

C.A. de Concepción

Concepción, diecinueve de octubre de dos mil veintiuno.

Vistos:

Que don Cristóbal Schmidt Fuenzalida, por el demandado, en autos RIT T-87-2019 del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, recurre de nulidad en contra de la sentencia definitiva de 6 de julio de 2020 (sic), que rechaza la denuncia de tutela por vulneración de derechos fundamentales deducida por don Alexis Parga Illanes, en representación de doña Lina Alejandra Arévalo Valdebenito, en contra de Deportes Sparta Ltda, representada por don Ian Kummerlin Gottschald, y acoge parcialmente la demanda subsidiaria de despido injustificado o improcedente y cobro de prestaciones deducida, declarando que el despido improcedente y condenado a esta última al pago de las siguientes prestaciones: a) La suma de \$1.371.697 por concepto de recargo legal del 30% de conformidad al artículo 168 letra a) del Código del Trabajo; b) La suma de \$ 734.952 por reembolso de descuento de Seguro de Cesantía; c) Por concepto de semana corrida por un monto de \$1.877.503 y rechaza, en lo demás, la demanda de cobro de prestaciones. Las sumas antes señaladas se les aplicarán reajustes e intereses, sin costas.

Se procedió a la vista del recurso en la audiencia de 13 de octubre en curso, a la que asistieron y alegaron los abogados de las partes.

**Con lo relacionado y considerando:**

PRIMERO.- Que la defensa del demandado invoca como motivo de nulidad de la sentencia, el previsto en el artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, esto es, por haber concedido el fallo el beneficio de semana corrida a la actora por la suma de \$1.877.503 y al haber condenado a Deportes Sparta Ltda a devolver la cantidad de \$734.952 por concepto de reembolso de descuento de seguro de cesantía; infringiendo el artículo 45 del Código del Trabajo y el artículo 13 de la ley N° 19728, respectivamente. Solicita que se acoja el recurso y que se dicte sentencia de reemplazo que declare que la demandante no tiene derecho a percibir el beneficio de semana corrida y que el descuento practicado por el empleador ascendente a \$734.952 es procedente y ajustado a derecho, con costas.

Funda su recurso por estimar que se infringe el artículo 45 del Código del Trabajo, porque no se dan los presupuestos legales para



que en los hechos se configure el beneficio de semana corrida. Añade que la actora argumentó que su remuneración era de carácter mixta, ya que percibía un sueldo fijo y una remuneración variable, compuesta por: a) “Bono Cumplimiento meta”, b) “Unidad por boleta”, y c) “Incentivo de ventas”, los cuales, según sus dichos, cumplen con los requisitos para su procedencia. La demandada desconoce la naturaleza misma de la parte variable de su remuneración y sostiene que el tenor de las estipulaciones pactadas: Bono incentivo a las ventas e incentivo de unidades por boleta, los que se perciben por un porcentaje del cumplimiento de presupuestos de venta o de unidades por boleta de la tienda en particular. Estos estipendios miran al cumplimiento de presupuestos de manera general, de todos los trabajadores de la tienda y no al esfuerzo particular del demandante, por lo que no procede, ni concurren los requisitos para devengar sobre estas remuneraciones el beneficio de semana corrida.

Añade que el criterio de los tribunales superiores, en el caso de los trabajadores remunerados sobre la base de un porcentaje de la venta bruta total mensual, que se reparte entre ellos, en partes iguales o según sus especialidades, es un procedimiento de ganancia colectiva, debiendo considerarse que son remunerados mensualmente, por lo que el pago de los domingos y festivos se halla incluido en la contraprestación pactada.

En el caso de autos, no procede el beneficio de semana corrida al no cumplirse con los requisitos que la ley ha establecido, por cuanto la parte variable de su remuneración se genera por el rendimiento colectivo de la tienda y, en consecuencia, no se devenga de manera diaria.

Sin perjuicio de aquello, el tribunal a quo ha dictado sentencia con infracción de ley, según los considerandos Trigésimo primero a Trigésimo sexto, y en especial en el considerando Trigésimo quinto que cita. Así, el *a quo* ha aplicado incorrectamente el artículo 45 del Código del Trabajo al haber omitido como requisito de procedencia de la semana corrida que la parte variable se devengue diariamente. Cita fallo de unificación de jurisprudencia en apoyo a sus argumentos (40683-2018, 16591-2018, 13795-2019, 124372-2020, 44039-2020).

El segundo capítulo de nulidad, se sostiene en la infracción al artículo 13 de la ley N° 19728, relativo a la devolución del monto descontado por AFC a la indemnización por años de servicio, señala que esta causal se aprecia en los considerandos 39 a 41, que cita.



Añade que el juez desatiende el tenor literal del artículo 13, dado que la ley no realiza referencia o distinción alguna si el despido por necesidades de la empresa es o no justificado, remitiéndose únicamente a la potestad y determinación del empleador para realizar el descuento.

El fallo no se encuentra conforme a la norma que regula los descuentos de los aportes del empleador a la AFC. El artículo 13 de la ley, sólo exige que el despido se haya efectuado por aplicación del artículo 161 del Código del Trabajo, cosa que así ocurre en autos. Si se determina que el despido es injustificado, la norma no dispone que se deba devolver el monto descontado y es por ello que no podrá el juez aplicar sanciones no establecidas en la ley.

Sostiene que el concepto alegado de devolución de los aportes del empleador al AFC es improcedente, porque se intenta la declaración de despido injustificado y con ello, no es el supuesto del despido aplicado por la causal del artículo 161 del Código del Trabajo, en circunstancias que la sanción por aplicar una causal indebida o improcedente para el despido conlleva, en virtud del artículo 168, a que el tribunal declare y sustituya la causal del despido por cualquiera de las establecidas en el artículo 161 del código del trabajo. Así, independiente de los efectos de la declaración de despido injustificado, su efecto será el mismo, esto es, que se puso término al contrato en virtud del artículo 161, por lo que acogándose o rechazándose la demanda, este concepto reclamado es improcedente, porque el despido no puede quedar sin causal. Cita jurisprudencia en su apoyo. (23.348-2018, 138.207-2020, 26.030.2019,) Corte de Apelaciones de Temuco y Santiago, 403-2017,

Así, la aplicación de la norma indicada efectuada en la sentencia es incorrecta, demostrándose que la interpretación adecuada, armónica y correcta es la manifestada en las sentencias que señala, las que disponen que resulta procedente y ajustado al artículo 13 de la ley N° 19728, efectuar el descuento de los montos aportados en las cuentas individuales de cesantía del actor en aquellos montos pagados por indemnización por años de servicios, sin que sea necesaria la calificación de justificada o no de la causal de término de contrato, porque la ley no distingue y añade que de haberse aplicado correctamente el artículo 13 de la ley N° 19728, la única posición posible habría sido rechazar la demanda respecto a la pretensión de devolución del descuento practicado en el finiquito del trabajador por concepto de aporte a la AFC.



SEGUNDO.- Que son hechos de las causa y que constan en la sentencia recurrida, los siguientes: a) que “la demandada” (sic) fue despedida el 10 de octubre de 2019 invocando el empleador la causal del artículo 161 inciso segundo, esto es, desahucio escrito del empleador; b) que la carta de despido, no menciona cual es la hipótesis legal en que se funda la decisión de aplicar el desahucio y conforme a ello, se acoge la demanda en cuanto a la improcedencia del despido; c) que la demandante tenía un sueldo mensual y, además, una remuneración variable, compuesta, en su caso, por el denominado “bono incentivo venta” y “bono incentivo venta por emisión de boletas”; d) que en el finiquito se imputó por el empleador el aporte al seguro de cesantía, disminuyendo el monto a pagar de la indemnización por años de servicios. Así consta en los motivos Decimoquinto, Vigésimo sexto, Trigésimo quinto y Trigésimo noveno, respectivamente, de la sentencia impugnada.

TERCERO.- Que el recurso en análisis tiene un carácter extraordinario, se trata de un recurso de derecho estricto y cuya finalidad depende de la causal de nulidad que se invoca. Su carácter de derecho estricto queda de manifiesto en la excepcionalidad de los presupuestos que configuran cada una de sus causales, en atención a la finalidad perseguida por ellas, situación que igualmente determina un ámbito restringido de revisión por parte de los tribunales superiores y que, como contrapartida, impone al recurrente la carga procesal de precisar con rigurosidad los fundamentos y peticiones concretas de las distintas causales de nulidad invocadas, según lo dispuesto en el artículo 478 inciso final del Código del Trabajo.

CUARTO.- Que la causal de nulidad de la sentencia establecida en la segunda parte del artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, que “aquella se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, se configura si la ley se ha aplicado a casos no regulados por ella, si no se ha aplicado a los casos específicamente contemplados en ella o si, habiéndose aplicado, no lo ha sido en forma correcta; pero en todas estas hipótesis deben respetarse los hechos establecidos en el fallo recurrido, pues esta causal constituye únicamente un cuestionamiento al juzgamiento jurídico en que se sustenta la sentencia impugnada en cuanto a la elección de la norma aplicable a los hechos asentados en el proceso.

“En síntesis, se trata de una revisión exclusivamente del derecho aplicado al fallo, sin que, por esta vía, se puedan alterar los hechos que



han quedado asentados en la sentencia recurrida” (G. Lanata F: “El sistema de recursos...”. Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pág: 166).

QUINTO.- Que en cuanto a la semana corrida conferida a la demandante, ella está destinada a incentivar la asistencia al trabajo, el cumplimiento de la jornada pactada y también responde al derecho a descanso remunerado, por los días domingos y festivos, para aquellos trabajadores cuya estructura o régimen por sus servicios, les impide devengar remuneración por esos días.

El artículo 45 del Código del Trabajo, en tanto, reconoce el derecho a semana corrida a los trabajadores remunerados exclusivamente por día y a aquellos remunerados por sueldo mensual y remuneraciones variables.

SEXTO.- Que esta norma permite sostener que los trabajadores remunerados exclusivamente por día tienen derecho a percibir por los días domingo y festivos o por los días de descanso compensatorio, según corresponda, una remuneración equivalente al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago. Al igual que los trabajadores afectos a un sistema mixto, esto es, compuesto por sueldo mensual y remuneraciones variables, respecto de quienes el cálculo de los respectivos días de descanso deberá efectuarse considerando exclusivamente el promedio de lo percibido por concepto de remuneraciones variables en el correspondiente período de pago.

SÉPTIMO.- Que el hecho que la remuneración variable del actor no se devengue en forma diaria, no es óbice para otorgar el derecho a la remuneración por los días domingos y festivos que reclama, desde que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 45 del Código del Trabajo, ya que tiene un sueldo mensual y, además, una remuneración variable, compuesta, en su caso, por los denominados “bono incentivo venta” y “bono incentivo venta por emisión de boletas”, según se ha establecido; por lo que el recurso de nulidad en este extremo, no puede prosperar.

OCTAVO.- En cuanto al segundo capítulo del recurso de nulidad en análisis es un hecho establecido en el proceso que la demandante fue despedida por la demandada por la causal establecida en el inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo, determinándose que fue improcedente o injustificada la aplicación de esta causal de despido y conforme a ello ha acogido la pretensión de la demandante, ordenando la devolución de los montos descontados,



conforme al finiquito aportado en autos, debiendo el demandado restituir las sumas que indica.

NOVENO.- Que conforme se ha resuelto en unificación de jurisprudencia, 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 exigida por el inciso segundo del artículo 13 de la ley N°19728, no sólo porque 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, sino que significaría que un despido injustificado, en razón de una causal impropia, produciría efectos, a pesar que la sentencia declara 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 ya citado. Así se ha resuelto por la Corte Suprema (v.gr. roles 9796-2019, 14630-2019, 33666-2019, 134025-2020, 1529-2020, 2811-2020).

DÉCIMO.- Que conforme a lo señalado, aun cuando la materia en análisis es objeto de pronunciamientos diversos por el Máximo Tribunal, la sentencia ha sido dictada conforme a derecho al ordenar el beneficio y pago ya indicados, por lo que el recurso intentado no puede prosperar.

UNDECIMO.- Advirtiéndose un error manifiesto en la fecha del fallo impugnado, se precisa que es en este año que se ha dictado la sentencia definitiva de autos y no en el año recién pasado, como en ella se indica.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo previsto en los artículos 474, 477, 481 y 482 del Código del Trabajo, se RECHAZA, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por la demandada en contra de la sentencia definitiva de seis de julio del año en curso, contenida en el folio 68; la que, en consecuencia, no es nula.

Regístrese, notifíquese, insértese en la carpeta virtual y devuélvase.

Redactó Camilo Álvarez Órdenes, ministro titular.

Rol Laboral-Cobranza 407-2021.-





DKVFKSSZCB

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Concepción integrada por los Ministros (as) Fabio Gonzalo Jordan D., Camilo Alejandro Alvarez O. y Abogado Integrante Hugo Tapia E. Concepcion, diecinueve de octubre de dos mil veintiuno.

En Concepcion, a diecinueve de octubre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

