

Santiago, cinco de octubre de dos mil veinte.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Acción. Comparece don MANUEL DOMINGO LUNA ABARZA, en representación, de MARCELA ANGÉLICA DE LOURDES CARVAJAL JORQUERA, cédula de identidad N° 9.030.557-3, domiciliada en Pasaje Palena N° 5644, Comuna de Conchalí; de doña JACQUELINE BARSBY SANDOVAL, cédula de identidad N° 10.107.618-0 domiciliada en Pasaje Rio Urubamba N° 1240, Comuna de Conchalí; doña DEYANIRA ARLETTE ULLOA MEDINA, cédula de identidad N° 19.162.110-7 domiciliada en Batalla de Sangra N° 1535, Villa Miraflores, Comuna de Renca; de doña MARISOL DEL CARMEN FLORES LABRAÑA, cédula de identidad N° 11.049.264-2, domiciliada en Amberes N° 1638, Comuna de Conchalí; y de doña SARA GRICELDA PONCE LOVERA, cédula de identidad N° 9.797.620-1 domiciliada en Batalla de Sangra N° 1535, Villa Miraflores, comuna de Renca, y se interpone denuncia en procedimiento de ordinario por acto discriminatorio por sindicación con ocasión del despido, Indemnizaciones y cobro de prestaciones en contra de EXPLOTADORA DE HOTELES NORTE S. A., Rut N° 76.924.220-1, del giro de su denominación, con domicilio en Avenida Américo Vespucio N° 1996, Comuna de Conchalí, representada por doña GEORGIA IBARRA ARRIAGADA, cédula nacional de identidad N° 14.126.412-5, ignora profesión u oficio, con igual domicilio que su representada.

SEGUNDO. Fundamentos. Respecto de las demandantes indican lo siguiente:

a.-MARCELA ANGELICA DE LOURDES CARVAJAL CONTRERAS: Ingresó a prestar servicios para la denunciada, con fecha 15 de febrero de 2012, cumpliendo funciones de Camarera, labores que ejerció hasta el día 29 de abril de 2019. Su jornada de trabajo era de 45 horas semanales, estaba distribuida de lunes a domingo, con un día de descanso a la semana, dentro de los cuales estaba comprendido los domingos, distribuido en tres tipos de turnos, siendo el Turno I de 07:00 a 16:00 hora. el Turnos II de 13:00 hora a 22:00 hora y el turno III de 22:00 hora a 07:00 horas. Su remuneración ascendía a la suma de \$ 626.662.- Se encuentra pensionada por el IPS (Ex SSS) desde 22 de febrero de 2018 y cotiza para salud en Fonasa.

b.-JACQUELINE BARSBY SANDOVAL: Ingresó a prestar servicios para la denunciada, con fecha 1 de abril de 2017, a cumplir funciones de Cocinera, hasta la fecha de su despido el día 29 de abril de 2019. Su jornada de trabajo estaba distribuida de lunes a viernes desde las 08:00 hasta las 17:30 horas. Su remuneración ascendía a la suma de \$ 616.766.- Se encuentra afiliado a Administradora de Fondos de Pensiones Capital y al Fondo Nacional de Salud.



GLTRRXHBPJ

c.- DEYANIRA ARLETTE ULLOA MEDINA. Ingresó a prestar servicios a la denunciada el 2 de noviembre de 2017, cumpliendo funciones de Camarera, desempeñándose hasta el día 30 de abril de 2019. Su jornada de trabajo era de 30 horas semanales, estaba distribuida de lunes a domingo, con un día de descanso a la semana, dentro de los cuales estaba comprendido necesariamente dos domingos, distribuido en cuatro tipos de turnos, siendo el Turno I de 22:00 a 07:00 hora. el Turno II de 07:00 hora. a 16:00 hora; el turno III de 13:00 hora a 22:00 horas y el Turno IV de 10:00 a 19:00 hora. Su remuneración a la suma de \$ 373.431.- Se encuentra afiliada a AFP Modelo, cotiza para salud en Fonasa.

d.- MARISOL DEL CARMEN FLORES LABRAÑA. Ingresó a prestar servicios a la denunciada el 28 de diciembre de 2009, cumpliendo funciones de Camarera, desempeñándose hasta el día 29 de abril de 2019. Su jornada de trabajo era de 45 horas semanales, estaba distribuida de lunes a domingo, con un día de descanso a la semana, dentro de los cuales estaba comprendido necesariamente dos domingos, distribuido en tres tipos de turnos rotativos, siendo el de mañana de 07:00 a 16:00 hora., el de tarde de 13:00 hora a 22:00 hora y el de noche de 22:00 hora a 07:00 horas. Su remuneración ascendía a la suma de \$ 626.662.- Está afiliada a AFP Modelo y cotiza para salud en Fonasa.

e.- SARA GRICELDA PONCE LOVERA. Ingresó a prestar servicios a la denunciada el 09 de junio de 2011, cumpliendo funciones de Camarera, desempeñándose hasta el día 29 de abril de 2019. Su jornada de trabajo era de 30 horas semanales, estaba distribuida de lunes a domingo, con un día de descanso a la semana, dentro de los cuales estaba comprendido necesariamente dos domingos, distribuido en tres tipos de turnos rotativos, siendo el Turno I de 07:00 a 16:00 hora. el Turno II de 13:00 hora a 22:00 hora y el turno III de 22:00 hora a 07:00 horas. Su remuneración ascendía a la suma de \$ 630.148.- Está afiliada a AFP Planvital y cotiza para salud en Fonasa.

Antecedentes del término de la relación laboral como discriminación por sindicación: Señalan que la organización sindical, denominada Sindicato de Empresa N° 1 de Trabajadores Cozumel Vespucio, fue fundada con fecha 12 de noviembre de 2018, ante ministro de fe, cumpliéndose, al efecto, con toda la normativa que, a la fecha de su constitución, regía en nuestro país, para la constitución de sindicatos Interempresa. En dicha organización se encontraban afiliadas todas las trabajadoras denunciadas, al momento de su despido.

Apenas se constituyó el sindicato, el sindicato efectuó denuncia por las pésimas condiciones en que se encontraba la cocina del motel, pues ya habían existido episodios de accidentes laborales, que solo se habían tratado llevando a lesionadas a centros de urgencia, sin denunciar a entidad que administrara el seguro de accidentes laborales. A raíz de tal denuncia, se efectuó fiscalización el día 10 de diciembre, por parte de fiscalizadores de la Inspección del trabajo. El día 8 de enero de



GLTRRXHBPJ

2019, se dio inicio al proceso de negociación efectiva reglada y el 20 de febrero del mismo año se suscribió contrato colectivo de trabajo, actualmente vigente.

En el desarrollo del proceso de negociación colectiva se expresó en el petitorio, las fallas existentes en las condiciones de seguridad en que se desarrollaban varias de las funciones del motel, y tensó la relación con las Jefas de turno y demás personal administrativo, pues varias de las peticiones afectaban la calidad de la gestión propia de la empresa y, por ende, los propietarios pudieron advertir que la imagen de que todo estaba en orden estaba lejos de ser una realidad.

Luego de firmado el proyecto, la empresa procedió a pagar solo al grupo de trabajadores afectos, no el último día hábil del mes, sino el día 5 del mes siguiente, causando una diferencia palpable y odiosa con las demás trabajadoras.

Atendida la extensión del fuero de la negociación colectiva, todas las trabajadoras estaban protegidas hasta fines de marzo de 2019.

Ya en abril de 2019 se sucedieron diversas acciones de hostigamiento, en particular para la Presidenta del Sindicato. El primero fue una injuria proferida por una Jefa de turno, en contra de la Presidente del sindicato, que motivó la presentación de reclamo al gerente de la empresa.

El 18 de abril aparece escrito en la pizarra en que se anotan los productos faltantes, dos palabras “educación” y “vergüenza” que eran expresión de descalificaciones hacia el personal que labora como camareras.

El 24 de abril se debió presentar cartas de reclamo, también por el sindicato, por el no pago de bono por trabajo nocturno a dos personas socias del sindicato.

En abril también se presentaron dos renunciaciones de socias, quien anónimamente, indicaron que lo hacían por presión de la empresa.

Así, en todo el período entre la constitución del sindicato y los despidos múltiples, se generaron discusiones entre las jefaturas y los integrantes del sindicato y se incurre por parte de doña Georgia Ibarra de acusaciones de indisciplina laboral, en cuanto a ausencias supuestamente deliberadas de trabajadoras en sus turnos, creándose el ambiente de “amigos” y “enemigos” como equivalente a sindicalizados y no sindicalizados.

En ese marco, se inició también un proceso de despido de trabajadores, desde don Giovanni Grez Barsby, hijo de una de las demandantes, siguiendo con otra trabajadora, para luego en un claro ambiente de hostilidad, el día 29 de abril, terminando su turno laboral, se despide a dos socias del sindicato doña Marcela Carvajal y doña Marisol Flores, enseguida, en la tarde del mismo



día 29 despiden a doña Sara Ponce y a doña Jacqueline Barsby y al día siguiente el 30 de abril, es despedida Deyanira Ulloa, para que luego, despedir a doña Mónica Núñez a quien despiden antes que ingrese al Hotel, siendo informada en portería verbalmente de su despido, sin que siquiera pudiera retirar sus efectos personales, todas ellas miembros del único sindicato de la empresa.

Que, en la situación particular de los despidos del día 29 y 30 de abril, la empresa informa verbalmente a las trabajadoras e instruye la separación inmediata de las labores a cada una de ellas del modo ya señalado, siendo un despido en que no se informa a cada trabajador, de los hechos en que se sustenta, indicando que se enviará aviso a su domicilio.

El aviso mismo, solo agrega necesidades fundada en la racionalización del personal.

Ante el ministro de fe ante quien se firman los finiquitos el día 8 de mayo, en que se sustenta como causal las necesidades de la empresa, agregando la racionalización de los puestos de trabajo, por la mala situación económica que atravesaría la empresa, pero sin dar dato objetivo que sustente tales hechos.

Y luego, al interponer el reclamo en la Inspección del Trabajo, N° 1318/2019/10787, que en la audiencia del día 6 de junio de 2019, la representante de la empresa, Jefa de Recursos Humanos, doña María Inés Painen Melín, indica que la racionalización en que se fundan los despidos es la mala situación económica de la empresa, pues se había despedido a un par de personas que no eran trabajadores afiliados al sindicato.

Por ello, las trabajadoras que represento manifestaron y dejaron reserva de su derecho a demandar por vulneración de derechos fundamentales, despido injustificado, indebido o improcedentes, cobro de prestaciones y en general las acciones que procedan, haciendo posible el ejercicio de la presente demanda.

Acto de discriminación por sindicalización. De los hechos relatados, se debe ahora precisar la forma en que con ocasión de aquel despido masivo de las trabajadoras los días 29 y 30 de abril pasado, todas socias del sindicato, se ha producido un acto discriminatorio por el hecho de su sindicación.

En este sentido se debe indicar lo previsto en el inciso tercero en que se establece el derecho fundamental, reconocido en doctrina como Garantía de indemnidad. Cita doctrina. El despido masivo denunciado de las trabajadoras sindicalizadas se realiza luego de las acciones judiciales y administrativas emprendidas por el Sindicato de empresa al que pertenecían todas las trabajadoras.



Dicho entidad sindical llevó adelante en un proceso de negociación colectiva que trajo enormes cambios y avances en sus ingresos, su espacio de trabajo, su seguridad, y las condiciones de desempeño de sus labores dentro de los servicios prestados por el motel, luego por reclamar contra la no aplicación de beneficios obtenidos, la presentación de denuncias por acoso a la presidenta del Sindicato, como por el cambio en el trato mismo entre el personal y sus jefaturas internas, todo como consecuencia del mismo hecho, las denuncias y acciones emprendidas por el sindicato en su vigencia en la empresa.

Ya se había realizado también la fiscalización en las condiciones propias en que se desarrollaba la labor en la cocina, con fiscalización directa de la inspección del trabajo, y en el proceso de negociación, se expresaron las condiciones riesgosas en que desplegaban sus labores dentro del ejercicio de sus funciones.

Así las cosas y conforme al relato de los hechos, es evidente y manifiesto que el empleador se ha resguardado de no dejar prueba directa de su acto de discriminación, encubriéndolo en un despido por necesidades de la empresa, pero sin que exista vinculación de esta decisión con la realidad de la empresa.

Pero la empresa denunciada si ha dejado indicios de tal discriminación, constituido por el cúmulo de actos de hostilidad, el cambio en la fecha en que se pagaban las remuneraciones, los insultos a la Presidenta del sindicato, y las demás expuestas, conforman una clara huella de la motivación verdadera de estas separaciones laborales con apariencia de legalidad.

Este acto discriminatorio, con ocasión del despido, está normadas en los artículos 2° , 485 y 489 del Código del Trabajo los que transcribe.

La discriminación hacia las trabajadoras sindicalizadas se produce por la vía de la exclusión, en cuanto la empresa decide arbitrariamente despedir a quienes conforman la organización respecto de la cual han ejercido presiones indebidas, como efecto de los cambios producidos en la empresa, disminuyendo significativamente el número de integrantes de dicha organización, elevando el grado de hostilidad sobre sus miembros, dando un paso mayor en la línea de hostigamiento ya descrita.

Por supuesto que, además, el despido masivo de las trabajadoras da una señal potente y nítida a las demás trabajadoras y trabajadores que permanecen trabajando en el Motel Cozumel, de que, si se integran al sindicato, van a terminar sin trabajo, aun consiguiendo negociar colectivamente con la empresa.

Presentación conjunta de la vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido y de prácticas antisindicales con ocasión del despido. Respecto a la presentación conjunta de tales



acciones legales, pido considerar lo señalado en el inciso 7° del artículo 489, que indica: “si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral y una de ellas fuese de tutela laboral de que trata este párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción de despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. En este caso no será aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 488. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia.”

Indicios suficientes. Como efecto de la dificultad probatoria que existe en los casos de discriminación y de vulneración de derechos fundamentales, se ha consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, un sistema de prueba indiciaria, contemplada en el artículo 493 del Código del ramo, por lo que, las trabajadoras denunciantes deberán acreditar indicios de que se ha producido una vulneración de sus derechos fundamentales, que en este caso está dada por la lesión a la Garantía de Indemnidad y a la Libertad Sindical.

Respecto de este artículo 493, el que transcribe señala que esta posición más favorable para la víctima de la violación de los derechos humanos desde la perspectiva de la carga de la prueba enjuicio permite, finalmente, que la garantía constitucional e internacional de protección del individuo frente a eventuales atentados contra sus derechos, sea una garantía efectiva y real y que no quede "en el plano de la mera declaración de buenas intenciones o de la simple retórica.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma antes transcrita exige, como requisito para que opere la alteración del onus probandi, que el denunciante le haga llegar al juez del trabajo antecedentes de los que se desprendan indicios suficientes de que se ha llevado a cabo una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. Cabe señalar que la suficiencia de dichos antecedentes será una cuestión que le corresponderá calificar al juez de la instancia, pero al menos deben presentar la capacidad de generar en el sentenciador la "sospecha razonable" de que en la especie se ha llevado a cabo una conducta atentatoria en contra de los derechos esenciales del trabajador. En definitiva, los indicios crean -ante el juez- una apariencia de lesión de los derechos fundamentales, o bien, levantan una sospecha o presunción razonable de lesión.

De acuerdo a lo señalado entonces, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 490 del Código del Trabajo, los hechos constitutivos de la discriminación alegada se resumen de la siguiente manera: El día 12 de noviembre de 2018, participan todas las denunciadas, en la constitución del Sindicato de Empresa N° 1 Cozumel Vespucio. Con fecha 10 de diciembre se realiza fiscalización por parte de la Inspección del Trabajo, respecto de las condiciones en que se desarrolla el trabajo dentro del motel, en particular área de cocina. El día 19 de marzo se formula denuncia a Inspección del Trabajo, por pago de sueldo fuera de plazo pactado, a todas las



trabajadoras sindicalizadas. El 11 de abril, se envía carta denuncia de injurias a la Presidenta del Sindicato, dirigida al gerente del Motel. El día 18 de abril, aparece en pizarra ubicada en espacio de trabajo, de responsabilidad de la jefatura, aviso que indica que falta “educación” y “vergüenza”. El 24 de abril se presenta reclamo a la empresa, por no pago bono de trabajo nocturno a trabajadoras sindicalizadas. Los días 29 y 30 de abril se producen los despidos masivos.

Indemnizaciones. A este respecto resulta aplicable lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 489 y 168 que transcribe. En consecuencia, en la presente denuncia presentada, atendido a que, al momento de suscribir finiquito con reserva, se recibió el pago de la indemnización por años de servicios y un mes por concepto de aviso previo,

Restitución del descuento efectuado al calcular el pago de la indemnización por años de servicios. La ley 19.728 estableció el seguro de cesantía y estableció en su artículo 13 , que en la situación de despido fundado en las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, autoriza al empleador a descontar del pago indemnizatorio la suma que dicha disposición señala, lo que para cada una de las denunciadas fue efectivamente descontado en el pago hecho ante Notario Público, pero este descuento resulta improcedente dado que aquí no se dan los supuesto legales, ya que la causal imputada de necesidades de la empresa es inexistente.

Solicitan en definitiva ordenar lo siguiente:

1° Declare que el despido de que fueron objeto las trabajadoras MARCELA CARVAJAL CONTRERAS, JACQUELINE BARSBY SANDOVAL, DEYANIRA ULLOA MEDINA, MARISOL FLORES LABRAÑA Y SARA PONCE LOVERA, constituyó un acto de discriminación por su afiliación al Sindicato N° 1 de Trabajadores Cozumel Vespucio de parte de la demandada.

2° Condene a la demandada al pago de un recargo del 30 % de la indemnización por años de servicios, aplicable de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 489 en relación con la letra a) del artículo 168, todos del Código del Trabajo, ascendentes a los montos que indican.

3° Condene a la demandada al pago de la indemnización especial fijada en el artículo 489 del Código del Trabajo, siendo ésta equivalente a once meses de la última remuneración mensual de cada trabajadora, ascendiendo en cada caso a las sumas que señalan.

4° A que todas las sumas ordenadas pagar a favor de sus representadas y en contra de la demandada, se les aplique los reajustes e intereses fijados en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

En subsidio demandan por despido injustificado y cobro de prestaciones laborales con el objeto que, conociendo de la presente demanda, se sirva declarar que el despido de que han sido



objeto las demandantes ya individualizadas, es injustificado, arbitrario y carente de motivo plausible, por cuanto no han existido razones plausibles que justifiquen el despido de que fueron objeto, para lo cual se da por expresamente reproducidos, por motivos de economía procesal, todos los hechos y el derecho ya expuesto en lo principal de esta presentación.

Sin perjuicio de lo anterior, con énfasis en los siguientes antecedentes, el despido de las cuatro camareras y una cocinera del Motel Cozumel, se ha justificado, de manera final, en la carta aviso enviada a cada una de las trabajadoras, cuyo tenor es el mismo, fechado el 29 de abril, la fundamentación anterior resulta inverosímil, pues no existió una baja considerable del nivel de ventas de servicios , diversa a las fluctuaciones mensuales ocurridas otros años, ni tampoco la racionalización que justificaría la disminución de puestos de trabajo, debía dirigirse únicamente a trabajadoras sindicalizadas, puesto que las 6 trabajadoras despedidas eran todas miembros del sindicato y a pocos días luego de la separación de funciones, se contrató personal de reemplazo en cada uno de las labores de las demandantes.

La verdad es que se les despidió por su afiliación sindical y participación activa en el sindicato para lograr mejoras en su situación laboral, en las condiciones en que se desempeñaban dentro del motel, en su seguridad y salud laboral.

No había transcurrido un mes completo desde el término del fuero post negociación colectiva, cuando se produce este despido masivo, afectando a quienes habían sido activas socias del sindicato y no al resto del personal no sindicalizado.

Será muy oportuno en el análisis de este punto, tener presente lo dispuesto en el artículo 454 N° 1 del Código del Trabajo, disposición que precisa: “ ... corresponderá en primer lugar al demandado la rendición de la prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del artículo 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido...” , pues el total de los trabajadores de motel Cozumel de A. Vespucio es cercano a las 50 personas.

Solicitan en definitiva declarar:

1° . -Que el despido de fueron objeto sus representadas, los días 29 y 30 de abril de 2019, es injustificado.

2° . - Condene al demandado al pago del recargo de un 30 % de la indemnización por años de servicios, de acuerdo respecto de cada demandante, de acuerdo a detalle que adjuntan.

3° Se condene a la restitución del descuento indebido, realizado al momento de la firma de finiquitos, por concepto saldo aporte seguro de cesantía, de acuerdo a los montos que indican.



4° . - Todo lo anterior, con la aplicación de reajustes e intereses según lo dispuesto en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo y con expresa condenación en costas a la demandada.

TERCERO. Contestación. Que comparece don Claudio Hernán Larraín Aldunate, por la demandada, quien contesta las demandas de autos, solicitando su rechazo, con costas.

Señala que es efectivo que las demandantes prestaron servicios para su representada desde las fechas que indican, realizando las labores que señalan, salvo en el caso de doña Jacqueline Barsby que era ayudante de cocina y no cocinera. Es efectivo que sus contratos terminaron los días que se indican en la demanda, esto es, el día 29 de abril de 2019, salvo el de doña Deyanira Ulloa que concluyó el día 30 del mismo mes y año. Todos los demás hechos que se expresan en la demanda no son efectivos y se niegan expresamente. La última remuneración mensual de cada una de las demandantes fueron las que en detalle señala.

Tutela. Las demandantes en un confuso texto plantean una demanda de tutela, alegando que con ocasión de sus respectivos despidos se ejerció por su representada una determinada discriminación, basada en que ellas formaban parte del sindicato. Tan confusa es la demanda que, según reza la suma de la misma, se denuncia un acto de discriminación por sindicación con ocasión del despido, lo que llevó a que el libelo fuera ingresado primeramente no como una acción de tutela (Rit 0-5695-2019), lo que hubo de corregirse luego de la rectificación realizada por las demandantes.

Si bien alegan las demandantes que “la discriminación se produjo con ocasión del despido”, lo que es necesario que así sea para que resulte aplicable la disposición legal en que fundamentan su acción, el art. 489 del C. del Trabajo, lo cierto es que relatan una serie de hechos “anteriores”, los que, por lo mismo, carecen de toda trascendencia para apoyar sus pretensiones.

Además, muchos de dichos hechos o son falsos, o se han tergiversado sus antecedentes y consecuencias. Pero insistiendo en que los mismos, aunque fueran ciertos, no tienen relevancia para resolver sobre lo planteado por las demandantes, ya que son todos anteriores al despido.

Si bien algunos trabajadores de la empresa conformaron un sindicato, ello lejos de ser un inconveniente para ésta, sirvió para intercambiar opiniones y han contribuido a tener un más grato ambiente laboral y mejoras de infraestructura y administrativas, con beneficios recíprocos.

Es efectivo que se realizó una denuncia relacionada con las condiciones de la cocina y hubo una fiscalización por ello, lo que no es más que un procedimiento normal, que siguió el curso correspondiente y que no tiene ninguna relación con el término de contrato de las demandantes, lo que ocurrió muchos meses después.



Es efectivo que el día 8 de enero se dio inicio al proceso de negociación colectiva, el que fue muy grato y se terminó en un breve lapso de tiempo, ya que desde el inicio la empresa señaló que varias de las solicitudes se acogían y otras resultaba imposible hacerlo, lo que fue de inmediato entendido por los trabajadores que negociaban. Económicamente se les manifestó que muchas de las pretensiones eran imposibles de aceptar, dada la situación de la empresa, lo que comprendieron, sin insistir en ello. Hubo mucha transparencia y buena fe en el proceso, lo que determinó que el mismo, como señalé, fuera muy breve.

Jamás se tensó la relación con las Jefas de Tumo ni con el personal administrativo como falsamente se señala en la demanda. La gran mayoría de las peticiones que se realizaron que tendían a mejorar la situación de los trabajadores, como mantención de baños, mejoras de pasillos y escalas, entrada y salida por otro sector, continuar proporcionando ropa, elementos de protección, comodidades, etc., fueron acogidas de inmediato y se plasmaron en la cláusula décima del convenio suscrito.

Los trabajadores del sindicato solicitaron que los pagos de sus remuneraciones se efectuaran a más tardar dentro de los primeros cinco días del mes siguiente a que se devengaran y la empresa accedió a ello. Resulta extraño que ahora se plantee que el hecho de pagárseles sus remuneraciones dentro de dicho plazo fue un acto de discriminación, ya que a los demás trabajadores se les pagaba el último día del mes en que se devengaban sus remuneraciones. Es extraño, ya que solo se ha cumplido lo pactado con unos y otros. A los no sindicalizados es obligación pagarles a más tardar el último día hábil del mes, ya que no hay pacto diferente con ellos, como si lo hay con los miembros del sindicato.

Al leer este punto de la demanda pareciera que hubo una intencionalidad maligna al proponer en el pliego respectivo dicha fecha de pago, ya que ahora se pretende utilizar dicho argumento para alegar una falsa discriminación.

Es absolutamente falso que a contar de abril del presente año se hayan sucedido diversas acciones de hostigamiento, en particular hacia la Presidenta del Sindicato, Sra. Norambuena. Es efectivo que ésta presentó un reclamo al antiguo gerente de la empresa, el que le fue respondido, previa una investigación de lo que planteaba, cumpliéndose todas las formalidades que tanto la Ley como el Reglamento Interno prevén. Ignoramos cuál fue la real intencionalidad de dicho reclamo, pero lo cierto es que lo que allí se exponía (que además era una cuestión personal y no en su calidad de presidenta del sindicato, como se le hizo ver), no era efectivo, como se constató e informó a la reclamante, zanjándose el tema. La Sra. Norambuena, tiempo después, por temas personales no continuó prestando servicios para la empresa, renunciando voluntariamente. A pesar de lo anterior, se convino con ella el pago de una suma de dinero como indemnización voluntaria, ya



que no tema derecho a la misma, solo porque se tuvo consideración hacia su persona, puesto que, a diferencia de lo que sostienen las demandantes, la relación con ella fue siempre muy cordial y se valoró su dedicación en los años que prestó servicios.

Es absolutamente falso que el 18 de abril (suponen de 2019) se hayan escrito en una pizarra expresiones como “educación” y “vergüenza” y que ellas hayan estado destinadas a las camareras. A estas alturas de su libelo ya las demandantes no dudan en inventar situaciones para tratar de darle algún sustento al mismo.

Los reclamos efectuados en abril (suponen de 2019) por el no pago de bono nocturno intentado por dos trabajadoras, en un caso era efectivo y se corrigió, tratándose de un simple error administrativo; en el otro, no correspondía, ya que se trataba de una trabajadora que solo presta servicios de noche, por lo que no le era aplicable el bono establecido para aquéllos que eventualmente desarrollan su trabajo en dicho horario.

Es más, este bono por trabajo de noche fue uno de los temas planteados en el pliego que fue aceptado por la empresa y que ha implicado un beneficio recíproco como se señaló antes. En efecto, antes de la implantación de dicho bono, había muchos trabajadores que no llegaban a cumplir sus funciones, generando inconvenientes en la atención de público. Desde que se pactó el bono, los trabajadores concurren siempre a prestar servicios cuando les toca de noche, ya que es un requisito para tener derecho al mismo y se han evitado los inconvenientes que generaban las ausencias.

Sobre las renunciaciones de dos extrabajadoras en abril (suponen de 2019), quienes “anónimamente” (sic) indicaron que lo hacían por “presión de la empresa” es otra aseveración falsa, respecto de la cual poco hay que comentar.

También es falso que en el período que medió entre la constitución del sindicato y los “despidos múltiples” como refieren las demandantes al hacer mención de los de ellas, se hayan generado discusiones entre las jefaturas y los integrantes del sindicato, o que doña Georgia Ibarra haya hecho acusaciones de indisciplina laboral, por supuestas ausencias deliberadas de trabajadores a cumplir sus turnos, creándose un ambiente de “amigos” y “enemigos”, entre sindicalizados y no sindicalizados. Dichas aseveraciones son solo un vano intento de darle alguna credibilidad a la demanda de autos, sin lograrlo, por cierto.

Tampoco se “enmarca” en dicho contexto el despido de don Giovanni Grez, hijo de una de las demandantes. El Sr. Grez fue despedido porque fue sorprendido fumando marihuana dentro de la empresa en su horario de trabajo, como se expresó en su aviso de término de contrato.



Defensa de fondo. Habiéndonos hecho cargo de los “hechos anteriores” al despido que relatan las demandantes en su libelo, los que además de ser falsos o sacados de contexto como se ha señalado, no tienen la virtud de servir para fundamentar una demanda que plantea una discriminación con “ocasión del despido” , nos referiremos ahora a la defensa de esta imputación.

En resumen, las demandantes aducen que no era necesario ponerles término a sus servicios, pero que se tomó tal determinación solo por el hecho que ellas formaban parte del sindicato, por lo que discuten la causal invocada, esto es, necesidades de la empresa.

Al respecto, es menester hacer presente que las actoras no son las únicas despedidas. También se ha puesto término al contrato de otros trabajadores, incluso al exgerente, ya que la situación económica de la empresa así lo amerita.

No se trata de un acto de discriminación, sino que uno de absoluta necesidad, con el fin de mantener una fuente de trabajo.

El rubro de su representada, motel, en las épocas de aflicción económica en el país, es uno de los que se reciente drásticamente, lo que ha ocurrido en los últimos años. Oportunamente se acreditará lo anterior acompañando una serie de antecedentes, incluidos los balances de su representada. Los ingresos tanto mensuales como anuales han descendido en importantes porcentajes en los últimos años y no ha quedado otra que tomar medidas para mantener el negocio y la fuente laboral.

Es más, ninguna de las funciones o labores que desempeñaban las personas despedidas (con excepción del gerente) han sido cubiertas contratando otros trabajadores, como erradamente lo sostienen las demandantes. Es decir, lo que se ha hecho es prescindir de algunas personas, a fin de rebajar los gastos y, con los ingresos actuales, mantener la actividad.

Para tomar las decisiones económicas a las que me he referido, primero se determina qué labores resultan prescindibles y luego se analiza qué trabajadores de los que cumplen las mismas pueden ser desvinculados, considerando antigüedad, responsabilidad, eficiencia y otros factores similares, pero jamás si se encuentran o no sindicalizados. Demuestra lo dicho la circunstancia que se ha puesto término a contratos de unos y otros.

En los avisos de término de contrato remitidos a las demandantes se expusieron con toda precisión los hechos que ameritaban la decisión, cumpliendo con la ley. Claramente no corresponde que en los mismos se señalen detalles, como el resultado de los balances, los cuadros de ingresos y egresos, etc., los que en todo caso son de conocimiento de las demandantes, o deberían serlos, ya que precisamente fueron puestos en conocimiento de las dirigentes sindicales en el período de



negociación colectiva, lo que determinó que muchas de las abultadas pretensiones de ese momento fueran desechadas por ellas mismos, ya que no tenían sustento alguno en la realidad económica de la empresa.

Vale decir, la medida de poner término a los contratos tiene su origen única y exclusivamente en una decisión de carácter económico, de racionalización, con el fin de mantener el negocio y la fuente laboral, mientras se espera una reactivación de la economía, que redunde en que los ingresos por concepto de clientes aumenten, situación en la cual, necesariamente, deberá contratarse nuevo personal, para responder a la nueva demanda. Esperemos que así sea. Jamás se discutió siquiera la posibilidad de poner término a los contratos solo de los trabajadores sindicalizados, ya que lo que importa es que los que se queden puedan cumplir a cabalidad las funciones que se requieren. Tan es así, que se ha despedido tanto a sindicalizados como a otros que no lo son y continúan trabajando algunos que pertenecen al sindicato y otros que no.

Las demandantes hacen todo tipo de consideraciones tendientes a hacer ver que se encuentran con dificultades para acreditar que la decisión de su representada fue discriminatoria, que es como “ponerse el parche antes de la herida”, según reza un antiguo y conocido refrán. Lo cierto es que las dificultades para acreditar aquello se encuentran en que lo expresado por las demandantes está alejado de la realidad.

Ninguna vulneración a derechos fundamentales de las actoras se ha producido por la necesaria determinación que ha tomado su representada de ponerle término a sus contratos de trabajo (como al de otros trabajadores no sindicalizados). La decisión se tomó en consideración a aspectos económicos, de racionalización, procurando mantener la fuente de trabajo para un importante número de trabajadores, acorde a los ingresos actuales de la empresa, sin que se haya contratado a otras personas para desarrollar sus labores (salvo en el caso del gerente).

En virtud de lo expuesto, debe rechazarse la demanda de tutela, en todas sus partes, con expresa condena en costas.

Demanda subsidiaria. Señala que el trabajador puede reclamar de un despido injustificado cuando se le ha invocado como causal de término de contrato algunas de las referidas en el art. 159 del C. del Trabajo. No es el caso de las demandantes., a quienes se les puso término a sus contratos de trabajo por la causal establecida en el art. 161 inc. 1° del C. del Trabajo.

Así las cosas, la única acción que podría haber prosperado, era la de solicitar que el tribunal declarare que el término de los servicios de las demandantes fue improcedente, lo que no se hizo.



Reafirma lo anterior la norma del art. 169 del C. del Trabajo, que cita, en virtud de lo expuesto, la pretensión de las demandantes para que se declare INJUSTIFICADO su despido debe ser rechazada por cuanto no es la que corresponde, atendida la causal invocada.

Sin perjuicio de lo anterior, hace presente a US. que, en todo caso, el término de contrato de las demandantes, por la causal invocada, se ajusta plenamente a la ley y a los hechos, como se ha expresado al responder a la demanda de tutela, por lo que doy por reproducido lo expuesto allí. Los hechos expuestos en la carta de término de los servicios se ajustan plenamente a la realidad y están expresados claramente.

Se señala en la respectiva comunicación no solo el cambio en las condiciones del mercado económico y las bajas en las ventas, lo que ha provocado una disminución significativa de los ingresos, lo que se refleja en la contabilidad, sino que se expresa que ello ha llevado a atrasos en pagos de remuneraciones de los trabajadores, leyes sociales y de proveedores.

Se hace mención en la comunicación que ello podría llevar al cierre de la empresa. Por ello, se agrega, se ha decidido racionalizar y reestructurar al personal.

Como ya dijeron, no solo se ha despedido a trabajadores sindicalizados ni tampoco se han contratado reemplazantes. La contraria niega que ello sea efectivo y será materia de prueba. En atención a lo expuesto, deberá igualmente rechazarse, con costas, la demanda subsidiaria.

CUARTO. Audiencia preparatoria. Con fecha 16 de octubre de 2019 se efectuó audiencia preparatoria con la asistencia de ambos litigantes, habiendo el Tribunal llamado a conciliación, ésta no se produce. Se fijan hechos pacíficos y a probar, a saber:

Hechos pacíficos:

- 1) Las demandantes fueron despedidas por la causal “necesidades de la empresa”, pagándose la indemnización por años de servicio para cada una de ellas, por el tiempo señalado en la demandada.
- 2) Las demandantes despedidas pertenecían al sindicato de empresa N° 1 Cozumel Vespucio a la época del despido.

Hechos controvertidos:

- 1) Remuneración de las demandantes a la época del despido.
- 2) Efectividad de haber sido despedidas las demandantes en razón de su afiliación sindical.
- 3) Contenido de las cartas de despido y existencia de necesidades de la empresa que obligaran al despido de las demandantes, según los hechos contenidos en las mismas.



QUINTO. Audiencia de juicio. Con fecha 24 de agosto, 8 y 28 de septiembre de 2020, se efectuó audiencia de juicio, con la asistencia de demandante y demandada, y se procedió a incorporar la siguiente prueba:

La parte DENUNCIANTE:

Documental:

1.- Acta de comparendo de conciliación, en reclamo presentado a la Inspección del Trabajo, en el Centro de Conciliación y Mediación Región metropolitana, N.º 1318/2019/10787, efectuada el 6 de junio de 2019

RESPECTO DE MARCELA CARVAJAL JORQUERA

2.- Contrato de trabajo a plazo, de 15 de febrero de 2012, suscrito con la demandada, por labores de camarera.

3.- Copia de aviso de Término de contrato de Trabajo, fechado el 29 de abril de 2019.

4.- Finiquito de trabajo, de 8 de mayo de 2019, suscrito por las partes y autorizada la firma de la trabajadora ante notario público don Mauricio Bertolino Rendic, en que se consigna causal del despido, montos y conceptos pagados y reserva de acciones y derechos de la trabajadora.

5.-Liquidaciones de remuneraciones de la trabajadora, referida a los meses de los meses de febrero, marzo y abril de 2019.

RESPECTO DE JACQUELINE BARSBY SANDOVAL

6.- Finiquito de trabajo, de 8 de mayo de 2019, suscrito por las partes y autorizada la firma de la trabajadora ante notario público don Mauricio Bertolino Rendic, en que se consigna causal del despido, montos y conceptos pagados y reserva de acciones y derechos de la trabajadora

7.- Liquidaciones de remuneraciones de la trabajadora, referida a los meses de los meses de febrero, marzo y abril de 2019

RESPECTO DE DEYANIRA ULLOA MEDINA

8.- Finiquito de trabajo, de 8 de mayo de 2019, suscrito por las partes y autorizada la firma de la trabajadora ante notario público don Mauricio Bertolino Rendic, en que se consigna causal del despido, montos y conceptos pagados y reserva de acciones y derechos de la trabajadora.

9.- Liquidaciones de remuneraciones de la trabajadora, referida a los meses de los meses de febrero, marzo y abril de 2019.



10.- Copia de contrato de trabajo, de 13 de noviembre de 2017, por las funciones de camarera.

RESPECTO DE MARISOL FLORES LABRAÑA

11.- Finiquito de trabajo, de 8 de mayo de 2019, suscrito por las partes y autorizada la firma de la trabajadora ante notario público don Mauricio Bertolino Rendic, en que se consigna causal del despido, montos y conceptos pagados y reserva de acciones y derechos de la trabajadora.

12.- Contrato de trabajo a plazo, de 28 de Diciembre de 2009, suscrito con la demandada, por labores de camarera.

RESPECTO DE SARA PONCE LOVERA

13.- Contrato de trabajo a plazo, de 9 de junio de 2011, suscrito con la demandada, por labores de Camarera.

14.- Finiquito de trabajo, de 8 de mayo de 2019, suscrito por las partes y autorizada la firma de la trabajadora ante notario público don Mauricio Bertolino Rendic, en que se consigna causal del despido, montos y conceptos pagados y reserva de acciones y derechos de la trabajadora.

15.-Liquidaciones de remuneraciones de la trabajadora, referida a los meses de los meses de febrero, marzo y abril de 2019.

Confesional:

Se citó a absolver posiciones a doña Georgina Ibarra, en su calidad de representante legal de la denunciada.

Testimonial:

1.- MARÍA CRISTINA NORAMBUENA DONOSO, empleada, cédula de identidad número 11.265.282-5, domiciliada en Avenida Independencia N° 4599, departamento N° 1806 Torre E, Condominio Las Palmas, comuna de Conchalí

Oficios:

- A la Inspección del Trabajo de Santiago, Departamento de Relaciones Laborales, que informa sobre la vigencia del Sindicato de empresa N° 1 de trabajadores Cozumel Vespucio.

La parte DENUNCIADA:

Documental:

1.- Finiquitos, avisos de término de contrato y liquidaciones de remuneraciones correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2019, de todas las demandantes.



GLTRRXHBPJ

- 2.- Finiquitos de los siguientes extrabajadores: Elvis Alexander Olivar Nieves, Iska Lorena Querci, Carlos Andrés Molina Bravo, Mónica Esperanza Núñez Olivares y José Miguel Berríos Martínez, cuyos contratos terminaron entre el 30 de enero de 2019 y el 20 de agosto de 2019.
- 3.- Carta en que se adjunta Propuesta de Contrato Colectivo presentada por el Sindicato de la demandada el 8 de enero de 2019, la propuesta misma y los nombres de los afiliados.
- 4.- Comprobante de depósito y texto del Contrato Colectivo suscrito entre la empresa demandada y el sindicato, presentado en forma conjunta ante la Inspección del Trabajo el día 20 de febrero de 2019.
- 5.- Carta de fecha 17 de abril de 2019 presentada a la empresa demandada por doña María Cristina Norambuena Donoso, como Presidenta del Sindicato de la empresa demandada, denunciando supuestas violaciones de derechos fundamentales, de fecha 1 de abril de 2019, respuesta a la misma, renuncia voluntaria presentada el día 12 de agosto de 2019 y finiquito.
- 6.- Comprobantes de pagos de cotizaciones previsionales a las AFP Capital, Hábitat, Modelo, Plan Vital, Provida, Isapre Banmédica, Cruz Blanca, Mutual de Seguridad CChC y Caja de Compensación Los Andes, correspondientes a los períodos diciembre de 2018 y enero de 2019, que fueron declaradas oportunamente, pero pagadas fuera de plazo, adjuntándose en cada período las Planillas de Pago Fuera de Plazo de Obligaciones Previsionales Declaradas.
- 7.- Cadenas de correos de cobranza remitidos a la empresa demandada. - 21 de enero de 2019, Plásticos Correa. - 11 de marzo de 2019. Gasco GLP - 22 de marzo de 2019, ICB - 10 de abril de 2019, Gasco GLP - 11 de abril de 2019, ICB - 23 de abril de 2019, Rentokil
- 8.- Balances Generales de la sociedad demandada de los años 2016, 2017 y 2018.
- 9.- Informe comparativo de ventas y ocupaciones 2016 a 2019 de la sociedad demandada, correspondientes a los meses de enero a abril de cada año, que corresponde a los ingresos por ocupación de habitaciones, señalándose el valor nominal y el actualizado (las habitaciones tienen un aumento una vez al año del 5% en los precios), correspondiente a datos reportados al SII.
- 10.- Cuadro con las unidades (habitaciones) vendidas en los años 2016, 2017, 2018 y 2019, en los meses de enero a abril de cada año.
- 11.- Carpeta Tributaria Electrónica de la sociedad demandada, que incluye los pagos de IVA en los períodos que van desde octubre de 2017 a agosto de 2019, registros obtenidos del SII.

Testimonial:

1. Carolina Del Pilar González Núñez.



2. Francy Mariana Becerra Sánchez.
3. Carolina Stephanie Barrueto Sepúlveda.
4. Oscar Echeverría Pizarro.

SEXTO. Observaciones finales. Una vez incorporada la totalidad de la prueba al juicio, las partes efectuaron las observaciones a la prueba y conclusiones.

SÉPTIMO. Lo no controvertido. No hay controversia, tal como lo recogen los hechos pacíficos, que las demandantes fueron despedidas por la causal “necesidades de la empresa”, pagándose la indemnización por años de servicio para cada una de ellas, por el tiempo señalado en la demanda y que pertenecían al sindicato de empresa N° 1 Cozumel Vespucio a la época del despido.

OCTAVO. Acción de tutela. Que la acción de tutela de derechos fundamentales fue incorporada a través de la Ley 20.087, buscando con ello la protección y resguardo de algunos derechos fundamentales del trabajador al interior de su relación laboral, ya sea mientras esta se desarrolla o bien al finalizar la misma, a fin de que se restablezca el ejercicio del derecho lesionado o la reparación del daño producido, consagrando con esto el reconocimiento del mismo como ciudadano en el marco de sus relaciones laborales y con ello evitar el abuso del ejercicio de la potestad de mando del empleador.

En el libelo se observa que se ha alegado la vulneración de los derechos fundamentales con ocasión del despido, particularmente el derecho a no discriminación por sindicación, lo que estudiaremos a continuación.

NOVENO. Discriminación por sindicación. El principio de la prohibición de la discriminación se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental; y en el ámbito laboral, en el artículo 2 del Código del Trabajo.

Conforme a este principio, lo prohibido constitucionalmente son las distinciones de trato negativas que carecen de justificación, lo que las convierte –como se suele decir- en arbitrarias. De este modo, el empleador lesiona este derecho cuando adopta un trato que afecta negativamente al trabajador, sin tener una justificación que respalde esa conducta. (Ugarte Cataldo, José Luis. Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo. Thomson Reuters, Santiago, pág. 144).

Diremos que el artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo dispone: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional,



situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”

Como sostiene Eduardo Caamaño, la discriminación es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender por qué y la finalidad de la desigualdad. Así, la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado como injustificado o arbitrario.

Que, en este entendido diremos que las extrabajadoras indican que la discriminación sufrida con ocasión del despido masivo de las trabajadoras los días 29 y 30 de abril de 2020, todas socias del sindicato, se ha producido un acto discriminatorio por el hecho de su sindicación de la forma y por los motivos ya expuestos en lo expositivo del fallo. La demandada por su parte ha rechazado tal imputación, indicando que no existe vulneración de garantías fundamentales en este caso, por las razones ya señaladas.

Pues bien, para que se estime que en caso en estudio estamos frente a una vulneración del derecho a no ser discriminado por sindicación de las demandantes, deberemos concluir que el trato dado a las actoras por parte de las demandadas al despedirlas ha sido diferente a otros trabajadores, pero que este trato diferente además debe carecer de justificación o razonabilidad, de forma tal que lo torne en arbitrario. Y es eso lo que vamos a determinar mediante las siguientes reflexiones y consideraciones.

DÉCIMO. Trato arbitrario e ilegal. Es pacífico que la relación laboral de las actoras concluyó en las fechas indicadas en la demanda, esto es, entre 29 y 30 de abril de 2019, y que la demandada invocó la causal del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo en cada uno de los casos, también sabemos que todas las trabajadoras pertenecían al sindicato N° 1 al momento del despido. Por lo que deberemos establecer si el hecho de desvincularlas fue motivado solo por el hecho de estar las trabajadoras sindicalizadas dándoles un trato diferente al resto, tornando dicha decisión en un acto arbitrario e ilegal, o por el contrario no se observa discriminación dándoles un trato similar al resto y existiendo justificación para esta conducta.

Que de las pruebas aportada al proceso diremos que las demandantes se valieron de prueba instrumental, consistente en acta de comparendo de conciliación, en reclamo presentado a la Inspección del Trabajo, en el Centro de Conciliación y Mediación Región metropolitana, N.º 1318/2019/10787, efectuada el 6 de junio de 2019, de tal instrumento se observa que las



demandantes efectuaron reclamo en sede administrativa y declaran ante el fiscalizador que firmaron finiquito recibiendo los pagos señalados en el documento y dejando reserva de derecho para reclamar judicialmente la causal de despido, agregando que este acto constituye una práctica antisindical ya que únicamente se despidió a personal afiliado al sindicato. En dicho acto la parte demandada asiste y señala que los despidos guardan relación con la racionalización del personal y se deben a la situación económica que atraviesa la empresa despidiendo al gerente general y además personal que no estaba afiliado al sindicato rechazando la declaración de las demandantes en relación a que los despidos se deben a una medida antisindical. Es decir, este documento demuestra que las partes desde la instancia administrativa mantenían las mismas tesis que han señalado en este proceso, debiendo entenderse estas constancias como declaraciones unilaterales emanadas de las propias partes litigantes.

Además, se incorporaron respecto de las trabajadoras demandantes, diversos documentos consistentes en contratos de trabajo, copia de aviso de termino de contrato de trabajo, finiquitos de trabajo suscritos por las partes y autorizados ante notario público y, liquidaciones de remuneraciones diferentes meses, sin embargo, esta prueba apunta más bien acreditar la existencia de la relación laboral, término de la misma y remuneraciones percibidas, pero de ellos no se puede desprender antecedentes que acrediten la vulneración de derechos fundamentales que se alega en esta causa.

Se rindió absolución donde declaró doña Georgia Ibarra, en calidad de representante legal de la denunciada, hace referencia de la negociación colectiva del Sindicato, que la negociación no se extendió mucho entre uno o dos meses, refiere un petitorio del Sindicato y no recuerda reclamos, solo alcance que le hicieron que llegó al Gerente y hubo una respuesta, precisa que en el contrato colectivo se escrituraron varias cosas que ya estaban implementadas en la empresa, no hubo reclamos o conflictos que recuerde, ya que estaban las cosas en marcha previamente pero no escrituradas, en su contra hubo una carta al Gerente y no sabe que habló la directiva al gerente.

Finalmente declaró un único testigo de la denunciante, siendo doña María Norambuena, quien juramentada declaró en extenso, indicando en síntesis que era jefa de turno desde 2010 hasta agosto de 2019, formaron el sindicato en noviembre de 2018 y ella era su presidenta, que comenzó con 9 trabajadores más o menos, cuando enviaron la lista de peticiones eran 19 afiliados, y llegaron a ser más de 30, de un total de 50 trabajadores en la empresa, hizo referencia a la negociación colectiva que se efectuó en febrero de 2019, terminando ese mismo mes, indica que fue una buena negociación sin problemas. Con un único inconveniente en el cumplimiento respecto a unas salidas lo que se solucionó sin inconvenientes. Agregó que se despidieron terminados los fueros a 6 trabajadoras, incluidas las actoras todas sindicalizadas, en 48 horas, refiere otros despidos posteriores, y que a ella no le informaron nada, agrega que con doña Georgia Ibarra no tenía comunicación,



que las pocas veces que habló con ella fue para discutir, indica que terminada la negociación hubo guerra entre gerencia y sindicato se podría decir, esta guerra sería porque la comunicación se rompió con Georgia Ibarra e hizo una demanda y constancias en contra de Ibarra por el trato que le daba a ella, refiere cambio de trato hacia las trabajadoras como no permitirles hacer cambios de turno, presiones en habitaciones, burlas de Georgia, no le entregaban el turno, amenazas de despido, etc. Indica, además, que del Sindicato que habla es de la sede de Conchalí, pero hay otras sucursales, y que la afluencia de público estaba tan buena como siempre, con algunos días lentos y otros excelentes, incluso se repetían habitaciones 3 veces. Hizo demanda contra Georgia Ibarra y la empresa le ofreció acuerdo para terminar contrato.

Respecto de esta testigo figura terminado su contrato de trabajo por renuncia voluntaria con fecha 12 de agosto de 2019 firmada y ratificada ante Notario Público, ello consta en documento agregado al proceso por la demandada además del respectivo finiquito sin reserva con las formalidades legales.

Por su parte la demandada aportó prueba instrumental donde acompañó los finiquitos de otros trabajadores despedidos por la empresa que dan cuenta del término de sus contratos, esto es de don Elvis Alexander Olivar Nieves de fecha 30 de enero de 2020, doña Iska Lorena Querci de fecha 25 de marzo de 2019, don Carlos Andrés Molina Bravo de fecha 30 de abril de 2019, doña Mónica Esperanza Núñez Olivares de fecha 30 de abril de 2019 y don José Miguel Berríos Martínez de fecha 29 de agosto de 2019. Entre dichos trabajadores figuran dos camareras y del total sola una trabajadora aparece como sindicalizada de las pruebas agregadas al proceso.

La demandada rindió prueba testimonial, donde declararon cuatro testigos, todos juramentados, partiendo doña Carolina Del Pilar González Núñez, quien señaló que no hubo otros motivos para los despidos solo las necesidades de la empresa, que hubo más incluido el Gerente General, gente de mantención, ya sea sindicalizada y no sindicalizada. Declaró doña Francy Mariana Becerra Sánchez, quien también alude a que los despidos fueron por necesidades, sindicalizadas y no, también mencionó al gerente general, de mantención, cocina, y no hubo más contrataciones. Depuso doña Carolina Stephanie Barrueto Sepúlveda, quien era recepcionista del Hotel, señaló que no solo hubo despidos de trabajadores afiliados al sindicato, en total 10 u 11 personas. Finalmente declaró don Oscar Echeverría Pizarro, quien es el contador de la empresa desde 2013 a la fecha, y refiere que los despidos fueron principalmente por que los ingresos disminuyeron y problemas económicos, refiere que lo sabe por qué confeccionaba balances, y por qué hubo construcción de autopista cerca y se cerraron espacios disminuyendo los clientes.

Que de todos estos antecedentes es posible concluir que la prueba de la parte demandante ha sido insuficiente para acreditar que los despidos que afectaron a las demandantes de esta causa



correspondan a una vulneración de la garantía fundamental a no ser discriminadas por sindicación, ya que la prueba instrumental aportada por las actoras no tienen el carácter para acreditar tal alegación, la prueba confesional no aporta ningún elemento en tal sentido y la prueba testimonial, que en este caso se trata de la declaración de una sola persona que no ha podido ser contrastada con otras pruebas, lo que debilita su valor en el juicio, por el contrario, es la propia testigo quien señala que la empresa se vivió un proceso de negociación colectiva bueno y tranquilo, además, refiere que los niveles de sindicación en la empresa fueron aumentando con el tiempo ya que señala que partieron con 9 afiliados, luego al tiempo de presentar solicitud con peticiones llegaban a 19 trabajadores afiliados, lo que se ve corroborado con la prueba instrumental la portada al proceso consistente en carta de fecha 8 de enero de 2019 que agrega nómina de trabajadores donde figuran 19 personas integrante del sindicato número 1 de Trabajadores, y refiere además doña María Norambuena, que después de dicha carta de peticiones llegaron a tener más de 30 afiliados al sindicato de un total de 50, lo que se traduce en un porcentaje alto de afiliación a dicha organización sindical, hecho que no es concordante con lo alegado en esta causa, sino más bien habla de una empresa que ha permitido que el sindicato ejerza su labor y se fortalezca. Se puede agregar, además, que gran mayoría de los relatos efectuados por la testigo dan cuenta de dificultades más bien a nivel personal con la absolvente de autos doña Georgia Ibarra más que de una animadversión de la empresa con el Sindicato, y no de Explotadora, lo que se condice con la carta de respuesta de la empresa que se agregó de fecha 10 de julio de 2019 y con firma de recepción de la Presidenta del Sindicato.

De los niveles de sindicación se aprecia como razonable que del universo de personas desvinculadas por la empresa resulten despedidas un porcentaje alto de personas integrantes del sindicato, ya que de la explicación dada por la presidenta del sindicato de la época había un porcentaje de sindicación superiores al 60% de los trabajadores, desconociéndose el porcentaje exacto por no haberse incorporado mayores antecedentes en este punto. Resulta revelador además la prueba instrumental aportada por la parte demandada donde se incorporaron diversos finiquitos de contrato de trabajo de otros trabajadores de la empresa, que si bien no son todos de los días 29 y 30 de abril de 2019, corresponden a períodos razonablemente cercanos a las fechas en que se desvincularon a las demandantes, demostrando así que en la demandada no había una tendencia a despedir trabajadores solamente en razón de su sindicación.

Esta prueba instrumental además se ve en armonía con lo que declararon los 4 testigos de la parte demandada, quienes en forma conteste declararon que los despidos no obedecían al hecho de estar sindicalizadas las demandantes, sino que, por el contrario, se despidieron por razones más



bien económicas, y que se desvincularon también trabajadores que no pertenecían a dicha organización sindical, incluido el gerente general de la empresa.

Así las cosas, teniendo en especial consideración la insuficiencia de la prueba de la parte demandante en orden a acreditar la vulneración de la garantía fundamental de la no discriminación por sindicación, y que la demandada ha incorporado pruebas que han logrado desvirtuar la tesis de las trabajadoras, y no existiendo antecedentes graves, concordantes y armónicos para estimar las desvinculaciones como un trato diferente y arbitrario hacia las demandantes en relación a los demás trabajadores de la empresa sólo por el hecho de estar afiliados al sindicato número 1, ya que se demostró que existieron otros despidos de trabajadores no sindicalizados, por lo que no queda más que desestimar la acción de tutela por falta de pruebas, tal como se dirá en la parte resolutive de este fallo.

UNDÉCIMO. Término del contrato de trabajo. En cuanto a la acción subsidiaria, como ya se dijo, no hay controversia en el hecho que las demandantes fueron despedidas, invocándose la causal contemplada en el artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa.

El empleador sólo puede invocar la causal de que se trata aludiendo a aspectos de carácter técnico o económico referidos a la empresa, establecimiento o servicio, y es una de tipo objetiva, por ende, no se relaciona con la conducta desplegada por el trabajador, y excede la mera voluntad del empleador; razón por la que debe probar los supuestos de hecho que den cuenta de la configuración de aquellas situaciones que lo forzaron a adoptar procesos de modernización o racionalización en el funcionamiento de la empresa, o de eventos económicos, como son las bajas en la productividad o cambio en las condiciones de mercado, señalados, como se dijo, a título ejemplar.

La interpretación correcta de la norma contenida en el artículo 161 del Código del Trabajo es aquella que postula que el empleador puede invocarla para poner término al contrato de trabajo, siempre que la desvinculación del trabajador se relacione con aspectos de carácter técnico o económico de la empresa, establecimiento o servicio, y que al ser objetiva no puede fundarse en su mera voluntad, sino que en situaciones que den cuenta que forzosamente debió adoptar procesos de modernización o de racionalización en el funcionamiento de la empresa, también en circunstancias económicas, como son las bajas en la productividad o el cambio en las condiciones de mercado.

En este caso, las cartas de aviso de término de contrato incorporadas aluden a: *“Producto del cambio en las condiciones en el mercado económico y las bajas ventas en las ocupaciones del negocio, el cual ha provocado considerablemente una baja significativa en los ingresos mensuales, y ello se ha reflejado en la contabilidad y además como consecuencia han incurrido en atrasos en el*



pago de remuneraciones, leyes sociales y proveedores entre otros. Por cual, para evitar un desastre mayor el cual podría llevar a un cierre total. La empresa ha decidido racionalizar y reestructurar el personal, debiendo de prescindir de sus servicios.”

Pues bien, la demandada para justificar los despidos acompañó diversa prueba instrumental, consistente en cadenas de correos de cobranza remitidos a la empresa demandada, balances Generales de la sociedad demandada de los años 2016, 2017 y 2018. Informe comparativo de ventas y ocupaciones 2016 a 2019 de la sociedad demandada, cuadro con las unidades (habitaciones) vendidas en los años 2016, 2017, 2018 y 2019, en los meses de enero a abril de cada año, y carpeta Tributaria Electrónica de la sociedad demandada, que incluye los pagos de IVA en los períodos que van desde octubre de 2017 a agosto de 2019, registros obtenidos del SII. Además, rindió prueba testimonial como ya se dijo.

Del análisis de dicha prueba podemos decir, que el cuadro comparativo e informe comparativo de ventas, son documentos que no cuentan con ninguna formalidad, sin embargo, fueron reconocidos por el testigo don Oscar Echeverría, quien indicó que su confección le pertenecía, en el cuadro comparativo solo se hace referencia a información de enero a abril de cada año, sin indicar porque no se contempla el año integro, siendo en consecuencia una información sesgada, y el informe de ventas aparecen un sinnúmero de cifras como la siguiente; en abril de 2017: “\$118.718.10” .- (sic), la que no se puede descifrar con exactitud el monto al que alude, en consecuencia se puede concluir que se trata de documentos elaborados a petición de la propia parte litigante a su contador, quien no dio mayores explicaciones en estrados sobre su contenido, ni señaló los antecedentes de los que se valió para hacer tales informes, debemos decir, que más bien se trata aquellos instrumentos de informe de peritos, que la parte demandada ha incorporado al proceso sin el rigor de dicha prueba y sin las formalidades que los artículos 409 y siguientes del Código de Procedimiento Civil establecen y que se aplican por remisión del Código del Trabajo, además, al no ser conocidos los antecedentes que sirvieron de base para la elaboración de tales informes, resulta imposible determinar su idoneidad, y dadas dichas falencias resulta absolutamente disminuido su valor probatorio.

Por otro lado, del análisis el formulario 22 comprimido correspondiente al año tributario 2019 se advierte que la empresa determinó un impuesto de primera categoría para aquellas personas jurídicas acogidas al régimen semi integrado del artículo 14 letra B de la ley de la renta por la suma de \$19.594.356 en consecuencia la renta líquida imponible de la empresa fue positiva. En relación al hecho que exista un saldo a favor por la suma de \$6.202.957 pesos, los pagos provisionales mensuales declarados en los formularios 29 fueron superiores al impuesto de primera



GLTRRXHBPJ

categoría determinado con motivo por el cual quedó una devolución de impuestos que se establece restando los referidos pagos provisionales con el impuesto de primera categoría.

La prueba contable rendida, en especial los balances generales acompañados no vienen respaldados por los libros diarios, libros mayores, en relación con las cuentas más representativas y tampoco se ha acompañado la determinación de la renta líquida imponible. En las carpetas tributarias acompañadas, en particular para el año tributario 2019 no se establece cual es la base imponible del impuesto de primera categoría determinado, y ante la ausencia de dicha prueba, resulta imposible contrastar la veracidad de los balances acompañados, esta situación no varía por el hecho que uno de los testigos de la parte demandada, el señor Echeverría señaló ser el contador quién confeccionó los instrumentos contables acompañados al proceso ya que en su declaración no entrega mayores detalles en relación a lo que se viene reflexionando.

Por último diremos que la prueba testimonial no logra satisfacer la carga probatoria que pesa sobre la empresa, para acreditar los hechos que señaló ser los motivos de los despidos efectuados en el año 2019, ya que lo señalado por doña Carolina González, doña Francy Becerra y doña Carolina Berrueto, van en la línea de justificar los despidos por las disminuciones en las ventas del Motel, y la baja ocupación de las habitaciones, pero no basta tales declaraciones, ellas deben estar respaldadas por prueba instrumental, y que esta sea idónea, lo mismo ocurre con la declaración de don Oscar Echeverría, sumado a las razones ya explicitadas anteriormente, por lo que los relatos efectuados en estrados son insuficientes para acreditar las necesidades de la empresa en este caso.

DUODÉCIMO. Que, atendido lo razonado en el considerando anterior y la insuficiencia de prueba rendida por el demandado en este punto, no cabe sino concluir que el despido de las actoras fue improcedente por lo que corresponde pagarle el recargo de la indemnización por años de servicio en un treinta por ciento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo y por los montos solicitados por encontrarse acreditados en el proceso.

DÉCIMO TERCERO. Seguro de cesantía. Que las demandantes han solicitado, además, que se declare improcedente el descuento del aporte realizado por el empleador respecto del seguro de cesantía por la suma de \$ 365.268.- La demandada se ha opuesto a tal pretensión.

Que la Corte Suprema en forma reiterada ha señalado que “tanto la indemnización por años de servicio como la imputación de la parte del saldo de la cuenta individual por cesantía, constituyen un efecto que emana de la exoneración prevista en el artículo 161 del Código del Trabajo. En consecuencia, si el término del contrato por necesidades de la empresa fue considerado injustificado por el juez laboral, simplemente no se satisface la condición, en la medida que el



despido no tuvo por fundamento una de las causales que prevé el artículo 13 de la Ley N° 19.728.

Adicionalmente, si se considerara la interpretación contraria, constituiría un incentivo a invocar una causal errada validando un aprovechamiento del propio dolo o torpeza, por cuanto significaría que un despido injustificado, en razón de una causal impropia, produciría efectos que benefician a quien lo practica, a pesar de que la sentencia declare la causal improcedente e injustificada. Mal podría validarse la imputación a la indemnización si lo que justifica ese efecto ha sido declarado injustificado, entenderlo de otra manera tendría como consecuencia que declarada injustificada la causa de la imputación, se le otorgará validez al efecto, logrando así una inconsistencia, pues el despido sería injustificado, pero la imputación, consecuencia del término por necesidades de la empresa, mantendría su eficacia” .

Agregándose que “para resolver se debe tener en consideración el objetivo del legislador al establecer el inciso 2° del artículo 13 de la Ley N° 19.728, que no ha sido otro que favorecer al empleador en casos en que se ve enfrentado a problemas en relación con la subsistencia de la empresa, con una suerte de beneficio cuando debe responder de las indemnizaciones relativas al artículo 161 del Código del Trabajo. Es así como, tratándose de una prerrogativa, debe ser considerada como una excepción, y por lo tanto, su aplicación debe hacerse en forma restrictiva, lo que lleva a concluir que sólo puede proceder cuando se configuran los presupuestos del artículo 161 mencionado, esto es, cuando el despido del trabajador se debe a necesidades de la empresa que hacen necesaria la separación de uno o más trabajadores, de manera que, cuando por sentencia judicial se ha declarado que tal despido carece de causa, no es posible que el empleador se vea beneficiado, siendo autorizado para imputar a la indemnización por años de servicio, lo aportado al seguro de cesantía” . (Sentencia Corte Suprema en causa Rol N° 43.226-2017 de fecha veinte de septiembre de dos mil dieciocho).

Tales argumentos esta sentenciadora los hace suyos, y en armonía con lo que se viene concluyendo y habiendo estimado la desvinculación como improcedente al no haberse acreditado los hechos constitutivos de la causal de necesidades de la empresa invocada por la empresa, no queda más que acceder a tal petición en la forma pedida por estar acorde a la prueba instrumental incorporada, tal como se dirá en la parte resolutive de este fallo.

DÉCIMO CUARTO. Valoración de la prueba rendida. La prueba reseñada en los motivos anteriores fue valorada conforme a las normas de la sana crítica, esto es, en forma libre, pero sin contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Los demás antecedentes en nada alteran lo concluido.



DÉCIMO QUINTO: Costas. Por no haber sido totalmente vencido no se condenará en costas a la demandada.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 4, 9, 10, 161, 168 y siguientes, 420 y siguientes del Código del Trabajo, artículo 13 de la Ley N° 19.728 y demás normas pertinentes;

SE RESUELVE:

I.- Que **se rechaza** demanda de tutela laboral de doña **MARCELA ANGÉLICA DE LOURDES CARVAJAL JORQUERA**; de doña **JACQUELINE BARSBY SANDOVAL**, doña **DEYANIRA ARLETTE ULLOA MEDINA**; de doña **MARISOL DEL CARMEN FLORES LABRAÑA**, y de doña **SARA GRICELDA PONCE LOVERA**, en contra de **EXPLOTADORA DE HOTELES NORTE S. A.**, representada por doña **GEORGIA IBARRA ARRIAGADA**, todos ya individualizados, por no haberse acreditado la vulneración de garantías fundamentales alegada.

II.- Que **se acoge** la demanda subsidiaria y se declara improcedente el despido de las demandantes ocurrido entre el 29 y 30 de abril de 2019, y en consecuencia se ordena el pago de las siguientes prestaciones:

A) Recargo legal del 30% sobre la indemnización por años de servicios:

- 1 .- Marcela Carvajal Jorquera, la suma de \$ 1.183.310.-
- 2 .- Jacqueline Barsby Sandoval, la suma de \$ 346.581.-
- 3 .-Deyanira Ulloa Medina, la suma de \$ 108.625.-
- 4 .-Marisol Flores Labraña, la suma de \$ 1.534.912.-
- 5 .-Sara Ponce Lovera, la suma de \$ 1.398.386.-

B).- Devolución del aporte del seguro de cesantía por la suma de:

- 1 .- Marcela Carvajal Jorquera, la suma de \$ 653.621.-
- 2 .- Jacqueline Barsby Sandoval, la suma de \$ 217.153.-
- 3 .-Deyanira Ulloa Medina, la suma de \$ 99.969.-
- 4 .-Marisol Flores Labraña, la suma de \$ 960.609.-
- 5 .-Sara Ponce Lovera, la suma de \$ 817.317.-

III.- Cada parte pagará sus costas.

Cumplase en los términos del artículo 462 del Código del Trabajo.



Regístrese y téngase por notificadas a las partes conforme lo dispuesto en el artículo 457 del Código del Trabajo.

Archívese en su oportunidad.

RIT T-1500-2019

RUC 19- 4-0215820-7

Proveyó don(a) IVETTE RENEE MOURGUET BESOAIN, Juez Titular del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.



GLTRRXHBPJ

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>