

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil veintidós.

Vistos:

En estos autos RIT O-6838-2019, RUC N°1940022240-9, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en los autos caratulados “Rioseco Fraile Mario con Empresa de Ferrocarriles del Estado,” por sentencia de diecinueve de octubre de dos mil veinte, se acogió parcialmente la demanda de despido improcedente y se ordenó a la demandada pagar el recargo legal y prestaciones laborales que indica, además de las diferencias de cotizaciones previsionales, desestimando el extremo de nulidad del despido.

Ambas partes dedujeron recurso de nulidad los que fueron rechazados por una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante resolución de dos de agosto de dos mil veintiuno.

En contra de este fallo, las mismas partes interpusieron recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando que se acoja y se dicte la sentencia que describen.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 483 y 483-A del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio, existen distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de los tribunales superiores de justicia. La presentación debe ser fundada, incluir una relación precisa y circunstanciada de las divergencias jurisprudenciales y acompañar copia del o de los fallos que se invocan como criterios de referencia.

I.- En cuanto al recurso de la parte demandada.

Segundo: Que la Empresa de Ferrocarriles del Estado propone dos materias a unificar: a) Determinar si las horas extraordinarias (estipendio variable) que realizan los trabajadores de E.F.E., tienen el carácter de imponibles o cotizables al tenor de lo establecido en los artículos 1° transitorio de la Ley 19.170, 10 del D.F.L. N° 3, 1° de la Ley 17.273 y 8° del D.L. 2440; y b) La infracción a la norma del artículo 13 de la Ley 19.728, en relación con el artículo 4 y 52 que establece el seguro de desempleo y la posibilidad de descontar el aporte del empleador cuando el contrato de trabajo termina por las causales del artículo 161 del Código del Trabajo, específicamente, la causal de necesidades de la empresa.



En lo pertinente al pago de las cotizaciones previsionales derivadas de las horas extraordinarias, reclama la recurrente que para entender el régimen legal aplicable a sus trabajadores, respecto de la impositividad de los estipendios variables, es necesario remontarse al año 1971, cuando se dictó la Ley N° 17.273, la que determinó que, para los efectos de la jubilación y montepío de los obreros y empleados de E.F.E., se computarían la totalidad de las remuneraciones anexas no impositivas. Agrega que, no obstante ello, la misma norma exceptuó de tal cómputo, entre otras, a los estipendios percibidos en tiempo extraordinario. Refiere que, posteriormente, en el año 1978, el artículo 8 del Decreto Ley N° 2.440, el DL N° 2.758, de 1979, el artículo 10 del mismo DFL N°3, de 1980, lo deja completamente claro, al señalar “que sus disposiciones no afectarían al régimen previsional de los trabajadores de E.F.E.” Expresa que, a continuación, en el año 1993, se dictó el DFL N° 1 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que, por mandato del artículo 8 transitorio de la Ley N° 19.170, se fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, y en su artículo 22 se recogió la norma del antiguo “artículo 13 del D.F.L. 94” (*sic*).

Afirma que realizando una atenta lectura de los cuerpos legales invocados subyace la inequívoca conclusión que, manteniendo los trabajadores de E.F.E. su sistema previsional, las horas extraordinarias no son impositivas.

Respecto a la segunda materia de derecho propuesta, esto es, la restitución de las sumas descontadas por AFC, señala que si al momento del despido la causal invocada fue alguna del artículo 161 del Código del Trabajo y fue declarada improcedente, como quiera que sea, el contrato terminó por ese motivo y no por otro, lo que no cambia por el hecho de haber sido declarada improcedente su aplicación, no pudiéndose impedir, por tanto, que el empleador descuente el seguro de lo que tenga que pagar.

Añade que el artículo 13 no efectúa tal distinción, no existiendo razón para entender que la remisión que efectúa el artículo 52 lo sea sólo a su inciso primero.

a) Respecto a la primera materia de derecho.

Tercero: Que dada la conceptualización que el legislador ha hecho del recurso en estudio, constituye un factor necesario para alterar la orientación jurisprudencial de los tribunales superiores de justicia acerca de determinada materia de derecho “objeto del juicio”, la concurrencia de, a lo menos, dos



resoluciones que sustenten distinta línea de razonamiento al resolver litigios de idéntica naturaleza.

De esta manera, no se aviene con la finalidad y sentido del especial recurso en análisis, entender como una contraposición a la directriz jurisprudencial la resolución que pone fin a un conflicto sobre la base de distintos hechos asentados o en el ámbito de acciones diferentes, en tanto ello supone necesariamente la presencia de elementos disímiles, no susceptibles de equipararse o de ser tratados jurídicamente de igual forma.

Cuarto: Que, para determinar si los presupuestos de las sentencias materia de estudio son similares, es útil tener en consideración que el fallo recurrido desestimó el recurso de nulidad que dedujo la parte demandada, teniendo en consideración que *(sic)* “...en el análisis que efectúa la magistrada de base, en el citado fundamento 9°, no obstante las disposiciones que cita la demandada en su recurso, deja sentado que esas normas corresponden al régimen anterior a la entrada en vigencia del D.L. N° 3.500 de 1980, como también considera que para estos efectos las horas extraordinarias deben ser imponibles, habida cuenta del concepto de remuneración que, en su artículo 4 letra b) considera a las horas extraordinarias parte de las mismas, así como las modificaciones introducidas a partir de 1980 en adelante, sobre todo al considerar que los trabajadores de la Empresa de Ferrocarriles del Estado debe aplicárseles el Código del Trabajo. En esta normativa es evidente que no tiene cabida la interpretación de la empresa demanda, que intenta sustraer a sus trabajadores de este régimen laboral.”

Quinto: Que, para los efectos de fundar su pretensión, la recurrente cita un fallo de esta Corte, en los autos Rol N° 2.780-1998, en el que la controversia se refiere a determinar si en el concepto de remuneración imponible que utiliza el artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.170, para el pago de la indemnización compensatoria a los trabajadores que al 31 de mayo de 1991 estuvieran prestando servicios y que fueran desahuciados por necesidades de la empresa, deben incorporarse aquellas remuneraciones variables obtenidas por los demandantes.

Sexto: Que, en consecuencia, como la situación planteada en la sentencia impugnada difiere de aquella de que trata la de contraste, no concurre el requisito que se analiza, esto es, que se esté en presencia de situaciones que se puedan homologar; razón por la que el presente recurso no puede prosperar y debe ser necesariamente rechazado.

b) En lo referente al artículo 13 de la Ley 19.728.



Séptimo: Que la decisión impugnada resolvió la controversia argumentando, en síntesis, que el descuento efectuado por el empleador de los montos enterados a título de seguro de cesantía, solo se justifica cuando se configuran los presupuestos del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, si 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 se declara que el despido es improcedente, no es posible que se autorice al empleador a imputar a la indemnización por años de servicio lo aportado por dicho concepto.

Octavo: Que, las sentencias que acompaña para la comparación de la materia de derecho propuesta, son las dictadas por esta Corte en los N° 25.273-2019, N°26.030-2019 y N°138.207-2020 que expresan una tesis jurídica diversa, toda vez que, en síntesis, resuelven que procede el aludido descuento aun cuando se haya declarado injustificado el despido, en atención a que la sanción para el empleador es el aumento del 30% en la indemnización por años de servicios, lo que conduce a emitir un pronunciamiento al respecto y proceder a uniformar la jurisprudencia en el sentido correcto.

Noveno: Que, para los fines de asentar la recta exégesis en la materia, debe tenerse presente que esta Corte, de manera sostenida (desde el rol N° 27.867-17, siguiendo con los N° 23.348-2018, N° 4.503-19, N° 19.198-19, N° 16.086-19, N° 6.187-19, N° 12.179-19 y últimamente en los roles N° 19.607-19, 134.204-20, 6.887-21, 44.919-21, 50.303-21 entre otros) ha establecido que una condición *sine qua non* para que opere el descuento materia de autos, es que el contrato de trabajo haya terminado efectivamente por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, lo que se ve corroborado por el artículo 168, letra a) del Estatuto Laboral, de forma tal que si la sentencia declara injustificado el despido priva de base a la aplicación del inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.728, pues 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 tribunal, simplemente no se satisface tal requisito, 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.

Décimo: Que, de esta forma, no yerra la Corte de Apelaciones de Santiago al concluir que es improcedente descontar de la indemnización por años de



servicio que corresponde al trabajador, el monto aportado por el empleador a la cuenta individual de cesantía cuando el despido es declarado injustificado, pues, como ya se dijo, tal descuento sólo procede si se configuran los presupuestos del artículo 161 del Código del Trabajo.

Undécimo: Que sobre la premisa de lo antes razonado, no obstante la verificación de la disimilitud doctrinal entre la sentencia impugnada y las aparejadas al recurso, procede rechazar la unificación planteada, por cuanto el fallo recurrido contiene la posición jurisprudencial adecuada, no siendo, por lo tanto, necesario uniformar criterio.

II.- Respecto al recurso de la parte demandante.

Duodécimo: Que se ha propuesto como materia a unificar *“establecer que ante el no pago de las cotizaciones de las horas extraordinarias, resulta aplicable la sanción contemplada en el artículo 162 del Código del Trabajo.”*

Reclama el recurrente que tal como se ha resuelto en las sentencias que acompaña, para el fin unificador, las horas extraordinarias pagadas por E.F.E. tienen el carácter de imponibles, razón por la cual corresponde el pago de las correspondientes cotizaciones previsionales, de manera que al no encontrarse solucionadas al momento del despido, corresponde la aplicación de la nulidad del mismo.

Agrega que en este juicio se declaró el despido improcedente, se condenó al pago de las cotizaciones previsionales adeudadas, no obstante aquello se exoneró a la demandada de la sanción del artículo 162, incisos quinto y séptimo, del Código del Trabajo, pese a cumplir todos sus presupuestos.

Refiere que el carácter declarativo de la sentencia hace aplicable la institución de nulidad del despido, sin que sea procedente el argumento en relación a que con motivo de la sentencia el demandado toma conocimiento que se debe pagar las diferencias de cotizaciones, toda vez que se ha explicado que la empresa ha sido condenada en múltiples ocasiones por multas de la Inspección del Trabajo, sentencias, indicaciones de la Superintendencia de Seguridad Social, por lo que mal puede desconocer su obligación de imponer por las horas extraordinarias y ser condenado a la punición de nulidad del despido.

Enfatiza que debe considerarse la presunción de derecho del artículo 3, inciso 2°, de la Ley 17.322, en orden a que por el solo hecho de haberse pagado total o parcialmente las respectivas remuneraciones (lo que se da en la especie), se presume de derecho que el empleador ha efectuado las retenciones



correspondientes, y, por ende, habiéndolas realizado, posteriormente incumple su obligación de pago, estando en mora previsional y ocasionando un grave perjuicio a los trabajadores. Explica que las horas extraordinarias, por expresa disposición legal, constituyen haberes imponibles, por lo que el empleador al pagarlas mes a mes, debió haber retenido el porcentaje que debía ser enterado para el pago de las cotizaciones de seguridad social (AFP, Salud, Cesantía y Accidente del Trabajo), para después, dentro de los plazos legales, enterarlas en las instituciones de seguridad social respectivas. No obstante, la empresa demandada, en total contravención a la ley y, además, haciendo caso omiso a pronunciamientos emitidos por la Superintendencia de Pensiones y la Dirección del Trabajo, no pagó a las instituciones de seguridad social el porcentaje que correspondía deducir al valor total de las horas extraordinarias trabajadas mes a mes para E.F.E.

Décimo tercero: Que, para efectos de fundar el recurso, el recurrente cita dos sentencias, la primera de la Corte de Apelaciones de Valdivia pronunciada en el Rol N°123-2016, que, en lo pertinente, expresa “..de acuerdo a la clara interpretación dada por las autoridades especializadas en la materia, a la cual adhiere la sentenciadora en su fallo, no se vislumbra que en el dictamen impugnado se haya incurrido en un contravención de la disposición legal citada, pues consta que el actor fue trabajador de la Empresa de Ferrocarriles del Estado y durante toda la vigencia de la relación laboral estuvo sujeto al régimen previsional de capitalización individual regulado en el Decreto Ley N°3.500, en consecuencia, las horas extraordinarias trabajadas en su caso son imponibles, y no habiéndose pagado las cotizaciones respectivas por dicha prestación al momento del despido, resulta del todo aplicable la sanción contemplada en el artículo 162 del Código del Trabajo.”

La segunda emana de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada en los antecedentes N°601-2018, donde también ex trabajadores de la Empresa de Ferrocarriles del Estado demandaron despido injustificado y cobro de prestaciones laborales, incluidas las cotizaciones previsionales derivadas del pago de las horas extraordinarias pagadas durante la vigencia de la relación laboral, resolviéndose que “...si el Decreto Ley N°3.500 prevé que se entiende por remuneraciones aquellas que define el artículo 41 del Código del Trabajo, y esta norma alude a las contraprestaciones y las adicionales avaluables en dinero, entonces las horas extraordinarias se encuentran incluidas dentro de estas últimas, esto es, se trata



de estipendios que se entienden remuneración y que deben ser considerados dentro de los rubros exigibles para el cálculo de las cotizaciones de seguridad social adeudadas por todo el período trabajado por los demandantes, y que hayan estado bajo la vigencia del régimen previsional de capitalización individual.”

Décimo Cuarto: Que, por su parte, el fallo impugnado rechazó el recurso de nulidad fundado en el artículo 477 del Código del Trabajo, en relación con el artículo 162 del mismo cuerpo legal, teniendo en consideración que *“...no obstante haber establecido la sentenciadora en el motivo 9° de la sentencia impugnada, que había diferencia de cotizaciones previsionales, por cuanto no se le había efectuado el respectivo descuento por las horas extraordinarias, del mismo contexto en que la juez concluye esa diferencia, más lo que señaló la demandada a su respecto, es dable colegir que esa situación era interpretable y solo ha podido ser reconocido en la sentencia objeto de este recurso. Por lo anterior, en concepto de esta Corte, no se cumple en la especie, con la premisa fáctica del artículo 162 inciso 5° del Código del Trabajo, en cuanto sanciona al empleador que ha retenido los descuentos a la remuneración producto de las cotizaciones previsionales y luego no los ha pagado en su oportunidad, toda vez que si no se efectuó esa cotización era porque la empresa demandada, asilándose en una interpretación legal sobre el régimen previsional aplicable a sus empleados, en relación a ese rubro, estimaba que la horas extraordinarias no eran imponibles. En efecto, tratándose sobre todo de organismos públicos, como se ha señalado reiteradamente por la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, no obstante tener derecho el trabajador a que se le enteren en las cotizaciones previsionales las diferencias de remuneraciones producidas, no es menos cierto que esa conclusión se produce en la sentencia, de modo tal que el actuar pretérito de la empresa pública demandada está protegido por el principio de confianza legítima, por lo que no es posible concebir que -a la fecha del despido- voluntaria y deliberadamente la demandada haya retenido parte de las remuneraciones – como son las horas extraordinarias- y así no haya enterado lo que corresponde a esa diferencia. En consecuencia, no dándose en la especie el requisito que señala el párrafo final del inciso 5° del citado artículo 162, en cuanto a que el empleador enteró las imposiciones que, según su concepto, sí correspondía pagar, la causal del recurso del demandante debe ser desestimada, por falta de fundamento.”*

Décimo quinto: Que, en consecuencia, existiendo distintas interpretaciones en una misma materia de derecho, cual es determinar si la



sanción establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo procede en el caso en que se hayan pagado las cotizaciones previsionales en forma incompleta al no imponer sobre estipendios que constituyen remuneración, como son las horas extraordinarias, corresponde que esta Corte se pronuncie acerca de cuál es la acertada.

Décimo sexto: Que la pretensión del trabajador referida al pago de las remuneraciones del período que medie entre la fecha del despido y aquella en que se notifique el íntegro de las cotizaciones previsionales, está prevista en los incisos 5°, 6° y 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, que establecen: *“Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo. Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago. Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador”*.

Décimo séptimo: Que, en esta materia, resulta de interés tener presente que la razón que motivó al legislador para modificar el artículo 162 del Código del Trabajo, por la vía de incorporar, por el artículo N° 1, letra c), de la Ley N° 19.631, el actual inciso 5°, fue proteger los derechos previsionales de los trabajadores por la insuficiencia de la normativa legal en materia de fiscalización, y por ser ineficiente la persecución de las responsabilidades pecuniarias de los empleadores a través del procedimiento ejecutivo; cuyas consecuencias negativas en forma indefectible las experimentan los trabajadores, en especial los más modestos, quienes ven burlados sus derechos previsionales, y, por ello, en su vejez no les queda otra posibilidad que recurrir a las pensiones asistenciales, siempre insuficientes, o a la caridad; sin perjuicio de que, además, por el hecho



del despido quedan privados de su fuente laboral y, por lo mismo, sin la probabilidad de solventar sus necesidades y las de su grupo familiar.

Décimo octavo: Que para esclarecer si el incumplimiento en el pago de las cotizaciones previsionales del trabajador demandante, constituye el presupuesto de la sanción prevista en el inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, es necesario tener presente que las contraprestaciones pecuniarias y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador, por causa del contrato de trabajo, se entienden por el legislador como "remuneración", según lo preceptúa el artículo 41 del mencionado Código del Trabajo, salvo las excepciones legales que el mismo texto contempla, indicando, en forma expresa, en la letra b) del artículo 42 del Estatuto Laboral que las horas extraordinarias se encuentran incorporadas en aquellas.

Décimo noveno: Que el referido cuerpo legal, en su capítulo VI del Título I del Libro I, contiene una serie de normas destinadas a proteger las remuneraciones. Así, el artículo 58, impone, entre otras, la siguiente obligación: *"El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social"*. Tal descuento a la remuneración de un trabajador para los efectos de la seguridad social, es obligatorio según lo estipula el artículo 17 del Decreto Ley N° 3.500, al indicar: *"Los trabajadores afiliados al Sistema, menores de sesenta y cinco años de edad si son hombres, y menores de sesenta años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el diez por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles"*.

Vigésimo: Que, además, el mismo cuerpo legal al determinar el nuevo sistema de pensiones, el de las administradoras de fondos de pensiones o de capitalización individual, en su artículo 19 estipula que: *"Las cotizaciones establecidas en este Título deberán ser declaradas y pagadas por el empleador en la Administradora de Fondos de Pensiones a que se encuentre afiliado el trabajador, dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones y rentas afectas a aquéllas"*. El inciso 2° de la misma disposición agrega: *"Para este efecto, el empleador deducirá las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador y pagará las que sean de su cargo"*.

Como se puede advertir, la cotización previsional es un gravamen que pesa sobre las remuneraciones de los trabajadores, que es descontado por el



empleador con la finalidad de ser enterado ante el órgano previsional al que se encuentren afiliados sus dependientes, junto al aporte para el seguro de cesantía que le corresponde sufragar, dentro del plazo que la ley fija.

Vigésimo primero: Que, de esta manera, la naturaleza imponible de los haberes los determina la ley y se presume por todos conocida de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Civil, de modo que las remuneraciones siempre revistieron dicho carácter, lo que lleva a que el empleador debe hacer las deducciones pertinentes y enterarlas en los organismos previsionales respectivos y al no cumplir con esta exigencia corresponde aplicar la sanción establecida en el artículo 162, incisos 5°, 6° y 7°, del Código del Trabajo.

Vigésimo segundo: Que, a lo anterior, cabe agregar que la sentencia definitiva dictada no es de naturaleza constitutiva sino declarativa, sólo constata un evento preexistente. En efecto, sobre la base de la existencia de una situación jurídica dada, en el caso de autos una relación laboral, se dedujo demanda con el objeto de que se declarara la imponibilidad del sobresueldo, además de lo improcedente del despido, que fue nulo e ineficaz porque las cotizaciones de seguridad social no habían sido íntegramente pagadas, a lo que no se accedió. Se constató o declaró la obligación de pago de diferencias de cotizaciones previsionales, pero en ningún caso se constituyó, puesto que no registra su nacimiento desde que queda ejecutoriada la decisión en que el tribunal la reconoció, sino desde la oportunidad en que las partes la constituyeron. Cosa distinta es que una de ellas se resista a dar cumplimiento a las prestaciones que de ese vínculo jurídico se desprenden, las que el tribunal especificará en su sentencia, condenando al demandado a su pago; sanción que tiene por antecedente el reconocimiento del derecho que le asiste al actor, el cual también ha sido declarado.

Vigésimo tercero: Que, en este contexto, conforme a lo razonado en la sentencia de instancia, el empleador no dio cumplimiento a la obligación establecida en el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, de modo que corresponde aplicar la sanción que la misma contempla, esto es, el pago de las remuneraciones y demás prestaciones del trabajador que se devenguen desde la fecha del despido hasta la de su convalidación, mediante el entero de las cotizaciones adeudadas.

Vigésimo cuarto: Que, en tal circunstancia, yerra la Corte de Apelaciones de Santiago cuando al fallar el recurso de nulidad interpuesto por la parte



demandante resuelve que la sentencia del grado no incurrió en error de derecho al dejar de aplicar la sanción del artículo 162 del Código del Trabajo a una situación en la que se ordenó el pago de las diferencias de cotizaciones previsionales devengadas por las horas extraordinarias trabajadas y pagadas al actor. En efecto, sobre la premisa de lo antes razonado, el recurso de nulidad planteado por el demandante, fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, debió ser acogido y anulada parcialmente la sentencia impugnada, en la parte que no declaró la nulidad del despido, por estimar que no era procedente aplicarla.

Por estas consideraciones y disposiciones citadas, **se rechaza** el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandada y **se acoge** el deducido por la parte demandante, en relación a la sentencia de dos de agosto de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que rechazó los recursos de nulidad interpuestos por ambas partes en contra de la sentencia de diecinueve de octubre de dos mil veinte, emanada del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de esta ciudad, y, en su lugar, se declara que dicha sentencia **es parcialmente nula**, debiendo dictarse acto seguido y sin nueva vista, pero separadamente, la respectiva sentencia de reemplazo.

Acordada con el **voto en contra** de la ministra **señora Chevesich**, quién respecto de la devolución del aporte del empleador al seguro de cesantía fue de opinión de acoger el recurso y dictar la respectiva sentencia de reemplazo, por las siguientes consideraciones:

1° Que, en forma previa, conviene tener presente que el seguro obligatorio que consagra la Ley N° 19.728 persigue atenuar los efectos de la cesantía y de la inestabilidad en el empleo, estableciendo un sistema de ahorro obligatorio sobre la base de la instauración de cuentas individuales por cesantía -conformado por cotizaciones mensuales del empleador y del trabajador-, y la creación de un fondo de cesantía solidario que opera como uno de reparto, complementario al referido sistema de cuentas, que se financia con una fracción que aporta el empleador y otra que es de origen estatal. Corrobora lo señalado el Mensaje que dio origen a dicha ley, en la medida que indica: “...*Mediante el establecimiento del presente sistema, el trabajador logrará una mayor certeza en la percepción de los beneficios por cesantía, en el caso de las contingencias referidas. A su vez, el empleador verá transformada su actual responsabilidad única de indemnización, por otra en que se combina el pago de las cotizaciones previas con el pago directo de una prestación. De este modo, por una parte, se otorga al trabajador una mejor*



protección, por el mayor grado de certeza de los beneficios que percibirá y, por otra, facilita al empleador su obligación de pagar las indemnizaciones que corresponda, lo cual tiene particular trascendencia en el ámbito de la micro, pequeña y mediana empresa...”;

2° Que, en consecuencia, tratándose de las causales de término de contrato de trabajo que no dan derecho a indemnización por años de servicios, dicho seguro actúa como una suerte de resarcimiento a todo evento, puesto que el trabajador con la sola presentación de los antecedentes que den cuenta de la desvinculación, tiene derecho a efectuar giros mensuales con cargo al fondo formado con las cotizaciones aportadas y su rentabilidad, según lo disponen los artículos 14, 15 y 51 de la Ley N° 19.728;

3° Que, sin embargo, conforme lo prescribe el artículo 13 de la citada ley, si el contrato de trabajo termina por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tiene derecho a la indemnización por años de servicios prevista en el inciso 2° del artículo 163 del citado código, calculada sobre la última remuneración mensual que define el artículo 172 del mismo, con un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración, a menos que se haya pactado, individual o colectivamente, una superior, caso en el cual se aplicará esta última; prestación a la que se debe imputar la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones que efectuó 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 de la misma ley; no pudiendo, en ningún caso, tomarse en cuenta el monto constituido por los aportes del trabajador.

Por lo tanto, lo que el empleador está obligado a solucionar, en definitiva, es la diferencia que se produce entre el monto acumulado como resultado de su aporte en la citada cuenta y el equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses;

4° Que, además, corresponde considerar que el inciso penúltimo del artículo 168 del Código del Trabajo dispone que si el juez establece que no se acreditó la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato consagradas en los artículos 159 y 160, se debe entender que su término se produjo por alguna de aquellas señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, surgiendo el derecho a los incrementos legales pertinentes en conformidad a lo que disponen los incisos anteriores, esto es, de 30%, 50% o



80%, según sea el caso. Entonces, si el despido se fundó en la causal de necesidades de la empresa, ya sea que fue la primitivamente esgrimida, o es aquella que por ley deba entenderse como de término de la relación laboral, el empleador debe pagar la indemnización legal pertinente, pero aumentada en un 30%; por lo mismo, la calificación judicial que se haga del despido tiene como efecto económico el incremento legal respectivo sin incidir a los fines de la imputación de que se trata; y de impedirse la imputación de las cotizaciones hechas por el empleador a que alude el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N°19.728, en los hechos se le está imponiendo una nueva sanción que no está contemplada expresamente en la ley, lo que no puede aceptarse.

5° Por estas razones, se debe colegir que si el contrato de trabajo terminó por la causal del artículo 161 del Código del Trabajo, según lo prescribe el inciso penúltimo del artículo 168 del mismo cuerpo normativo, procede aplicar lo que señalan los artículos 13 y 52 de la Ley N° 19.728; ergo, como la declaración judicial que se efectúe del despido no constituye un obstáculo para efectuar la imputación que se reclama, a juicio de la disidente, no es correcta la interpretación que sobre la materia asumió la sentencia impugnada.

Regístrese.

Rol N°66.235-2021.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpertigue L. No firma el ministro señor Blanco, obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso. Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil veintidós.

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ
MINISTRA
Fecha: 26/12/2022 16:18:13

ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ
SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 26/12/2022 16:18:14

MARIA CRISTINA GAJARDO HARBOE
MINISTRA
Fecha: 26/12/2022 16:18:14

DIEGO GONZALO SIMPERTIGUE
LIMARE
MINISTRO
Fecha: 26/12/2022 16:18:15



En Santiago, a veintiséis de diciembre de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil veintidós.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 483-C del Código del Trabajo, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia.

Visto:

Se reproduce la sentencia de base, con excepción del considerando 10°, que se elimina.

Y se tiene, en su lugar, y además, presente:

1°.- Los razonamientos décimo sexto a vigésimo tercero de la sentencia de unificación de jurisprudencia.

2°.- Que la controversia se centra en determinar la procedencia de aplicar la sanción prevista en el artículo 162, inciso quinto, del Código del Trabajo, al caso de autos, en que no se pagaron las cotizaciones previsionales correspondientes al sobresueldo que mensualmente recibió el demandante.

3°.- Que, al respecto, cabe señalar que con la modificación introducida por la Ley N° 19.631, de 1999, al artículo 162 del Código del Trabajo, se impuso al empleador una obligación adicional, esto es, que para proceder al despido de un trabajador, deben encontrarse íntegramente pagadas sus cotizaciones previsionales, de lo contrario dicho despido carece de efectos, es nulo.

4°.- Que, conforme a lo razonado en la sentencia de base, la empleadora no dio cumplimiento a la obligación establecida en el inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, de modo que corresponde aplicarle la sanción que la misma contempla, esto es, el pago de las remuneraciones y demás prestaciones del trabajador que se devenguen desde la fecha del despido hasta la de su convalidación mediante el entero de las cotizaciones adeudadas.

5°.- Que las reflexiones anteriores conducen a acoger, a su vez, la acción de nulidad del despido contemplada en el artículo 162 del Código del Trabajo.

Por estas consideraciones y, visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 8, 9, 41, 162, 163, 171, 172, 173, 420, 425 y siguientes y 459 del Código del Trabajo, se decide :

I. Que se acoge la demanda interpuesta por don Mario Juan Alberto Rioseco en contra de la Empresa de Ferrocarriles del Estado y se declara que el despido es indebido, improcedente e injustificado por lo cual la demandada deberá dar pago al siguiente concepto:

a) \$3.971.922.- por 30% recargo legal.



b) \$1.691.581 por descuento del empleador por seguro de cesantía.

c) \$415.687 por diferencia de feriado legal y/o proporcional.

II. Que la demandada deberá enterar en las instituciones de seguridad social del demandante AFP Capital, AFC Chile e Isapre Consalud, las diferencias de cotizaciones impagas por concepto de horas extraordinarias durante toda la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 08 de febrero de 2006 hasta el 31 de julio de 2019, cuya liquidación deberá ser efectuada en instancia de cobranza laboral.

III.- Que se acoge la demanda en cuanto a la nulidad del despido y, por consiguiente, se condena al demandado a pagar las remuneraciones y demás prestaciones que correspondan durante el período comprendido entre la fecha del despido y la de su convalidación.

IV.- Que las sumas ordenadas pagar devengarán reajustes e intereses, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

V.- Que cada parte pagará sus costas.

VI.- Ejecutoriada que sea esta resolución cúmplase dentro de quinto día, bajo apercibimiento de remitirse los antecedentes al Tribunal de Cobranza Previsional y Laboral de Santiago.

La ministra **señora Chevesich**, atendido los motivos esgrimidos en la sentencia de unificación, fue de opinión de no dar lugar a la demanda en lo relativo a la devolución del aporte al seguro de cesantía A.F.C.

Regístrese y devuélvase.

N° 66.235-2021.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpertigue L. No firma el ministro señor Blanco, obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso. Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil veintidós.

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ
MINISTRA
Fecha: 26/12/2022 16:18:16

ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ
SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 26/12/2022 16:18:17



MARIA CRISTINA GAJARDO HARBOE
MINISTRA
Fecha: 26/12/2022 16:18:17

DIEGO GONZALO SIMPERTIGUE
LIMARE
MINISTRO
Fecha: 26/12/2022 16:18:18



En Santiago, a veintiséis de diciembre de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

