a la atención de sus socios y clientes. Su jornada de trabajo se realizaba de 10:00 hrs a 21:00 horas, cumpliendo con un sistema de turnos. Explica que, en principio, la primera semana del mes concurría a trabajar los días Lunes, miércoles, viernes y domingo; la segunda semana del mes concurría los martes, jueves y sábado; la tercera semana del mes concurría los días Lunes, miércoles, viernes y domingo y la cuarta semana del



mes concurría a trabajar los días martes, jueves y sábado. La fijación de los días de turno era alternada cada mes.

Refiere que no obstante lo anterior, seguidamente la llamaban para cubrir turnos si faltaban otras personas o si la afluencia de la clientela al local era abundante, terminando en general trabajando los sábados y domingos de todas las semanas, dado que el fin de semana la afluencia de clientas de la demandada subía.

Señala que contaba con un horario de colación de una hora, la que solo se tomaba si no existía en ese momento trabajo asignado, regularmente debía tomarse su hora de colación a las 6 de la tarde o simplemente no tomársela, dado el flujo de prestaciones a ser realizadas.

Afirma que siempre se reportaba con un superior jerárquico asignado del que recibía órdenes, las supervisoras del empleador, que le daban instrucciones, fijaban sus labores, constaban que cumpliera con su horario de trabajo y la sancionaban para el caso de estimar que su desempeño no era el idóneo. Afirma que la hora de ingreso y de salida de cada día laboral era anotada en recepción por las recepcionistas. Refiere que tuvo como superiores jerárquicos en estos últimos años a doña Patricia Vidal Lomboy, a doña Sandra Naranjo, a doña Marisol Yáñez y a doña Verónica Vera, quienes recibían instrucciones desde la gerencia de la empresa. Siempre en las dependencias del local al menos una de ellas se encontraba realizando sus funciones.

Explica que concurría a trabajar con uniforme, el cual era entregado por la demandada.

Señala que la demandada le pagaba a través de un depósito en su cuenta vista a fines de mes, para lo que previamente debía generar una o dos boleta de honorarios conforme a las instrucciones que se le impartían y consignando aquellos ítems que ellos estimaban pertinentes. De no generar las boletas en los términos exigidos, eran rechazadas y no pagadas hasta que se adecuaban a la redacción y términos exigidos.

La remuneración mensual era variable, en principio contaba con un sueldo base más comisiones correspondientes a qué y cuántos masajes realizaba durante el mes. Durante los últimos meses que trabajó, no obstante encontrarse amparada con el derecho de descanso maternal, en el mes de diciembre de 2018 su remuneración ascendió a \$648.900, en el Enero del año



2019, ascendió a \$734.381.- , en el mes de Febrero ascendió a \$642.977.-. y en el mes de Marzo del año 2019, en el que solo pude de desempeñarse durante los primeros 7 días del mes, recibió una remuneración ascendente a \$153.979.-.

Explica que no pudo continuar desempeñándose dado que ya, con 8 meses de embarazo, era físicamente imposible aguantar una jornada laboral diaria impuesta de a 11 horas, sólo interrumpido por algunos minutos mientras salía de uno de los cubículos en que se encontraban las clientas al otro. El total de los de los haberes promedio consecuencia de lo relatado, ascendió a la suma de \$510.445, debiendo haber ascendido a \$675.419.- toda vez que dadas las condiciones del trabajo no me fue físicamente continuar.

Señala que de existir cualquier reclamo por atraso en el comienzo de la realización de los masajes por los clientes del spa, eran las supervisoras quienes los atendían, rebajando o descontando la comisión asociada a ese servicio en particular. Afirma que los clientes del SPA no tenían un trato directo con la actora quien solo realizaba la prestación que se le asignaba y el empleador se relacionaba con ellos y cobraba por los servicios.

Afirma que el llegar atrasada, o el ser objetada como prestadora del servicio, traía a aparejadas sanciones por parte de las supervisoras.

Sostiene que era regular que existiera una alta rotación de las trabajadoras por las condiciones laborales que otorgaba el empleador, quejándose las compañeras en forma constante por incumplimiento tanto de pago de sueldos, de vacaciones, por el no pago de licencias médicas y faltas de respeto constantes de horarios de descanso y colación. En el hecho, existen varias causas seguidas en los tribunales del trabajo de Santiago entabladas en su momento por otras compañeras de trabajo.

Afirma que las supervisoras efectuaban constantemente indicaciones de cómo debía hacer los masajes, de que era lo esperado por los clientes, del tiempo y procedimientos anteriores y posteriores al masaje que debía implementar. También las supervisora periódicamente evaluaban de manera personal el desempeño al recibir masajes cada vez que solicitaba una demostración de una hora.

Refiere que el trabajo día a día se era asignado a través de un sistema de agendamiento que el empleador fijaba día a día. Si por alguna razón, no



existiese flujo de prestaciones a recibir, ella debía completar si o si su turno diario de 10:00 AM a 21:00 PM.

Indica que durante la relación laboral sólo una vez pudo tomar vacaciones, esto es en Enero del 2016, y ese mes se le advirtió que no recibiría pago alguno de remuneración. Indica que no le fue posible volver a tomarlas, ya que se mantiene sola y envía lo que puedo a su familia en Perú, por lo que un mes sin recibir dinero alguno es un lujo que no podía asumir.

Explica que apenas supo que estaba embarazada, en Agosto del año 2018, lo hice saber a sus compañeras de trabajo y a las supervisoras doña SANDRA NARANJO y doña VERONICA VERA. Durante los primeros meses de embarazo, la demandada a través de las supervisoras, le recalcó que no se realizaría diferencia alguna en la carga física que debería soportar con sus compañeras, y que no sería aceptado que faltase a sus horarios y turnos ordinarios y/o adicionales por causa alguna, pues en caso de producirse alguna falta la despedirían y es por eso que, nunca más se atrevió a plantear la necesidad de contar con sus días libres acordados, por miedo a que ello le trajese aparejado las represalias que le amenazaron con tomar.

Refiere que tenía que confeccionar una o dos boletas a la empleadora todos los meses y solo una vez que recibían las boletas y su redacción era aprobada, se le realizaba el pago del mes. A partir del mes de Junio de 2018, comenzó a recibir órdenes de parte de las supervisoras de redactar las boletas de manera diferente, no le dieron mayores explicaciones de por qué, solo comenzaron a incluir un número detallado de prestaciones en cada una de ellas, siendo que antes solo eran redactadas con la leyenda “servicios de masajes prestados en el mes de _____”.

Explica que en el mes de Junio del año 2018 el clima laboral en el Spa resultaba ser denso, producto de las quejas por incumplimientos laborales. Las quejas realizadas eran reprimidas por la administración a través de represalias, por ejemplo no asignar trabajo en los días de turno con la consiguiente disminución de la remuneración. Indica que después de que supo del embarazo en el mes de Agosto del 2018 y habiendo sido advertida de las consecuencias que traerían aparejadas el realizar conductas que pudiese “traer problemas o inconvenientes a la administración”, acató sin chistar todos los cambios por miedo a que la echaran. A partir del mes de Diciembre de 2018, se le exigió confeccionar las boletas no sólo pormenorizadas, sino que además



confeccionar dos boletas para cada mes.

Ya con meses de embarazo, comenzó a sufrir de dolores de espalda, pero dado que las supervisoras la sancionarían si se quejaba o paraba, debía aguantar la situación. Dado su estado de gravidez, en varias ocasiones las socias y clientas del spa, por razones de humanidad, no queriendo que una mujer embarazada hiciese el esfuerzo físico de un masaje, pedían que otra persona realizase el trabajo, pero lamentablemente eso traía aparejado que recibiese sanciones por parte de las supervisoras, que dejaban de entregarle trabajo y comenzó a recibir mensualmente menos dinero. Las supervisoras continuaron recalcándole que si no podía asumir el trabajo, debía renunciar, pero ella no tenía ninguna otra fuente de ingresos que su trabajo y que estaba sola con su hija por nacer. La señora Pia, quien estaba por encima de todas las supervisoras y que solo se comunicaba con ellas a través de las supervisoras, rompió el protocolo acostumbrado pidiéndole que le realizase masajes de prueba a ella. Después de haberlo realizado, le hizo presente que debía realizar mayores esfuerzos para cumplir como corresponde con su trabajo amenazando con echarla si por cualquier motivo traía problemas con las clientas y recomendaba que renunciara.

Afirma que con 8 meses de embarazo, ya no era capaz de realizar la mayoría de los tipos de masajes que están en la lista, lo que claramente se refleja en sus remuneraciones. Afirmo que su panza se ponía dura si hacía esfuerzos y en más de una ocasión comenzó a tener contracciones y debió sentarse y parar de ejecutar el trabajo. La supervisora, en esas circunstancias le dijo que se retirara y que después de que tuviese a su guagua volviera a reintegrarse y, además le dijo que yo no tenía derecho a descanso maternal y que le hacía un favor por no despedirla.

Refiere que desde el 7 de marzo de 2019 dejó de concurrir a las dependencias de la empleadora. Sostiene que llamaba semanalmente a las supervisoras que ya no le contestaban los whats up, para reportarles los avances del embarazo y para pedirles que por favor recordaran que había cumplido con todo lo que le habían pedido y preguntarles cuando autorizarían su reintegro.

Indica que su hija Jade nació con fecha 12 de Abril de 2019, por lo que a fines de Abril, llamó a fin de que la reintegrasen. Las supervisoras le contestaron primeramente que solo podrían incluirla una vez que la señora Pia lo aceptara, pues la niña no había cumplido aún los 6 meses de nacida. Dos semanas



después al consultar nuevamente, le dijeron que la señora Pia estaba de vacaciones, por cuanto no contarían con la autorización necesaria para reintegrarla hasta después de mayo. Sostiene que trató insistentemente de volver antes de que su hija cumpliera los 6 meses de nacida, siempre recibiendo excusas para no reintegrarla.

Refiere que con fecha 30 de Julio de 2019, se atrevió a concurrir a la inspección del Trabajo, donde explicó su situación, lo que trajo aparejado que una fiscalizadora concurriera con fecha 26 de Agosto del año 2019 a las dependencias de la empleadora. La señora Pia en ese contexto sostuvo no haberla visto desde el mes de Enero del año 2019, cosa absolutamente falsa, y que puede demostrar a través de las boletas emitidas y de los pagos recibidos de ellas por parte del SPA.

Afirma que ese mismo día y terminada la fiscalización en terreno, recibió una llamada telefónica de la supervisora Sandra Naranjo, quien le dijo que en vista de la fiscalización y que sus reclamos habían generado ese día, no querían verla nunca más y que estaba despedida.

Sostiene que la situación relatada y vivida perjudicó su salud mental, lo que le ha atraído innumerables consecuencias, y funda la acción indemnizatoria por daño moral. Producto de la cronicidad del agobio experimentado durante la relación laboral estando embarazada y también de lo vivido con ocasión del despido, incluso a la fecha continua sufriendo trastornos en el ciclo sueño-vigilia, sufre de pesadillas y de despertar precoz, continua sintiendo vergüenza e incertidumbre; irritabilidad; culpa; autorresponsabilización y baja autoestima, todo lo cual deberá ser indemnizado, al ser la denunciada responsable de sus padecimientos.

Alega haber sufrido precarización laboral al enmarcarla en una relación de carácter civil, que en su caso concurren indicios de laboralidad y que fue despedida sin cumplir con los requisitos legales y con vulneración de sus derechos fundamentales, sufriendo acoso laboral y discriminación en razón del sexo. También alega que a la luz de los hechos relatados, estamos bajo a la figura de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido y vulneración de la Garantía de Indemnidad: artículo 485 inciso tercero Código del Trabajo. En la especie, el ejercicio del legítimo derecho a reclamar ante la autoridad administrativa – al tenor de la norma previamente citada – por la vulneración de sus derechos, provocó represalias hacia su persona, que



finalmente determinó que la empresa la despidiera como represalia por estas denuncias.

Alega que los documentos que se acompañan evidencian indicios de las vulneraciones expuestas latamente en la presente demanda, y en el transcurso del actual proceso, agregare a las mismas otros medios probatorios que acreditaran debidamente los fundamentos de lo que he sostenido. Es así, que es posible citar a lo menos los siguientes indicios: PRIMER INDICIO: El despido se produce el mismo día en que la demandada recibe la fiscalizadora de la Inspección del trabajo a efecto de realizar una fiscalización que se genera en consideración a sus denuncias y reclamo administrativo en su contra.

SEGUNDO INDICIO: Existe una política sostenida de discriminación al interior de la empresa, hacia trabajadoras que traten de formalizar su situación laboral que la demandada pretende mantener en la informalidad, la que se refleja en que numerosas compañeras de trabajo hayan planteado no solo reclamos ante la inspección del trabajo, sino que también demandas concretas contra la empleadora.

TERCER INDICIO: El empleador no cumple con las formalidades del despido, no se invocan hechos que justifique el término de la relación laboral, lo realiza verbalmente y sin haber solicitado y obtenido previamente el desafuero.

CUARTO INDICIO: La circunstancia que la demandada tiene un historial previo de falta de respeto de los derechos de sus trabajadores, debiendo, el trabajador acreditar indicios de que se ha producido una vulneración de derechos fundamentales, derechos de los cuales es legitimaria activa, y que permiten generar al juez una duda razonable en torno a la existencia de la lesión de dichos derechos fundamentales. Por su parte el empleador, frente a los indicios aportados por el trabajador, deberá explicar los fundamentos de la medida adoptada y su proporcionalidad, esto es, que su conducta obedece a un motivo razonable.

PETICIONES CONCRETAS. Estima que conforme a los antecedentes expuestos, se concluye que el despido de que fue objeto vulneró sus derechos fundamentales de indemnidad, la integridad física y psíquica y el derecho a la honra, así como constituir un acto de discriminación, y solicita:

1.- Que se determine que presentó servicios para la demandada bajo vínculo



de subordinación y dependencia en los términos del artículo 7° del Código del Trabajo, realizando funciones de masajista, por el período comprendido entre el 17 de Abril del año 2014 y el 26 de Agosto del año 2019, ambas fechas inclusive.

2.- Que se declare que el empleador vulneró sus derechos fundamentales durante la relación laboral, culminando su actuar vulneratorio constante en el despido y que atendido lo anterior, solicito se condene a la demandada a pagarle una indemnización adicional equivalente a 11 remuneraciones, por la suma de \$7.429.609.- y desde ya deja constancia de la imposibilidad de reanudar el trabajo con la demandada, optando por las indemnizaciones que refiere la ley.

3.- Que se declare además que el despido resulta injustificado y que por ende la demandada deberá pagarle la suma de \$5.268.268.-equivalente a la indemnización por años de servicio que me corresponde aumentada en un 30%

4.- Que atendido que el empleador no enteró las cotizaciones de seguridad social, seguro de cesantía y de derecho a sala cuna, por todo el periodo en que trabajado , esto es desde el 17 de Abril del año 2014 al 26 de Agosto del año 2019, que se lo condene por un lado a enterarlas y por otra que se aplique la sanción establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo, y se condene al pago de remuneraciones y demás prestaciones derivadas del despido nulo en razón de la suma de \$675.419.- mensuales, hasta su convalidación de conformidad a la ley.

5.- Que la demandada sea condenada al pago de la suma de \$20.000.000.- (veinte millones de pesos), correspondiente a indemnización por daño moral que también se demanda, debido a los perjuicios y daño que sufrió por las situaciones ocurridas durante la relación laboral, todo conforme a los antecedentes de hecho y de derecho ya expuestos.

6.- Que la demandada le pague \$ 1.350.838.- por concepto de vacaciones de los últimos dos años trabajados

7.-Que la demandada deberá ser condenada al pago de las sumas señaladas, o bien las que el Tribunal determine ajustadas a Derecho, debidamente reajustadas, con intereses y además el pago de las costas de la causa.

8.- O las sumas mayores o menores que el Tribunal considere ajustadas a



Derecho.

Que en subsidio a la denuncia de tutela, interpone demanda subsidiaria por reconocimiento de relación laboral, despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones, en procedimiento ordinario, en contra del ex empleador CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, del giro de su denominación, R.U.T N°85.600.400-7, representada legalmente por don HELMUT KOHLER STEIN, cedula Nacional de Identidad N° 4.944.295-5, ambos domiciliados en Cardenal Belarmino N°1075, Comuna de Vitacura, en base a los mismos fundamentos de hecho y de derecho que da por reproducidos y solicita:

1.- Que se determine que prestó servicios para la demandada bajo vínculo de subordinación y dependencia en los términos del artículo 7° del Código del Trabajo, realizando funciones de masajista, por el período comprendido entre el 17 de Abril del año 2014 y el 26 de Agosto del año 2019, ambas fechas inclusive.

2.-Que se declare además que el despido resulta injustificado y que por ende la demandada deberá pagarle la suma de \$5.268.268.-equivalente a la indemnización por años de servicios, aumentada en un 30%.

3.- Que atendido que el empleador no enteró las cotizaciones de seguridad social, ni las relacionadas con el seguro de cesantía y derecho de sala cuna, por todo el periodo en que trabajó, esto es desde el 17 de Abril del año 2014 al 26 de Agosto del año 2019, que por un lado se lo condene a pagarlas y por otro se aplique la sanción establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo, y se condene al pago de remuneraciones y demás prestaciones derivadas del despido nulo en razón de la suma de \$675.419.- mensuales, hasta su convalidación de conformidad a la ley.

4.- Que atendido que en la actualidad se encuentra amparada por el derecho de fuero maternal, pide que se le paguen las remuneraciones no percibidas desde el mes de marzo del año 2019 hasta que su hija Jade cumpla un año 84 días de nacida, siendo su fecha de nacimiento el día 12 de Abril del año 2019.

5.- Que la demandada le pague \$ 1.350.838.- por concepto de vacaciones de los últimos dos años trabajados

6.- Que la demandada sea condenada al pago de las sumas señaladas, o bien las sumas mayores o menores que el Tribunal determine, debidamente



reajustadas, con intereses y además el pago de las costas de la causa.

SEGUNDO: Que comparece María José Muñoz Reinoso, Rut 13.432.722-7, abogado, en representación de la demandada Centro de Salud Gunther Mund y Compañía Limitada, ambos con domicilio para estos efectos en Cardenal Belarmino N° 1075, comuna de Vitacura, y opone excepciones y en contesta la demanda de acuerdo a las argumentaciones de hecho y de derecho:

En primer lugar **opone excepción de caducidad de la acción de tutela**, ya que de la sola lectura de los hechos denunciados como vulneratorios de los derechos fundamentales, con independencia de si estos son ciertos o no, resulta claro que los mismos habría ocurrido en el contexto de la relación que unió a las partes, lo que se sitúa por la demandante a fines del año 2018 y principios del año 2019, refiriendo como último momento el mes de marzo de este año. Estima que en dichos momentos, de acuerdo al tenor de la demanda, que se habrían verificado los hechos discriminatorios por el estado de embarazo de la demandante, además de las supuestas amenazas de despido en caso que no cubriera los supuestos horarios en que prestaba servicios y de las conductas de acoso laboral que ciertamente no describe en su demanda.

Por ende, durante el período en que la demandante estuvo con licencia, comenzó a correr el plazo para interponer la acción por vulneración de derechos fundamentales de conformidad a lo dispuesto en el artículo 486 del Código del Trabajo. Es así como la demandante tenía 60 días hábiles para interponer dicha acción contados a partir del 07 de marzo de 2019, inclusive. Agrega que como se ha dicho, la demandante habría tomado contacto con la empresa en el mes de agosto de 2019, por lo que los hechos vulneratorios alegados y derivados de una situación de supuesto acoso y discriminación no pudieron haber transcurrido en el intermedio, puesto que no estaba en un ambiente donde pudiera tener contacto con los supuestos acosadores, a los que tampoco se refiere en su demanda, ya que no sindic a nadie en específico. Transcurrirían más de 5 meses desde que la acción caducara para que la demandante, solo entonces, ejerciera la acción de tutela correspondiente.

Contestando la demanda, niega la existencia de una relación laboral, sino que las partes históricamente se han venido vinculando -sin reclamo alguno- en virtud de un contrato de prestación de servicios, debido a una relación de tipo civil y no laboral.

Explica que el tipo de relación contractual que se ha venido desarrollando entre las partes, no es algo artificial, antojadizo, ni forzado y, menos aún, obedece a un subterfugio como se ha señalado erróneamente, sino que obedece a la naturaleza propia de los servicios y la forma en que se ha desarrollado la relación entre las partes, todos estos años y, por el contrario, da cuenta de una relación duradera y afianzada, acorde con la realidad de los hechos; que ahora la actora pretende desconocer. Estima que cualquier



persona que se encuentre disconforme con los términos de la relación contractual, y la forma en que se desenvuelve la prestación de sus servicios, y, que, además, estima que se están vulnerando sus derechos en forma sistemática, simplemente no continúa como si nada durante años, prestando servicios en dichas condiciones, en el marco de una relación pacífica, exenta de conflictos y reclamos.

Indica que la demandada sí cuenta con personal contratado, que se desempeña como trabajador dependiente, porque efectivamente la prestación se verifica en el marco de un vínculo de subordinación y dependencia, lo que no ocurre en este caso.

Afirma que la demandante ha creado un relato antojadizo y artificial que no se condice con los hechos reales y efectivos que han existido entre las partes por años, y que tienen como único objetivo pretender hacer plausible un relato de maltrato y vejamen que entra en evidente contradicción con el comportamiento de la actora durante todos estos años y con la ausencia de denuncias y reclamos; pero por sobre todo, es contradictorio con la duración de la relación entre las partes, exenta de conflictos.

Niega que se le hayan aplicado castigos o sanciones o amonestaciones; que sea supervisada ordenándosele el tipo de servicios que debe prestar, niega que se le hayan dado órdenes ni la manera en que debía desarrollar sus servicios, dado que son los clientes quienes eligen los servicios. Alega que es imposible que las supervisoras que menciona en la demanda hayan podido darle instrucciones o tareas de cómo debía desarrollar su trabajo, puesto que no tienen el oficio de masoterapeuta como la actora, por lo que difícilmente podían indicarle cómo prestar sus servicios, además de que en la demanda no se menciona en parte alguna qué instrucciones se le entregaban, ni de qué manera ni por parte de qué personas, sino que la demanda realiza meras afirmaciones, tergiversaciones y hechos que faltan a la verdad, y expuestos de manera vaga e imprecisa.

Alega que la demanda no se hace cargo de la forma como se prestaban los servicios, y únicamente se basa en elementos comunes a las demandas de este tipo, tales como el pago de honorarios,- que se afirma sería remuneración,- confundir el horario de funcionamiento del centro de salud, señalando que sería en realidad el horario de una supuesta jornada laboral, junto con el no pago de cotizaciones, no escrituración de contrato de trabajo, no otorgar vacaciones, ni pago de gratificación legal; cuando todos estos hechos no son elementos demostrativos de la existencia de una relación laboral, sino que precisamente no pueden existir por cuanto la relación entre las partes no ha sido laboral.

No es efectivo que existiera subordinación y dependencia ni se establece de qué forma era supervisada, y, en definitiva, cómo se habría verificado en la práctica, la prestación de servicios. Que prestara servicios de masoterapia a la



clientela del Centro no permite construir una relación laboral, sobre todo cuando resulta evidente, que en el marco de la relación contractual, la demandada provee del servicio de agendamiento y coordinación entre las terapeutas, según el horario, y disponibilidad que ella misma ha hecho saber a la demandada, por lo que no es efectivo que existiera un supervisor encargado de que cumplieran un horario; de hecho no existe continuidad, porque no prestaba servicios todos los días, y en cualquier momento la masajista puede no presentarse o avisar que no concurrirá o llegará tarde, muchas veces ni siquiera se avisaba, por lo que lo único que hacía la demandada es reagendar y tratar de coordinar que otra masajista que esté disponible pueda realizar el servicio solicitado por el cliente.

Explica que se intentan agregar como elementos, el uso de uniforme, supuestos descuentos y sanciones, y que el servicio era determinado por el ex empleador, cuando quien elige el servicio y por tanto lo determina, es el cliente y no la demandada que no hace imposición alguna. Como, asimismo, quienes ofrecen los tratamientos y cuentan con los conocimientos y estudios al efecto, es la actora. Señala que lo que hace la demandada es acoger y ofrecer al público, distintos tratamientos que conocen y proponen las mismas terapeutas.

La masoterapia se puede definir como el uso de distintas técnicas de masaje con fines terapéuticos, esto es, para el tratamiento de enfermedades y lesiones. Se trata de una técnica integrada dentro de la fisioterapia, que es también conocida como terapia física, disciplina de la salud que ofrece una alternativa terapéutica no farmacológica para diagnosticar, prevenir y tratar síntomas de múltiples dolencias, tanto agudas como crónicas, por medio de masajes terapéuticos, calor, frío, luz, agua, técnicas manuales entre otras. A su vez, el masaje es definido como "una combinación de movimientos técnicos manuales o maniobras realizadas armoniosa y metódicamente, con fines higiénico-preventivos o

terapéuticos, que al ser aplicado con las manos, permite valorar el estado de los tejidos tratados"; se emplea en medicina, kinesiología, estética, deporte, etc.

La masoterapia engloba diversas modalidades de masaje como: el masaje terapéutico, el masaje transversal profundo, el drenaje linfático manual terapéutico, la liberación miofascial, el masaje deportivo, el crio-masaje, el masaje del tejido conjuntivo, el masaje del periostio, técnicas neuromusculares o el masaje de Dicke entre otros.

A su vez existen diversas modalidades de masajes:

- Masaje circulatorio: está destinado a activar el flujo sanguíneo, favoreciendo la eliminación de toxinas.
- Masaje deportivo: se lleva a cabo casi exclusivamente sobre los grupos musculares comprometidos en cada deporte o disciplina deportiva, para



optimizar su tono, flexibilidad y rendimiento.

- Masaje estético: combina técnicas circulatorias, modeladoras y sedativas, a fin de tratar alteraciones o defectos estéticos de los cuerpos, generalmente localizados.
- Masaje de relajación o sedativo: tiende a armonizar el sistema nervioso, induciendo, tal como su nombre lo indica, determinado grado de relajación muscular y ayudando al individuo a recuperar o mantener el equilibrio psicofísico.
- Masaje descontracturante: son las manipulaciones realizadas sobre uno o varios grupos musculares contracturados.

Alega que la actora posee conocimientos específicos relacionados con la terapia y tipo de masaje que aplica, respecto de los cuales no son supervisados ni se desempeñan bajo subordinación y dependencia, tampoco reciben instrucciones de cómo efectuar el masaje, cómo abordar alguna lesión, en qué posición comenzar la terapia, cuantos minutos dedicar a alguna zona del cuerpo en específico, qué tipo de presión aplicar en algún punto, qué herramientas o técnicas de masajes utilizar, porque todos estos aspectos, entre otros, son decididos y abordados por el especialista en razón de sus conocimientos.

Afirma que se traba una relación entre el paciente y terapeuta, que en general se prolonga por años, donde el centro de salud pone a disposición del profesional la infraestructura y la coordinación necesaria para la prestación del servicio que el profesional ofrece de acuerdo con sus conocimientos. En este sentido, indica que la demandada provee de la necesaria coordinación y agendamiento de pacientes, lo que en caso alguno puede ser estimado como supervisión en las labores, ni sujeción a órdenes y fiscalización en la prestación del servicio.

Señala que no ejerció potestades disciplinarias ni de mando como amonestaciones, descuentos de remuneraciones, registro de horas, pago de horas extraordinarias, cambio unilateral de lugar de trabajo o de cargo de acuerdo al artículo 12 del C del T. feriado anual de 15 días hábiles con remuneración íntegra, tramitación de licencias médicas, etc.

Arguye que la demanda justifica este supuesto vínculo en el hecho de que se le obligara a emitir dos boletas de honorarios al mes, cuestión que le parece insólita y que no determina en modo alguno los efectos que la actora pretende darle, sin perjuicio que los honorarios sean un elemento de la prestación de servicios contractual. Adicionalmente, señala que los honorarios están concebidos sobre la base de un porcentaje del valor de la prestación que la terapeuta imparte, y, dependiendo del tipo de servicio, va de 25% en el caso de un masaje de relajación de 25 minutos al 55% del valor de la prestación; es decir, más de la mitad de la recaudación en el caso del masaje de biomagnetismo.



Alega que las terapeutas podían acceder a un porcentaje relevante de las prestaciones de hasta un 55%, sin tener que incurrir en costos de habilitación, instalación, arriendo, compra de mobiliario, y a su vez, con la posibilidad de ejercer en otro centro de salud, o a domicilio, pues no existe exclusividad y de no concurrir o incluso interrumpir la prestación.

Explica que el aceite que utiliza para realizar el servicio es adquirido en partes iguales por ambas partes, y en ningún caso es obligatorio usarlo, ya que la terapeuta puede utilizar las esencias y aceites de su elección y preferencia que además costea ella misma. El monto del honorario varía mes a mes, dependiendo de las atenciones y tipo de prestación, pudiendo en algunos meses no registrarse pago, en el evento que la profesional no haya efectuado atenciones, según su propio criterio, conveniencia y disponibilidad, es decir no existe un sueldo base o un estipendio fijo, obligación de asistencia, feriado legal, ni exclusividad, es por ello que la prestación de servicios se enmarca en un acuerdo contractual diverso de una relación laboral bajo vínculo de subordinación y dependencia que permite a la terapeuta no prestar servicios en un horario, día o período específico sin que ello tenga asociado elementos derivados de las facultades de administración respecto del “trabajador” que no concurre a prestar sus servicios, porque no existe el necesario correlato que otorga herramientas sancionatorias y coercitivas, de lo contrario resulta evidente que la relación no hubiese podido prolongarse por años y a su vez presentar períodos, incluso meses sin prestación asociada, sin consecuencias ni sanciones de ningún tipo.

Arguye que resulta evidente que la prestación del servicio debe verificarse en un horario establecido, dentro del horario de funcionamiento del centro de salud, lo que, en caso alguno, puede significar la existencia de un horario de trabajo, ni que el profesional está sujeto a una jornada laboral, o que tiene obligación de asistencia. Insiste que la demandada provee de la necesaria coordinación entre las terapeutas y agendamiento de pacientes, y, por otro lado, además, se registra el servicio de masaje prestado para efectos de calcular el honorario correspondiente.

Finalmente alega que a la demandante nunca se le exigió exclusividad de ninguna especie y las boletas no son siempre correlativas.

Sostiene que la actora, durante el tiempo que prestó servicios realizó una serie de actos inequívocos que acreditan que se trata de una prestación independiente, tal como la iniciación de actividades ante el SII, la emisión de las boletas de honorarios respectivas, eventuales y, muy probables devoluciones de impuestos percibidas por su relación a honorarios, la recepción conforme del pago previamente establecido por los servicios prestados, ejercicio privado, manejo de su agenda, etc, alegando en este sentido la denominada “Doctrina de los actos propios”, que impide a un litigante ser contradictorio con sus hechos precedentes y que constituye una



clara referencia al principio de “buena fe” que deben orientar las relaciones contractuales y en su concreción que dice relación con el hecho que “nadie puede obrar contra su propio acto”. Alega que las boletas emitidas y el percibir anualmente la correspondiente devolución de impuestos, son, entre otras, prueba de la existencia de una relación contractual de carácter civil. Ello prueba la prestación de su consentimiento, el que no se puede deshacer por decisión unilateral, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil.

Que atendida la inexistencia de una relación laboral entre las partes, no resulta procedente que se condene a esa parte con la sanción de la nulidad del despido, por cuanto no se han dado los requisitos establecidos por el legislador.

Sostiene que la acción de despido impetrada es del todo improcedente porque el fundamento del mismo exige la existencia de un contrato de trabajo, que en los hechos no existe. Alega que no es efectivo que en los hechos se haya dado un despido, menos verbal, puesto que a) no existió relación laboral entre las partes; b) porque lo que ocurrió fue que la actora al presentarse en la empresa en agosto de 2019 pretendía prestar servicios en un régimen de medio día, cuestión que era impracticable.

Por último, la actora pretende desconocer que hizo uso de su derecho de pre y post natal como una trabajadora independiente, sin que la empresa pusiera problema alguno ni menos tramitara licencias al efecto y además, en ninguna parte de la demanda se pide indemnización por fuero maternal alguno, por lo que todo lo que diga relación al estado de embarazo de la demandante deberá ser desoído.

Indica que se ha interpuesto denuncia por vulneración de derechos fundamentales, invocándose afectación a la garantía establecida en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, esto es, integridad psíquica y física, y 19 N° 4, esto es, vulneración del derecho a la vida privada y a la honra, ello basado en los mismos hechos, esto es, en supuestos actos de acoso y represalias en su contra, además de discriminación por ser mujer y el hecho del embarazo. Sostiene que no ha discriminación por ser mujer ya que la empresa solo posee trabajadoras y profesionales mujeres, por lo que resulta insólita la denuncia. También le parece irrisorio y bastante inverosímil que los supuestos actos de acoso se hayan venido desarrollando durante toda la relación laboral sin que la demandada se haya enterado ni por la actora ni por algún otro compañero. No hay ningún relato circunstanciado con hechos concretos que pudieren configurar la vulneración que alega y sólo existen calificaciones y afirmaciones vacías, sin respaldo fáctico. Jamás se formuló algún reclamo o constancia que estaba siendo víctima de hostigamiento y ello apareció una vez que la actora decidió demandar a la empresa.

Respecto de la supuesta indemnidad alegada, la que estima que no es tal,



sostiene que es efectivo que la inspección del trabajo se presentó en la empresa, pero la demandada no tuvo conocimiento alguno que dicha visita se realizó a petición de la actora, pues esa información sólo se tuvo al momento de asistir al comparendo de conciliación de octubre de 2019, esto es, más de dos meses después de la fiscalización señalada. Además la actora omite el hecho de que la fiscalizadora que fue a la empresa se entrevistó con varias de las maso terapeutas presentes en el lugar, además del personal dependiente, sin encontrar ninguna infracción a la ley laboral, cuestión que manifestó personalmente a la gerente general de la empresa, tampoco se cursó multa ni ha habido una nueva fiscalización.

Señala lo mismo respecto los indicios presentados, ya que el singularizado como número 1 y 3 no pueden darse en una relación civil como la de autos, por lo que son imposibles en los hechos; y el número 2 dice relación con supuestos hechos ocurridos con terceros ajenos al juicio, que además son presentados de manera general y vaga; lo mismo que el indicio número 4.

Alega que la demandante interpone conjuntamente con la acción de tutela la demanda de despido indebido, debiendo haber sido dicha demanda (la de despido) interpuesta en forma subsidiaria, como indica el artículo 489 del Código del Trabajo y lo tanto debe concluirse que aquella de despido se encuentra expresamente renunciada.

Arguye que al no existir una relación laboral ni menos un despido, no queda más que concluir que no procede que se demanden las remuneraciones por todo el tiempo que duraría su fuero maternal. Alega que resolver de esa forma dejaría a la demandada en total indefensión, puesto que al no notificar su descontento, no le deja camino alguno a seguir más que defenderse en el juicio.

Sostiene que el daño moral demandado es improcedente por las siguientes razones:

- a) No son efectivos los hechos narrados en la demanda
- b) Incumplimiento de los requisitos propios para la procedencia de resarcimiento de una indemnización por daño moral: 1) existencia de un daño, 2) existencia de un incumplimiento / hecho culpable o doloso por la parte demandada, 3) vínculo de causalidad entre ambas, 4) en el caso de la responsabilidad contractual, mora.
- c) Acumulamiento de indemnizaciones del artículo 489 al daño moral.

Pide que se rechace la demanda en todas sus partes, declarando:

- 1.- Que la acción de tutela está caduca.
- 2.- Que es inexistente la relación laboral.
- 3.- Que, en subsidio, se declare improcedente la acción de tutela laboral por los fundamentos indicados, así como la indemnidad y discriminación alegadas.
- 4- Que es improcedente la acción de despido injustificado interpuesta en



forma subsidiaria.

5.- Que no se adeuda suma alguna por concepto de indemnización sustitutiva de aviso previo ni por años de servicio o recargo legal ni feriados.

6.- Que no procede la nulidad del despido ni remuneraciones post despido ni el pago de cotizaciones previsionales, y en evento que se acceda a la nulidad del despido el pago de la remuneración deberá ser previo descuento de las cotizaciones que se reclaman.

7.- Que no se debe ningún tipo de prestación y/o indemnización a la actora ni por fuero maternal ni por daño moral demandados.

8.- Que se condene en costas a la demandante

TERCERO: Que en la audiencia preparatoria, en cuanto a la excepción de caducidad, el Tribunal la rechaza de plano.

Habiendo el Tribunal llamado a conciliación, ésta no se produce.

Se fijan los siguientes hechos controvertidos: 1) Existencia de la relación laboral. Fecha de inicio de la misma. 2) Efectividad de los hechos constitutivos de la vulneración de derechos fundamentales que se reclama y efectividad de constituir el despido un acto de represalia por la acción de fiscalización de la Inspección del Trabajo. Hechos y circunstancias. 3) Hecho del despido, fecha y cumplimiento de formalidades legales. 4) Remuneración pactada y efectivamente percibida por la demandante. 5) Estado de pago de cotizaciones de seguridad social durante el curso de la relación laboral y a su término. Fecha de pago de las mismas. 6) Existencia y extensión del fuero maternal que asistiría a la demandante. 7) Efectividad de haber sufrido la demandante daño moral producto de hechos u omisiones imputables a la empresa demandada. Hechos y circunstancias.

CUARTO: Que en la audiencia de juicio que se realiza por video conferencia a través de la plataforma zoom, la parte demandante incorporó los siguientes medios de prueba:

Documental:

1) 37 Boletas de honorarios de la actora por el periodo de 2016 a marzo del año 2019.

2) Certificado de nacimiento de la hija de la denunciante, Jade Marianne Guzmán Barba, que da cuenta de su nacimiento con fecha 12 de abril del año 2019.

3) Copia de documento denominado "Informe de resultado de solicitud de fiscalización" otorgada ante la ICT de Vitacura, con fecha 9 de septiembre del año 2019, número 1322/2019/1336, dentro del cual se consigna la caratula del informe de fiscalización y un Informe de exposición de su mismo número.

4) Set de 9 fotografías que muestran a la demandante sola y en compañía de otras trabajadoras de la denunciada, en que todas aparecen vestidas con el uniforme que la denunciada les otorgaba.



5) Informe Psicológico de fecha 20 de noviembre el año 2019, emitido por la profesional psicóloga doña Geraldly Natalia Fuentes Salazar.

6) Dos (2) certificados de realización de cursos por parte de la demandante de masofilaxia corporal y de quiromasaje profesional.

7) Un diploma de quiromasaje profesional cursado por la demandante.

Confesional: La parte demandante se desiste de este medio de prueba.

Testimonial: Declaran los siguientes testigos legalmente juramentados:

1) **Blanca Patricia Vidal Lomboy**, cédula de identidad N°12.275.937-7, contadora. Señala que conoce a Pamela quien ingresó al Spa cuando ella era supervisora en 2014. Afirma que la entrevistó y la capacitó hasta cuando ella estuvo, o sea hasta abril de 2019. Indica que Pamela era masajista y con el tiempo hizo curso de cosmetología y se le podía encargar encrespar las pestañas. Señala que se le asignaba una cabina fija dónde realizaba los servicios. Ella utilizaba aceite o vaselina que entregaba el Centro por mitad. Las sabanillas, los ambientales los proporcionaba el Centro. Tenía horario de trabajo de 10:00 a 21:00 horas, día por medio fijo, a sea Lunes, Miércoles, Viernes y Domingo y Martes, Jueves y Sábado en forma alternada. Los fines de semana se pedían refuerzos. Indica que había entre 12 a 14 cabinas habilitadas y el día sábado era el día que más se trabajaba. Había tiempo en que la dotación completa no estaba y había que suplir los turnos. Señala la testigo que era supervisora y fiscalizaba, capacitaba y chequeaba que se abriera la agenda, los horarios de entrada y salida, que tuvieran los uniformes y asignaba las colaciones. Tomaba las horas y también estaba el gerente Carlos Barriga y también supervisaba el dueño Helmut Kohler. Afirma que tenían que ser capacitadas en el tipo de masajes que ofrecía el Centro. Había 4 supervisoras por turno, Sandra Naranjo, Verónica Vera, Marisol Yáñez y ella y a cargo del centro estaba Pía Díaz que era la Gerente y Jefa Directa. Trabajaban el mes completo, a veces pedían quincena de acuerdo a lo trabajado y se les pagaba a fin de mes y entregaban boletas. La administración manejaba la información de los clientes. El cliente podía pedir una hora de masaje, la administración le asignaba la hora, la masajista va a buscar al cliente a la recepción, lo lleva a la cabina, realiza el masaje y lo lleva de vuelta a la recepción. Todo el trato se hacía con la recepcionista y cajera. Los reclamos los recibía la supervisora del turno. Los horarios de trabajo eran fijos y la masajista tenía que permanecer en el Spa durante todo el horario o turno ya que tenían que tener una masajista disponible si aparecía un cliente. Si había poca demanda, ella autorizaba a que la masajista se retirara antes. Indica que en 2018 ella estuvo con licencia médica por cáncer de mamás y volvió a trabajar el 20 de septiembre de 2018 y trabajó hasta el 5 de octubre de 2018. En ese tiempo supo que Pamela estaba embarazada y trabajaba igual que siempre. Cuando volvió el 7 de abril de 2019 supo esa semana que nació su guagüita. Refiere que el 18 de abril de 2019 la echaron. Afirma que durante



esa semana Pamela llamaba porque quería volver y ella le dijo que volviera. Afirma que le comentó esto a Marisol Yáñez, que Pamela quería volver y le dijo que “debía darle el alargue ya que la iban a despedir”. Refiere que sólo la dilataron y no supo más. Indica que Pamela trabajó hasta marzo de 2019 y no volvió del parto. Refiere que las boletas se hacían una vez al mes por “Servicios de masoterapia” pero con la administración de la sra. Pía Díaz de octubre de 2018, tenían que hacerse un detalle completo de los trabajos realizados en el mes y si no estaban los detalles no se les pagaba. También tenían que hacer dos boletas cuando pedían anticipo.

Contrainterrogada por la parte demandada la testigo responde que ella fue desvinculada el 18 de abril de 2019 por necesidades de la empresa, ya había vuelto el 7 de abril de 2019, que estuvo una semana y media y la despiden por necesidades de la empresa. Afirma que se había ido un turno completo de masajistas y por ello se requerían menos supervisoras. Indica que Pamela trabajó hasta lo último y lo sabe porque se lo comentaron.

A las consultas del Tribunal contesta que cuando llegaba tarde la masajista, tenía que hablar con el cliente y le consultaba la excusa. Sólo por lo que le dice el cliente sabe si la masajista hizo un buen trabajo, a veces reclamaban y también había felicitaciones. Tenían un Libro de Reclamos. No tenían control de asistencia. Refiere que las masajistas subían vestidas para el masaje, se reportaban con la recepcionista. Cuando la masajista no podía llegar tenía que avisar. Las masajistas jamás llamaban a los clientes. Afirma que las masajistas no podían hacer masajes en otro lado. Señala que la mayoría de las personas que trabajan en el Spa tienen contrato a honorarios. Indica que todas las supervisoras tenían contrato de trabajo. Afirma que las supervisoras aplicaban amonestaciones verbales, no escritas. Sabe que muchas masajistas reclamaron en noviembre de 2018, que se fueron 12 a 14 masajistas y reclamaron con autodespido por no pago en la AFP. Refiere que en general las masajistas son chilenas. Sólo atienden a clientes que llegaban por el Centro. Siempre el pago del aceite fue a medias.

2) **Eliana Marcela Giraldo Ramírez**, cédula de identidad N°23.851.206-9, colombiana con permanencia definitiva y vendedora. Señala que las partes del juicio son Pamela y el Spa. Conoce a Pamela porque era vecina de ella y supo que trabajaba en el Spa y que estaba embarazada. La conoció cuando vivían en Santiago Centro. Afirma que conversaban mucho y se daba cuenta que llegaba tarde, también que trabajaba en sábados y domingos. Señala que ella se ofreció a cuidar a la bebé ya que estaba sin trabajo. Había problemas en el Spa porque había poco personal por una demanda al Spa y Pamela tenía que cubrir a sus compañeras. Pamela era sola y extranjera. Ella le contaba que ni siquiera tenía horario de colación. Trabajó hasta un estado avanzado de embarazo. Le hizo un babyshower. Señala que trabajó hasta que la guagua nació. Afirma que Pamela empezó a llamar para volver al Spa y no le dijeron que vuelva. Le



decían que volviera a llamar. Ella piensa que era “un cacho” para la empresa. Señala que a Pamela la llamaron y le dijeron que no volviera porque había ido a visitarlos de la Inspección. La llamada fue el año pasado, en agosto de 2019 y la despidieron por teléfono. La tenían esperando.

Contrainterrogada por la parte demandada, la testigo señala que durante el embarazo Pamela estaba sola y actualmente tiene contacto pero no sabe si tiene marido. Cuando ella la conoció, Pamela estaba sola y si no iba al trabajo no tenía dinero.

A la consulta del Tribunal señala que al final no cuidó a la guagua porque ella comenzó a trabajar en su casa.

3) **Georgina del Rosario Zúñiga Cabello**, cédula de identidad N°7.383.581-k, cosmetóloga. Refiere que conoce a las partes del juicio, son el Spa y Pamela. La testigo indica que trabajó 8 años en el Spa y a Pamela la conoció por 4 años, era masoterapeuta. En el Spa hay unas 14 masajistas con horario, llegan a las 10 de la mañana y trabajan hasta las 21:00 horas. Debían estar listas a las 10:00 horas con uniforme, aceites, debían avisar en recepción. Van trabajando por turnos y tienen una hora de colación según la recepción que asignaba ese horario. Trabajaba día por medio y si faltaba alguna o había mucha demanda, también las llamaban. Los fines de semana había mucho trabajo. La testigo reconoce que demandó a Mund porque se sintió pasada a llevar hace dos años y se fue con el grupo de masajistas y Pamela hizo mayor trabajo. Afirma que las supervisoras hacían cumplir las reglas impuestas, coordinaban todo, que llegaran a la hora. Afirma que si alguna cometía un error, la castigaban y no la dejaban ir por una semana. No se le pagaba si no hacía una boleta y se pagaba los primeros 5 días del mes. Era una boleta mensual.

Contrainterrogada por la parte demandada la testigo responde que hizo masajes en el Spa; que empezó como masajista y luego se fue un tiempo y que en 2010 entró como cosmetóloga. Reconoce que demandó a la empresa en 2018, llegando a un acuerdo.

A las consultas del Tribunal refiere que un grupo de masajistas demandó por las malas condiciones del Spa y recibió \$1.600.000. Reconoce que siempre trabajaba a honorarios y que ahora recién estaba prestando servicios con contrato de trabajo.

Oficio: Se incorporan las respuestas a los oficios emitidos a las siguientes instituciones:

- 1) AFC CHILE
- 2) FONASA
- 3) AFP MODELO

La demandante se desiste del oficio dirigido al Servicio de Impuestos Internos.



QUINTO: Que en la audiencia de juicio que se realiza por video conferencia a través de la plataforma zoom, la parte demandada incorporó los siguientes medios de prueba:

Documental:

- 1) Contrato de prestación de servicios de fecha 1 de agosto de 2014, suscrito por la demandada y doña Wendy Pamela Barba Montaña.
- 2) Certificado emitido por Instituto Nacional de Quiromasaje INAQ, de fecha 28 de julio de 2012, que acredita que doña Wendy Barba Montaña, realizó el curso de Quiromasaje Profesional.
- 3) Certificado de capacitación de doña Pamela Barba, emitido por Maderoterapia Chile, de fecha 28 de diciembre de 2016.
- 4) Set de Boletas de Honorarios emitidas por doña Wendy Pamela Barba Montaña a Centro de Salud Gunter Mund y Cía. Ltda., desde abril de 2014 a diciembre de 2014.
- 5) Set de Boletas de Honorarios emitidas por doña Wendy Pamela Barba Montaña a Centro de Salud Gunter Mund y Cía. Ltda., desde enero de 2015 a diciembre de 2015.
- 6) Set de Boletas de Honorarios emitidas por doña Wendy Pamela Barba Montaña a Centro de Salud Gunter Mund y Cía. Ltda., desde febrero de 2016 a diciembre de 2016.
- 7) Set de Boletas de Honorarios emitidas por doña Wendy Pamela Barba Montaña a Centro de Salud Gunter Mund y Cía. Ltda. desde enero de 2017 a diciembre de 2017.
- 8) Set de Boletas de Honorarios emitidas por doña Wendy Pamela Barba Montaña a Centro de Salud Gunter Mund y Cía. Ltda., desde enero de 2019 a marzo de 2019
- 9) Acta de comparendo de conciliación de fecha 10 de octubre de 2019.

Confesional: La parte demandada se desiste de este medio de prueba.

Testimonial: Declaran los siguientes testigos legalmente juramentados:

- 1) **Sandra Patricia Naranjo Simón**. C.I. N° 9.090.629-1, supervisora. Señala que trabaja en el Spa Mund y es supervisora hace 8 años. Indica que supervisa al personal contratado por la empresa cumpliendo de horario y tareas administrativas. Señala que el Centro tiene asistentes de aseo, cajeras, mantención, salvavidas, recepcionistas y gente a honorarios en el Spa, como profesores, masajistas, podólogas y cosmetólogas. Se les paga un porcentaje del valor de los masajes. Indica que como supervisora lleva un conteo de los masajes para que luego se les pague y emiten la boleta. Señala que conoce a la demandante, era masajista, es Wendy Pamela Barba. Ella tenía un horario designado para dar los masajes entre las 10:00 horas y las 21:00 horas. Indica que se hace la apertura de la agenda de las masajistas de acuerdo a la disponibilidad. Si no tenía masaje agendado igualmente esperando algún masaje y otras se quedan hasta el final del día. Tenían que llegar temprano, se



cambiaban la ropa y se reportaban en recepción. Se les asignaba una cabina y a medida que llegaba un cliente, se le avisaba para que fuera a buscar al cliente a recepción. Cada cliente pagaba el servicio en la recepción y se le entregaba un vale a la masajista que los iba juntando y luego se los entregaba a la recepcionista quien los ingresaba a una planilla y llevaba el control. Afirma que la masajista tenía la libertad de no atender a un cliente. Señala que las masajistas son profesionales y no tiene como guiarlas y por tanto no las supervisaba, sólo comparaba el conteo de masajes. Indica que el Spa abre la agenda y si no iba la masajista se le informaba al cliente y se le reasignaba o se reagendaba. Lo mismo pasaba cuando venían atrasadas. Indica que a cada “chica” le tenía una planilla de excell donde va ingresando los masajes y al fin de mes imprimía la planilla y se la entregaba a las “chicas” y si estaban de acuerdo, la mandaba a contabilidad. Refiere que los elementos que usaban eran la cabina, camilla, reloj, lavamanos, sabanilla, cojines, papeles, todo ello es del Spa y que ellas sólo ocupaban el espacio físico, todo el mobiliario era del Spa. El aceite para el masaje lo proporcionaba el Spa y se pagaba a medias con la masajista, pero algunas llevaban su propio aceite. Afirma que no se le daban instrucciones y no se les controlaba nada, tampoco se les amonestaba. Señala que Pamela quedó embarazada y trabajó hasta bien avanzado el embarazo y en agosto de 2019 ya había nacido la guagua. Refiere que Pamela llamó para poder reintegrarse y ella pedía unos días de la semana y era a un horario acotado y, en ese tiempo tenían una baja de clientes y le dicen que cuando tuvieran más horarios disponibles si la podían recibir. No supo más de ella. Indica que podían usar el uniforme que quisieran y tenían un uniforme que se les facilitaba, si no tenían otro. Cuando se abría la agenda, ella pedían hora de colación de 1 hora, para no agendar a esa hora.

Contrainterrogada por la parte demandante reconoce que todas las “chicas” le han hecho masajes a ella. Que a la señora Pía también le hacían masaje para saber cómo trabajaban y se le contaba como masaje pagado. Recuerda haber hablado con la demandante en agosto de 2019. Después se enteró que hubo una fiscalización. Afirma que nunca llamó ese día a Pamela. Refiere que las toallas son del Spa. Indica que todo el personal contratado marca tarjeta. No sabe por qué las masajistas no tienen contrato de trabajo. Señala que Pamela es la única masajista que vio embarazada. No le dieron un trato especial porque ella manejaba sus tiempos. Refiere que el masaje se paga de anticipado. Sabe que por Pamela fueron de la Inspección del Trabajo, no sabe qué ocurrió porque no se dio cuenta. No sabe si se aplicó multa.

Oficios: Se incorporan las respuestas a los oficios emitidos a las siguientes instituciones:

1) Inspección Comunal Del Trabajo Santiago Oriente.

Prueba de oficio del Tribunal: La DEMANDADA exhibe las boletas de honorarios de los años 2014 y 2015.



SEXTO: Que la principal controversia en la presente causa es determinar si entre las partes existió una relación laboral, en los términos del artículo 7° del Código del Trabajo y, despejado aquello, dilucidar si la demandante se encontraba amparada por el fuero maternal y, finalmente, si hubo despido vulneratorio y nulo como se alega en el libelo pretensor.

Que atendido lo señalado precedentemente, la carga de probar la existencia de la relación laboral alegada corresponde a la parte demandante; para lo cual rindió prueba documental, testimonial y de oficios. Que conforme el artículo 7° del Código del Trabajo 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”. Que, entonces, la relación laboral analizada desde el punto de vista del trabajador exige como requisito esencial que el trabajador, conforme el artículo 3° del mismo cuerpo legal “preste servicios personales intelectuales o materiales”. Que en la especie, no existe duda que la demandante tenía capacitación suficiente y sí se desempeñó como masoterapeuta en el Centro de Salud Gunter Mund y cía Ltda., la propia demandada lo reconoce al contestar la demanda cuando afirma que la actora prestaba servicios de masoterapia a la clientela del Centro, sin embargo niega el carácter laboral de la relación y afirma que se trató de una vinculación civil, con contrato de honorarios y otorgamiento de boletas. En primer lugar la capacitación es justificada con dos certificados de realización de cursos por parte de la demandante de masofilaxia corporal y de quiromasaje profesional y un diploma de quiromasaje profesional cursado por la demandante. Igualmente, de acuerdo a la prueba testimonial rendida por la demandante resulta acreditado que la actora prestó los servicios personales de masoterapeuta o masajista para los clientes de la demandada, así lo sostienen Blanca Vidal Lomboy quien afirma conocer a Pamela desde que ingresó al Spa cuando la testigo era supervisora en el 2014 y afirma haberla entrevistado y capacitado y que ella prestaba servicios de masajista para el Centro; que en igual sentido presta declaración Georgina Zúñiga Cabello, testigo que también conoció a la demandante en el Spa y afirma que Pamela era masajista del Centro Mund. Por su parte la testigo Eliana Giraldo, de oídas declara que supo que la actora trabajaba en un Spa y que llegaba tarde y que tenía que cubrir a sus compañeras porque había poco personal. Finalmente, la testigo presentada por la demandada doña Sandra Naranjo declara en igual sentido al indicar que “conoce a la demandante, que era masajista, es Wendy Pamela Barba quien tenía horario designado para dar los masajes a los clientes entre las 10:00 y 21:00 horas”. Que también se justifica que la actora prestó servicios para el Spa Mund como masajista con las boletas de honorarios extendidas durante el tiempo que prestó servicios y con las imágenes o fotografías donde aparece posando



vestida con su uniforme a la entrada del recinto, luego de pie al lado del letrero que dice “EL UNICO SPA FAMILIAR DE SANTIAGO. SPA MUND” vistiendo su uniforme y otras imágenes fotográficas donde la demandante aparece junto a otras personas que también visten uniformes sentadas frente a una mesa y en el fondo se aprecia una piscina y en una habitación que sirve de comedor o casino.

SEPTIMO: Que, para que la prestación de servicios personales pueda calificarse de relación laboral, dichos servicios deben prestarse por el trabajador bajo dependencia o subordinación, del empleador. Que la subordinación y dependencia se materializa o expresa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como: la continuidad de los servicios prestados; la obligación de asistencia del trabajador; el cumplimiento de un horario de trabajo; la supervigilancia en el desempeño de las funciones y la subordinación a reglas y controles de diversa índole, entre otras. Que en la especie, la continuidad de los servicios se comprueba con la declaración de los testigos de la parte demandante en la medida que dos de ellas afirman conocer a la demandante del Spa, Blanca Vidal es enfática en indicar que “Pamela ingresó al Spa cuando ella era supervisora en el año 2014” y luego explica que estuvo con licencia médica y al volver a trabajar el 7 de abril de 2019, Pamela no estaba y esa semana supo que nació la guagua y, por su parte Georgina Zúñiga declara conocer a Pamela por 4 años hasta 2018 cuando la testigo demandó al Centro. Que también permite justificar la época en que la actora ingresa a prestar servicios y la continuidad en ellos el contrato de honorarios de 14 de agosto de 2014 donde se deja constancia que los servicios principiaron en abril de 2014 y el historial de boletas de honorarios electrónicas que la actora entregó a la demandada de forma periódica, y por casi cinco años, que indican su nombre completo WENDY PAMELA BARBA MONTANO, RUT 22.861.016-k, con el giro corresponde a “MASAJES DEPILACION MANICURE ONDULACION DE PESTAÑAS” y que se extienden desde la N° 1 del 29 de abril de 2014 y hasta la N° 84 del 27 de marzo de 2019. Que conforme la prueba rendida se acreditó que la actora cumplía jornada de trabajo desde las 10:00 horas cuando se abría la agenda y la masajista tenía que estar en la recepción y uniformada para atender al cliente agendado y hasta las 21:00 horas, que corresponde a la hora de cierre del Centro. En efecto, la testigo Blanca Vidal Lomboy explica que el horario de trabajo era de “10 a 21 horas, y que la actora trabajaba día por medio fijo, es decir, Lunes, Miércoles, Viernes y Domingo y a la otra semana trabajaba Martes, Jueves y Sábado, en forma alternada” y la misma testigo indica que “los fines de semana se pedían refuerzos y el día sábado era el día que más se trabajaba y que la actora a veces iba los sábados también y que había tiempo en que la dotación completa no estaba y había que suplir los turnos” y, corrobora esta jornada laboral la testigo Georgina Zúñiga Cabello



quien declara que las masajistas “llegaban a las 10 y trabajaban hasta las 21 horas; que debían estar listas a las 10 horas con el uniforme y aceites; que trabajaban día por medio y por turnos y si faltaba alguna o había mucha demanda, también las llamaban y que los fines de semana había mucho trabajo y, finalmente señala que tenía una hora de colación”. Que si bien no existía un sistema de control de asistencia para la actora y el resto de las masajistas, está acreditado que la demandante tenía que presentarse lista y con uniforme puesto y aceites para masajes en la recepción a la apertura de la agenda para comenzar a atender a los clientes según la agenda o asignación que hacía la administración, rutina que se repetía todos los días y respecto de todas las masajista, y que en los hechos importaba un control funcional de la actora por parte de la recepcionista, quien asignaba al cliente con la masajista según la agenda, sin otro factor que analizar ya que las masajistas no manejaban la información de los clientes ni estaban autorizadas para generar ellas mismas su propia agenda. Que así lo reconoce la testigo Sandra Naranjo quien declara que “tenían que llegar temprano, se cambiaban la ropa y se reportaban en recepción. Se les asignaba una cabina y a medida que llegaba un cliente, se le avisaba para que fuera a buscar al cliente a recepción. Cada cliente pagaba el servicio en la recepción y se le entregaba un vale a la masajista que los iba juntando y luego se los entregaba a la recepcionista quien los ingresaba a una planilla y llevaba el control”. Que, además, resulta probada la jornada de trabajo hasta las 21:00 horas por cuanto la misma testigo y supervisora de la demandada reconoce que “Wendy Pamela Barba tenía un horario designado para dar los masajes entre las 10:00 horas y las 21:00 horas; que se hace la apertura de la agenda de las masajistas de acuerdo a la disponibilidad y si no tenía masaje agendado igualmente se quedaba esperando algún masaje y otras se quedan hasta el final del día.” Que así las cosas, es inconcuso que la masajista era controlada en el cumplimiento de la jornada laboral ya que tenía obligación de asistencia y, debía estar a disposición del empleador durante toda la jornada, aun cuando no tuviese clientes agendados para ser atendidos y, debían permanecer en el puesto de trabajo hasta el cierre del Centro a las 21:00 horas. Que esta disponibilidad de masajistas demuestra la subordinación a la que se encontraban sometidas y de paso explica la promesa de servicio continuo que el Centro hace a su clientela, esto es, que siempre podrá ser atendido, aun sin hora agendada, con la única condición que acuda dentro del horario de funcionamiento del Spa y ello también explica que la actora fuera requerida para asistir el Spa incluso fuera de los días que le asignaba el turno, ya que debía cubrir turnos que no cumplían sus compañeras por inasistencia o retraso y, tenía que apoyar los turnos en días o épocas de mayor demanda, trabajando incluso en días de descanso laboral. Así lo señala la testigo Blanca Vidal quien afirma que “los fines de semana se pedían refuerzos ya que habían entre 12 a 14 cabinas habilitadas y el día sábado era el día que más se



trabajaba y a veces la actora iba el sábado y agrega que había tiempo en que la dotación completa no estaba y había que suplir los turnos”. Este modelo de atención lo explica muy bien la testigo Blanca Vidal cuando señala que “los horarios de trabajo eran fijos y la masajista tenía que permanecer en el Spa durante todo el horario o turno ya que tenían que tener una masajista disponible si aparecía un cliente”. Que otro aspecto funcional que demuestra la supervisión del empleador sobre las masajistas y, en especial la subordinación y dependencia con que prestaban sus servicios personales lo constituye la existencia de al menos cuatro supervisoras, sin perjuicio del control que podía ejercer la gerencia del Centro y/o los dueños. En efecto, la testigo Blanca Vidal, quien trabajó como supervisora en el Spa, señala que como “supervisora, fiscalizaba, capacitaba y chequeaba que se abriera la agenda, los horarios de entrada y salida de las masajistas, que tuvieran los uniformes y, además asignaba las colaciones”. La misma testigo afirma que las masajistas tenían que ser capacitadas en el tipo de masajes que ofrecía el Centro a su clientela y que había cuatro supervisoras por turno, y que los reclamos los recibía la supervisora del turno y, luego contrainterrogada por la parte demandada, la testigo afirma que, por lo que le decía el cliente, sabía si la masajista hizo un buen trabajo, que a veces dejaban reclamos y también felicitaciones y que cuando llegaba tarde la masajista, ella tenía que hablar con el cliente para dar las excusas y concluye afirmando que aplicaba amonestaciones no escritas a las masajistas. Por otro lado, la testigo Georgina Zúñiga Cabello, quien en un principio fue masajista en el Spa, afirma que las supervisoras hacían cumplir las reglas impuestas, coordinaban todo, que llegaran a la hora y si cometían un error, las castigaban y no las dejaban ir por una semana. Que, además constituye elementos distintivos del control que se ejercía sobre las masajistas, a parte del sistema de turnos y las reasignaciones recién aludidas, la obligación de usar un uniforme. En efecto, la testigo Sandra Naranjo explica que las masajistas tenían que llegar temprano, se cambiaban la ropa y se reportaban en recepción, y luego agrega que “podían usar el uniforme que quisieran y, que tenían un uniforme que se lo facilitaba el Centro, si no lo tenían”, de lo que se colige que el uso de uniforme era obligatorio, sin embargo no resulta creíble los dichos de la testigo en orden a que las masajistas tuvieran la libertad de usar el uniforme que les diera la gana, sino que al revés, estaban obligadas a usar el uniforme impuesto o facilitado por la administración del Centro y, ello se demuestra prístinamente con las fotografías acompañadas de la actora y sus compañeras de trabajo, en las cuales “todas” visten el mismo uniforme. Finalmente, conviene tener presente que toda la infraestructura y los elementos de trabajo, salvo el aceite, era proporcionado por el Centro, así lo declara la testigo Sandra Naranjo, quien refiere que “los elementos que usaban como la cabina, la camilla, el reloj, lavamanos, sabanillas, cojines, papeles son del Spa; que todo el



MJGMRSQZYQ

inmobiliario era del Spa y el aceite para el masaje lo proporcionaba el Spa y se pagaba a medias con la masajista, lo que demuestra una vez más que el Centro se comportaba como empleador y la masajista hacía uso de los implementos proporcionados por el empleador para llevar a cabo los masajes, que en definitiva, es el trabajo convenido y que forma parte del rubro que el Centro emprende.

OCTAVO: Que, es un hecho inconcuso que, durante todo el tiempo que la demandante prestó servicios personales para la demandada, efectivamente recibió una contraprestación en dinero, que correspondía a un porcentaje del valor de los masajes que realizaba. Que según los dichos de la testigo Sandra Naranjo, para poder acceder al pago de esta prestación, la actora y, en general todas las masajistas, debían llevar un conteo de los masajes aplicados, lo que era comparado con igual conteo que llevaba la supervisora, ya que se generaba una planilla excell para cada una de las “chicas” donde se iba ingresando los masajes y al fin de mes se imprimía la planilla y era entregada a las masajistas para su revisión y si estaban de acuerdo, la planilla se mandaba a contabilidad y se generaba el pago. Que además se exigía la emisión de una o dos boletas de honorarios. En efecto, la testigo Blanca Vidal se refiere a ello señalando que “las boletas se hacían una vez al mes por “Servicios de masoterapia” pero con la administración de la sra. Pía Díaz de octubre de 2018, tenían que hacerse un detalle completo de los trabajos realizados en el mes y si no estaban los detalles, no se les pagaba. También tenían que hacer dos boletas cuando pedían anticipo”. Que toda prestación de servicios personales, cualquiera sea su origen, tiene como contrapartida una remuneración habitualmente de carácter mensual, que en la especie la demandante efectivamente percibía del Centro Mund, siempre contra la entrega de una boleta de honorarios y de esta regularidad en la forma y época del pago se infiere otro aspecto fundamental de la relación laboral habida entre las partes. Que este pago corresponde a la contraprestación de los servicios materiales y personales prestados por la trabajadora, en el marco del giro que desarrolla la empresa y, no se trata de una mera relación civil o de arrendamiento de cubículo o cabina, puesto que el control y captura de la clientela es ejercida exclusivamente por la empresa, sin que la masajista tenga alguna injerencia en la captura, agendamiento o elección del cliente. Todo el sistema está dirigido y controlado por la administración, incluso el servicio se debe pagar en forma anticipada a la recepcionista y de esta manera, la empresa es la única que regula la forma en que se atiende y se satisfacen las necesidades de su exclusiva y exigente clientela.

NOVENO: Que la demandada alega que jamás ha existido una relación laboral con la actora; que únicamente existió una relación civil a través de un contrato de honorarios y que jamás ha impartido instrucciones a la actora, careciendo del poder de mando sobre ella y afirmando que la actora era libre



de asistir al Centro y atender o no al cliente, de retirarse cuando quisiera, sin que existiera ninguna imposición de la demandada.

DECIMO: Que, analizados los elementos de prueba aportados por las partes, conforme las reglas de la sana crítica es posible concluir que la actora, en su calidad de masoterapeuta o masajista prestaba sus servicios personales para la demandada, el Spa Mund, bajo subordinación de dependencia y en las condiciones impuestas por el empleador, quien dentro del rubro que explota, requiere de profesionales expertas en la aplicación de masajes de toda clase, a fin de ofrecer dicho servicio muy cotizado a su fiel y exclusiva clientela, siendo el masaje una de las prestaciones más requeridas por los clientes y uno de los componentes más atractivos del negocio. Se advierte en las fotografías acompañadas por la demandante que la mayor parte del personal viste un uniforme azul que identifica a las masajistas, cuenta con una recepción y toda un sistema de agendamiento y malla de turno precisamente para organizar a las masajistas que se convierten un uno de los principales insumos del giro, sin descuidar ningún detalle. Es por ello que la demandada cuenta con supervisoras por turno que se preocupan de todo funcione, para dar una placentera experiencia a los clientes que acuden al Centro para recibir un masaje; deben contar con masajistas durante todo el tiempo que el Centro permanece abierto al público para responder eficientemente a las demandas de su clientela cautiva. Que esta organización bien aceitada no podría funcionar si las masajistas, que son una de las piezas estrellas de este engranaje, tuviesen la libertad de atender o no a un cliente como lo afirma la demandada; si pudieran faltar al servicio o atrasarse en la hora de inicio del masaje, sin que no existiera ninguna consecuencia como trata de hacer creer la demandada; si pudieran las masajistas prestar el servicio vestidas en la forma cómo más le parezca, mal presentadas e incluso con un uniforme de otra empresa o de cualquier color o diseño y, en fin, aplicando el masaje sin atender a las técnicas y tiempos ofrecidos por el Centro. Este proceder no estaba permitido y tanto se cuidaba la forma de aplicar el masaje al cliente, que las mismas supervisoras solicitaban a las masajistas que les hicieran un masaje para comprobar cómo hacían el trabajo. Que revisada la prueba rendida y teniendo en especial atención que el masaje es uno de los principales servicios ofrecidos por la demandada dentro del giro del negocio, resulta impensado que el insumo máspreciado, las masajistas, puedan estar liberadas de toda supervisión y control, que se desempeñen libremente sin responder de sus inasistencias o retrasos y que nadie les llame la atención o amoneste por estas inconductas o, en fin, que puedan retirarse del Centro en el momento en que se les plazca, y por el contrario, toda apunta a que la existencia de supervisores, de recepcionistas, de una malla de turnos, de agendamiento y sistema de pago de los servicios está estructurado para supervigilar y controlar la asistencia y



la forma de trabajo de las masajistas que supera una mera relación comercial o civil, y que tiene todas las características de una relación laboral.

Que las alegaciones de la parte demandada en orden a que en la especie la actora no prestaba servicios exclusivos y, ello lo demostraría el hecho que las boletas extendidas a la demandada no eran consecutivas, será desechado ya que la exclusividad no es un requisito de la esencia de la relación laboral, sino que es un elemento de la naturaleza del contrato y, bien podría la actora haber prestado servicios en otro centro en sus días de descanso, sin que ello altere las condiciones de la relación laboral habida entre las partes.

UNDECIMO: Que habiendo llegado a la conclusión que existió una relación laboral y, tratándose de un contrato consensual y de acuerdo al artículo 8° del Código del Trabajo, “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior (7°), hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”, lo que unido a la presunción establecida en el artículo 9° del Código del Ramo, se presumirá que las estipulaciones del contrato son aquellas que declare el trabajador. Que entonces, se tendrá por establecido que la relación laboral de carácter indefinida principió el 17 de abril de 2014; que la demandante se desempeñaba como masoterapeuta o masajista en el Centro de Salud Gunter Mund y Cia Limitada conforme a una jornada laboral y que percibía una remuneración mensual, siendo el promedio de los tres últimos meses enteramente trabajados (diciembre de 2018, enero y febrero de 2019) la de \$675.419.-, suma que se considerará para los efectos establecidos en el artículo 172 del Código del Trabajo.

DUODECIMO: Que la segunda cuestión a dilucidar es si la actora se encuentra amparada por el fuero maternal y al respecto la demandante acompañó el certificado de nacimiento de su hija Jade Marianne Guzmán Barba, nacida el 12 de abril de 2019, a las 13:53 horas, siendo el nombre del padre Henry Guzmán Solano y de la madre Wendy Pamela Barba Montaña.

DECIMO TERCERO: Que al artículo 194 del Código del Trabajo, que establece la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, señala que estas disposiciones beneficiarán a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, comprendidos aquellos que trabajan en su domicilio y, en general, a todos los que estén acogidos a algún sistema previsional. Enseguida, **el artículo 195 dispone que las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él e indica que los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas. Agrega luego que no obstante cualquier estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos períodos, incluido el período establecido en el artículo 197 bis.**



Más tarde el artículo 201 señala que durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo se hubiere dispuesto el término del contrato, en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

DECIMO CUARTO: Que con el mérito del certificado de nacimiento indicado en el motivo 12°, es posible concluir hacia atrás que la fecha de la concepción se produce en el mes de julio de 2018, época en que la demandante desempeñaba funciones de masoterapeuta para la demandada, lo que se acredita con la declaración de Blanca Vidal quien refiere que luego de una licencia médica regresó a trabajar al Centro el 20 de septiembre de 2018 y supo que Pamela estaba embarazada y, con las boletas de honorario, con las cuales se pagaron los servicios prestados por la demandante para el empleador entre julio de 2018 y hasta los primeros 7 días de marzo de 2019, cuando dejó de concurrir a las dependencias de la empleadora debido al avanzado estado de embarazo. Que así las cosas, está acreditado que el fuero maternal comenzó a regir en julio de 2018 y que, habiéndose producido el nacimiento de la hija de la trabajadora el 12 de abril de 2019, el descanso post natal de doce semanas terminó el 12 de julio de 2019, y conforme el artículo 201 del código del ramo, hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. Que de este modo, el fuero maternal de la actora duró hasta el 12 de julio de 2020, período en el cual la trabajadora no pudo ni debió ser separada de su fuente laboral, sin obtener antes, el empleador la autorización a que se refiere el artículo 174 del Código del Trabajo y, siempre que concurrieren las causales legales establecidas en la misma norma.

DECIMO QUINTO: Que el artículo 201 ya aludido indica imperativa y categóricamente que si se hubiere dispuesto el término del contrato, en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo.



Que habiéndose determinado que entre las partes existió una relación laboral de carácter indefinida, correspondía a la demandada justificar que dio íntegro cumplimiento al artículo 174, cuestión que no ha cumplido de modo alguno. Que por otro lado, la actora acreditó, mediante la declaración de Blanca Vidal Lomboy y Eliana Marcela Giraldo Ramírez que luego que naciera su hija llamó varias veces al Spa para reincorporarse al trabajo, sin éxito, y que ello también es confirmado por la supervisora Sandra Naranjo quien reconoce que Pamela llamó para reintegrarse y que no la podían recibir sólo unos días a la semana y en un horario muy acotado, como ella proponía. Que la trabajadora tampoco logró la reincorporación mediante la denuncia efectuada a la Inspección del Trabajo el 30 de julio de 2019 y cuya fiscalización de 27 de agosto de 2019 terminó sin ordenar la reincorporación ni aplicó multa a la demandada.

DECIMO SEXTO: Que en estas condiciones, resulta probado que la trabajadora se encontraba amparada por el fuero maternal desde la época de la concepción y hasta un año contado desde el término del descanso post natal, esto es, hasta el 12 de julio de 2020, motivo por el cual, en concordancia con el artículo 201, cualquier forma por la cual se hubiese puesto término al contrato, quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo. Que en base a lo señalado, el Tribunal entiende que la relación laboral habida entre las partes es de carácter indefinida y sigue vigente, ya que cualquier forma de término es inexistente, por lo que ordena que la trabajadora sea reincorporada al trabajo, dentro de décimo día de ejecutoriada la presente sentencia, sin perjuicio que se dispone que la demandada pague a la trabajadora las remuneraciones generadas por el fuero maternal, que se devengaron desde el marzo de 2019 hasta el 12 de julio de 2020, teniendo en cuenta una remuneración de \$675.419.- mensuales.

Que, en el evento que la reincorporación no sea posible, se entenderá que la relación laboral terminó por la causal del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, necesidades de la empresa, debiendo la demandada pagar a la trabajadora la indemnización por años de servicios y el feriado legal y proporcional que se haya devengado hasta esa fecha, teniendo en cuenta una remuneración de \$675.419.- mensuales.

DECIMO SEPTIMO: Que atendido lo resuelto precedentemente, en especial el efecto invalidatorio que produce el fuero maternal respecto del cese o término del contrato y de la relación laboral habida entre las partes, por cualquier motivo, se declara que, en la especie no ha podido mediar el cese de la relación laboral mediante despido verbal e indebido como lo alega la demandante, ni tampoco puede prosperar una tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales, con ocasión del despido, por los motivos ya aludidos, omitiendo el Tribunal pronunciamiento al respecto.



DECIMO OCTAVO: Que la demandante ha solicitado que el empleador entere las cotizaciones de seguridad social, de seguro de cesantía y de derecho a sala cuna por todo el período trabajado, esto es, desde el 17 de abril de 2014 y el 26 de agosto de 2019 y, que se le aplique la sanción establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo y se le condene al pago de las remuneraciones y demás prestaciones derivadas del despido nulo en razón de la suma de \$675.419.- mensuales, hasta la convalidación de conformidad a la ley. Que la demandada se opone ya que en su concepto no ha existido relación laboral alguna entre las partes.

Que habiéndose declarado la existencia de la relación laboral entre las partes y que la trabajadora tuvo una hija nacida el 12 de abril de 2019, se acogerá la demanda en cuanto se ordena que la empleadora entere en los institutos previsionales, específicamente en la AFP Modelo y en la AFC, las cotizaciones de seguridad social y de seguro de cesantía que se devengaron desde el 17 de abril de 2014 y hasta el momento en que se ponga término a la relación laboral, la cual a la fecha de este fallo, como se ha dicho, se encuentra vigente, teniendo como base de cálculo una remuneración de \$675.419.- Asimismo, se ordena que la demandada reembolse a la trabajadora los gastos de sala cuna en que hubiese incurrido efectivamente desde el 12 de julio de 2019 y hasta el 26 de agosto de 2019, tal como lo pide la trabajadora. Que en cuanto a la sanción de nulidad prevista en el artículo 162 del Código del Trabajo deberá ser rechazada por cuanto, conforme a lo razonado en el motivo 17°, prima el efecto protector del fuero maternal y, en los hechos no ha podido apercibir despido alguno.

DECIMO NOVENO: Que la demandante solicita el pago de las vacaciones de los últimos dos años trabajados por la suma de \$1.350.838.- Que la demandada estima improcedente el pago de dicha prestación por cuanto niega la existencia de la relación laboral.

Que habiéndose acreditado la existencia de la relación laboral entre las partes, correspondía a la parte demandada acreditar que otorgó el descanso remunerado a la trabajadora o que lo compensó, cuestión que no ha acreditado de modo alguno, por lo que se acogerá la demanda por este concepto en el monto y por los períodos que se expresarán en lo resolutivo del fallo.

VIGESIMO: Que la demandante ha presentado demanda por el daño moral por el monto de \$20.000.000.- debido a los perjuicios y daños que sufrió por las situaciones ocurridas durante la relación laboral y el fundamento legal lo encuentra en el artículo 495 N° 3 del Código del Trabajo. Que la demandada estima improcedente la indemnización de un daño moral, ya que sin perjuicio de derivar de una responsabilidad contractual o extracontractual que en el caso de marras no concurre, estima que la actora no explica cómo se reúnen los requisitos a fin de hacer procedentes los valores demandados.



Que el Tribunal para resolver tendrá presente, que a diferencia de lo que ocurre con la tutela laboral en que existe un alivio probatorio para el trabajador que impetra la acción, debiendo limitarse a justificar indicios de la vulneración, en el caso en que requiera la indemnización de perjuicios como una acción autónoma de la tutela, recae en la demandante probar que la demandada incurrió en alguna la acción u omisión que le haya causado un perjuicio, el vínculo de causalidad entre ambas y que la demandada actuó con dolo o culpa. Que en la especie, la demandante se limita a señalar que “las acciones de que fui objeto durante la vigencia de la relación laboral justifican una acción indemnizatoria por el daño moral”, sin haberse dado el trabajo de explicar cuáles son aquellas “acciones” dañinas que fundan su petición, ni tampoco la forma como aquellas impactaron negativamente a la trabajadora, ni menos ha indicado qué aspectos comprensivos del daño moral fueron efectivamente afectados por estas “acciones” hasta ahora indeterminadas y finalmente tampoco se refirió al necesario vínculo o nexo causal y al dolo o culpa que convierta a la demandada en responsable de indemnizar. Que el Tribunal entiende que la demandante enunció los derechos y los actos u omisiones en que fundaba la acción de tutela de derechos fundamentales con ocasión del despido, sin embargo, al basarse la demanda de indemnización de perjuicio en una acción totalmente independiente y distinta de la tutela, la actora ya no estaba favorecida con la prueba aliviada del artículo 493 del Código del Trabajo y, le correspondía la carga procesal de fundamentar fáctica y jurídicamente la acción de indemnización de perjuicios y su prueba. Que, como se advierte del libelo pretensor, los hechos no ha sido explicitados, ni siquiera mediante algún mecanismo de reenvío, ni tampoco explica como las supuestas acciones han causado el daño reclamado por lo que esta deficiencia, obliga al Tribunal a rechazar dicha demanda, sin siquiera emitir pronunciamiento respecto de su procedencia en materia laboral, como lo alegaba la demandada.

VIGESIMO PRIMERO: Que las pruebas rendidas han sido analizadas conforme a las reglas de la sana crítica y la no ponderada expresamente en nada altera las conclusiones referidas precedentemente.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 162, 168, 174, 194 y siguientes, 420 y siguientes, 453, 454, 485, 486, 489, 490, 491, 493 y 495 del Código del Trabajo, se resuelve:

I.- Que se acoge la demanda de reconocimiento de relación laboral interpuesta por la demandante WENDY PAMELA BARBA MONTAÑO, C.I. 22.861.016-k deducida en contra del CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, RUT 85.600.400-7 y se declara que entre las partes existe una relación laboral que se inició el 17 de abril de 2014 y que hasta la fecha se encuentra vigente.



II.- Que se declara que la demandante WENDY PAMELA BARBA MONTAÑO, C.I. 22.861.016-k se encuentra amparada por el fuero maternal y, en consecuencia se ordena que la trabajadora sea reincorporada al trabajo por parte de la demandada CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, RUT 85.600.400-7, dentro de décimo día de ejecutoriada la presente sentencia, sin perjuicio que se dispone que la demandada CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, RUT 85.600.400-7, además pague a la trabajadora WENDY PAMELA BARBA MONTAÑO, C.I. 22.861.016-k las remuneraciones generadas por el fuero maternal, que se devengaron desde el marzo de 2019 hasta el 12 de julio de 2020, teniendo en cuenta una remuneración de \$675.419.- mensuales.

III.- Que, en el evento que la reincorporación no sea posible, se entenderá que la relación laboral terminó por la causal del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, necesidades de la empresa, debiendo la demandada CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, RUT 85.600.400-7 pagar a la trabajadora WENDY PAMELA BARBA MONTAÑO, C.I. 22.861.016-k la indemnización por años de servicios y el feriado legal y proporcional que se haya devengado hasta esa fecha, teniendo en cuenta una remuneración de \$675.419.- mensuales.

IV.-Que se rechaza, en todo lo demás, las demandas interpuestas en lo principal y en forma subsidiaria.

V.- Que, sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, la demandada CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, RUT 85.600.400-7 deberá enterar en los institutos previsionales, específicamente en la AFP Modelo y en la AFC Chile, las cotizaciones de seguridad social y de seguro de cesantía que se devengaron desde el 17 de abril de 2014 y hasta que la relación laboral se termine por alguna de las causales legales, a favor de la trabajadora demandante WENDY PAMELA BARBA MONTAÑO, C.I. 22.861.016-k, teniendo como base de cálculo una remuneración de \$675.419.- oficiando al efecto a los respectivos institutos previsionales para que inicien su cobro.

VI.- Que igualmente, se ordena que la demandada CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, RUT 85.600.400-7 reembolse a la trabajadora WENDY PAMELA BARBA MONTAÑO, C.I. 22.861.016-k los gastos de sala cuna en que hubiese incurrido efectivamente desde el 12 de julio de 2019 y hasta el 26 de agosto de 2019.

VII.- Que se ordena que la demandada CENTRO DE SALUD GUNTER MUND Y CIA LIMITADA, RUT 85.600.400-7 pague a la trabajadora WENDY PAMELA BARBA MONTAÑO, C.I. 22.861.016-k las vacaciones legales del 14 de abril de 2017 al 13 de abril de 2018 y del 14 de abril de 2018 al 13 de abril de 2019, total de 42 días por la suma de \$945.546.-



VIII.- Que las sumas ordenadas pagar mediante la presente resolución deberán ser canceladas con los reajustes e intereses que establecen los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo, según corresponda.

IX.- Cada parte pagará sus costas.

Ejecutoriada la presente sentencia, cúmplase lo dispuesto en el artículo 462 del Código del Trabajo.

Regístrese y notifíquese.

Archívese en su oportunidad.

RIT: T -1724- 2019

RUC: 19-4-0224205-4

Dictada por doña Maritza Vásquez Díaz, Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.



MJGMRSQZYQ

A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>