

C.A. de Temuco

Temuco, trece de julio de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Que ha ingresado la causa Rol Interno del Tribunal del Trabajo de Temuco, número O-990-2020, Rol Corte número 72-2021; caratulada *“Ulloa Rodríguez, Mario con Comercial CCU S.A.”*, relativa a despido injustificado y cobro de prestaciones laborales en Procedimiento Ordinario Laboral; para conocer del recurso de nulidad, deducido por el abogado Sr. Alvaro Valdés Rodríguez, en representación de la parte demandada, y en contra de la sentencia de fecha 17 de febrero de 2021, pronunciada por la Juez Titular del referido Tribunal Sra. Mónica Soto Silva, por la que se acoge la demanda deducida por MARIO OSVALDO ULLOA RODRIGUEZ, en contra del ex empleador COMERCIAL CCU S.A, y en consecuencia se declara que el despido de que fue objeto el demandante es injustificado y se condena a la demandada a pagar las siguientes prestaciones: 1.- Diferencia no pagada por Indemnización sustitutiva del aviso previo por la suma de \$ 272.465.- 2.- Diferencia por Indemnización por años de servicios por la suma de \$ 1.907.255.- 3.- Incremento del 30% por sobre la indemnización por años de servicio conforme lo dispuesto en el artículo 168 letra a) del Código del Trabajo por la suma de \$ 3.701.649.- calculada sobre una base de \$ 12.338.830.- 4.- Devolución del aporte del empleador al Seguro de desempleo descontado del finiquito \$ 1.543.798.-

El recurso en cuestión se fundó en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, refiriéndose infracción al artículo 172 del Código del Trabajo y artículo 13 en relación al artículo 52 de la Ley 19.728.

Solicita en consecuencia, se acoja el recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, se proceda a invalidar la sentencia recurrida, y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, declarando que no corresponde incluir la asignación de



traslación en la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo, y en consecuencia rechace la pretensión de diferencia de indemnización sustitutiva del aviso previo e indemnización por años de servicios, y en consecuencia el recargo del 30% de la indemnización por años de servicios asciende a \$3.129.473 (considerando que se le pagó la suma de \$10.431.575 por concepto de indemnización por años de servicios) y rechazando, además, la pretensión de devolución de descuento AFC, con costas.

CONSIDERANDO:

Primero: Que como se ha acotado más arriba, el recurso se sustenta en la causal contemplada en el artículo 477 del Código del Trabajo, norma que mandata anular la sentencia definitiva, cuando en aquella se hubiera infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o éstas se hubieran dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Se afirma en primer lugar como infringido el artículo 172 del Código del Trabajo, y se funda –luego de transcribir desde el considerando décimo al décimo sexto de la sentencia que se revisa- en que el Tribunal erró al fijar el monto que sirve de base de cálculo a las indemnizaciones por término del contrato de trabajo. Apunta que la discusión entre las partes en cuanto al monto que sirve de base de cálculo a la indemnización legal por años de servicios y consecuente recargo del 30% de dicha indemnización, radica en si se debe contemplar o no en ella la denominada “Asignación de traslación”. Agrega que a los vendedores de ruta, para cuyo ejercicio de sus funciones utilizan su vehículo personal, se le paga una asignación de traslación en relación a los días efectivamente trabajados, cuyo monto se determina en base a parámetros prefijados, conforme al Informe DICTUC que obra en autos y que contempla diversos ítems, como son los kilómetros recorridos, el precio del combustible, el desgaste del



vehículo, etc. Como se puede apreciar, añade el recurrente, este monto corresponde a una devolución de gastos en que incurre el trabajador, por lo que en estricto rigor dicho monto no constituye una renta –en cuanto incremento patrimonial-, para el trabajador, es decir, no es una cantidad *“que perciba el trabajador por la prestación de sus servicios.”* Precisa que el caso sublite es similar es el caso del trabajador que es enviado a prestar servicios fuera de la ciudad y rinde como gasto de alojamiento para prestar su servicio la factura del hotel donde se hospedó; el chofer a quién se le entrega dinero para cargar combustible en el auto en el cual traslada al empleador; o inclusive, dando un ejemplo de mayor ocurrencia, la trabajadora de casa particular a quién el empleador le entrega dinero para comprar los bienes necesarios para cocinar la alimentación del grupo familiar. Subraya que a diferencia de lo que expuso la sentenciadora, su representada no planteó en su contestación de demanda que éstos ítems deben ser excluidos porque no se pagan con el carácter de permanente. Lo que se sostuvo como defensa fue que éstos montos no los percibe el trabajador “por la prestación de sus servicios”, como exige el artículo 172 del Código del Trabajo, sino que se le pagan “PARA LA” prestación de sus servicios. Así, es irrelevante señala el recurrente si estos montos se pagan en forma permanente o no, pues lo relevante es que ellos no los percibe el trabajador como una contraprestación a causa de sus servicios, sino que con el objeto de poder prestarlos. En consecuencia, al realizar una correcta aplicación del artículo 172 del Código del Trabajo, no corresponde contemplarla dentro de la base de cálculo a que se refiere dicha norma para determinar el monto de la indemnización por años de servicios y su correspondiente recargo, por lo que se debió haber rechazado la pretensión de diferencia de indemnización por años de servicios. Con todo, la correcta interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 172 de Código del Trabajo –afirma el recurrente- consiste en que, en la medida que constituyan una devolución de los gastos en que ha incurrido el trabajador para cumplir



con las obligaciones que emanan el contrato de trabajo y que tienen por objeto producir la renta o remuneración, la asignación de traslación y viáticos no pueden incluirse dentro de la última remuneración devengada, tal como lo ha resuelto el fallo de 19 de enero de 2006, dictada por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema, en causa Rol N° 3.060-04, la que transcribe; refiriendo de igual manera sentencia de nulidad dictada en los autos rol n° 1414-2019 seguidos ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Concluye en este acápite, resaltando que el ítem Traslación es una devolución de gastos que no constituye remuneración y que no debe ser contemplada dentro de la base de cálculo de la indemnización por años de servicio ni de la indemnización sustitutiva del aviso previo, no siendo una distinción artificial los vocablos “por la” y “para la” prestación de los servicios, utilizada en el artículo 172 del Código del Trabajo, ya que es precisamente con ello que, al señalar “por la prestación de los servicios”, delimita o le pone coto a la expresión “toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador”.

Segundo: Que, en cuanto a este primer acápite de la causal invocada, debe tenerse presente, tal como consigna la juez a quo en su considerando décimo tercero, que si bien efectivamente el artículo 41 del Código del Trabajo, señala que no constituyen remuneración las asignaciones de movilización, entre otras y las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo, esta exclusión o limitación se refiere al concepto de remuneración, para diferenciar aquellas que resultan imponderables. Sin embargo, la situación prevista por el artículo 172 del Código del Trabajo es diferente, ya que se refiere a las prestaciones a considerar para los efectos del cálculo de las indemnizaciones legales asociadas al término del contrato, norma especial, que no es asimilable a la de remuneraciones, y que debe primar por sobre esta última y donde expresamente se indica que se incluirá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la



prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, excluyendo únicamente las asignaciones familiares legales, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos, cual no es la situación de la asignación que da lugar al recurso, ya que se percibía en forma mensual y durante toda la época de prestación de servicios.

Al respecto, cabe hacer presente lo resuelto en Recurso de Unificación de Jurisprudencia, la Excma. Corte Suprema, en sentencia de fecha 22 de enero de 2018, causa Rol N 33.800-17, en que se dispuso que el sentido de la citada disposición es claro en orden a establecer que debe descartarse de la noción de última remuneración mensual, para los efectos a que se refiere, aquellos beneficios o asignaciones que tienen el carácter de ocasionales, esto es, esporádicos o que se solucionan una sola vez en el año. Por lo tanto, corresponde colegir que para que el beneficio o asignación sea incluido en el concepto de última remuneración mensual, es menester, de acuerdo a la disposición especial que rige la materia, que tenga el carácter de permanente. Se explica que la normativa aplicable a la cuestión controvertida da preeminencia al atributo de habitualidad de la solución de los emolumentos, por sobre su naturaleza o forma de cálculo, al momento de definir cuáles rubros deben ser incluidos en el concepto de última remuneración mensual para efectos indemnizatorios.

Tercero: Que la juez a quo hace una correcta aplicación del citado artículo 172 del Código del Trabajo, pues el sentido de la norma transcrita es claro en orden a establecer que se excluyen del concepto de última remuneración mensual, para los efectos de que se trata, aquellos beneficios o asignaciones que tengan el carácter de esporádicos, esto es, ocasionales o que se pagan por una sola vez en el año y considerando que el Tribunal a quo estableció que la referida



asignación de traslación era pagada en forma mensual, teniendo en consecuencia el carácter de permanente y pagadera mes a mes, sin poder esta Corte, por la vía del recurso de nulidad, entrar a modificar hechos establecidos por el Juzgado del Trabajo, no existiendo en este sentido yerro en la sentencia recurrida.

Cuarto: Que finalmente cabe acotar, en relación a la afirmación de la recurrente, en cuanto a que la asignación de que se viene hablando no la percibía el actor “por la prestación de sus servicios”; que conforme el diccionario de la Real Academia Española, la palabra “por” –en una de sus diversas acepciones- es una proposición que denota “causa”; por su parte este último vocablo significa “aquello que se considera como fundamento u origen de algo”. Conforme lo anterior, no cabe duda que la asignación de “traslación” de que se viene hablando, es una que se pagaba al trabajador teniendo como fundamento la especial característica de los servicios que prestaba, de manera que la distinción que pretende la demandada en esta parte aparece como artificiosa. Por consiguiente, el recurso en este acápite deber ser desestimado.

Quinto: Que el recurso luego se sustenta aseverando una infracción al artículo 13 de la Ley 19.728. Indica –luego de transcribir la citada norma y el artículo 52 de la misma Ley- que como se puede apreciar, el artículo 13 se trata de una norma imperativa, al señalar “se imputará”, y el artículo 52 regula precisamente el caso en que el trabajador decida ejercer la acción por despido injustificado conforme al artículo 168 del Código del Trabajo, estableciendo expresamente dicha norma que en caso de que se acoja la pretensión, es decir, de que se declare que el despido es injustificado, la sentencia deberá ordenar al empleador que pague las prestaciones que corresponden conforme al artículo 13, es decir, que se impute a la indemnización por años de servicios la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador



más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a las cuales el asegurado pueda hacer retiros en la forma que señala el artículo 15. Así las cosas, aun cuando se declare que la causal de despido por necesidades de la empresa fue improcedente, lo cierto es que dicha causal no cambiará, por lo que procede efectuar la imputación del saldo aporte empleador al seguro de cesantía. Esta correcta interpretación ha sido sostenida por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago en autos Rol 1107-2015, que en parte transcribe el recurrente.

Añade que, no obstante, la sentenciadora decidió acoger esta pretensión por el solo hecho de que se declaró improcedente el despido. Como se puede apreciar, la Juez A Quo yerra al interpretar y aplicar el artículo 13 de la Ley 19.728, puesto que al señalar “Se imputará..” sin lugar a dudas se trata de una norma imperativa, y no permisiva. Además, para la aplicación de dicha norma la Juez ha agregado un requisito adicional no previsto en la ley, como es, que el despido por necesidades de la empresa se estime justificado, lo que configura plenamente la causal de nulidad invocada. Cita una sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 6 de febrero de 2018, en autos ROL 2.339-2017, la que transcribe también en parte; haciendo lo mismo con sentencia de la Excma. Corte Suprema, en autos Rol 23.348-2018, caratulada “Ortiz con Rendic Hermanos S.A.”, de 4 de marzo de 2019.

Sexto: Que, para resolver este segundo reclamo de nulidad, es necesario tener presente -en primer lugar- que en caso de disconformidad del trabajador con la causal de desvinculación laboral impetrada por su empleador, puede éste recurrir al órgano jurisdiccional, quien es en definitiva el que resolverá acerca de la procedencia de las circunstancias y la justificación del despido. Luego, entonces, si el tribunal llamado a conocer de la controversia determina -conforme a sus facultades- que en el caso en análisis la desvinculación del trabajador no obedeció a la causal establecida en el artículo 161 del



Código del ramo, mal puede el demandado asilarse en el artículo 13 de la Ley 19.728, para imputar a la indemnización por años de servicios del trabajador las cantidades que cotiza para efectos de su seguro de cesantía, porque el despido no obedeció a necesidades de la empresa. Sostener lo contrario, significaría que bastaría con la mera voluntad del empleador de despedir al trabajador por necesidades de la empresa, sin justificación alguna, para hacer efectivo el descuento, resultando banal la decisión de la sentenciadora en relación a la existencia o veracidad de la decisión de la parte empleadora, razón por la cual el argumento en ese sentido que efectúa el impugnante no es acertado ni pertinente. En el caso sub judice, por decisión jurisdiccional la desvinculación del demandante no se debió a necesidades de la empresa y en tal evento, el descuento que pretende la demandada no resulta procedente puesto que el motivo del despido resultó injustificado.

Séptimo: Que, a mayor abundamiento, el artículo 13 de la Ley N 19.728, indica que *“Si el contrato terminare por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tendrá derecho a la indemnización por años de servicios”*, y el inciso segundo indica que se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía. Del tenor de la regla queda claro que una condición sine qua non para que opere es que el contrato de trabajo haya terminado por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Luego, si el término del contrato por necesidades de la empresa fue considerado injustificado por el juez laboral, cabe entender que no se satisface la condición; ya que estimar lo contrario, constituiría un incentivo a invocar una causal errada con el objeto de obstaculizar la restitución o, lo que es lo mismo, validando un aprovechamiento del propio dolo o torpeza –nemo auditur non turpidunimen est- y significaría además que un despido injustificado, en razón de una causal impropia, produciría efectos, a pesar que la sentencia declare la causal improcedente e injustificada. De ahí que deba entenderse que la sentencia que declara injustificado el despido



por necesidades de la empresa priva de base a la aplicación del inciso segundo del artículo 13 de la Ley 19.728.-

Octavo: Que finalmente cabe tener presente que 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, igualmente se le otorgaría validez, verificándose así una inconsistencia, pues por un lado el despido sería injustificado, pero por otro la imputación, consecuencia del término por necesidades de la empresa, mantendría su eficacia.

Noveno: Que, en concordancia con lo anterior, el tribunal, al contrario de lo que estima el recurrente, aplicó correctamente las normas que se dicen infringidas, no incurriendo en los errores de derecho que éste denuncia, por lo que el recurso en este acápite también será rechazado.

Por lo expuesto, y visto, además dispuesto en los artículos 474 y siguientes, 480, 481 y 482 del Código del Trabajo, se declara: Que **SE RECHAZA**, el recurso de nulidad interpuesto por el abogado Sr. Alvaro Valdés Rodríguez en representación de la parte demandada Comercial CCU S.A., en contra de la sentencia ya individualizada dictada por Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco con fecha diecisiete de febrero de dos mil veintiuno, la que en consecuencia, no es nula.

Estimándose que la parte demandada tuvo motivos plausibles para recurrir, cada parte pagará las costas del recurso.

Regístrese y agréguese a la carpeta digital.

Redactó Alexis Salvador Gómez Valdivia, Abogado Integrante.-
Laboral - Cobranza-72-2021. (fcv)





RPXKJYXBHG

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Temuco integrada por Ministro Carlos Ivan Gutierrez Z., Fiscal Judicial Oscar Luis Viñuela A. y Abogado Integrante Alexis Salvador Gomez V. Temuco, trece de julio de dos mil veintiuno.

En Temuco, a trece de julio de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

