

C.A. de Santiago

Santiago, veintisiete de febrero de dos mil veintitrés.

**VISTOS:**

En los autos Rit O - 7351 – 2021 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, ambas partes dedujeron recurso de nulidad en contra de la sentencia de cuatro de abril de dos mil veintidós, que acogió parcialmente la demandada interpuesta por doña Paola Sandoval Arias en contra de Clínica Las Condes S.A, declarándose que el despido del cual fue sujeto es improcedente, motivo por el cual se condenó a la demandada al pago del recargo legal del 30% sobre la indemnización por años de servicio, además de la restitución del aporte patronal al seguro de cesantía, rechazando en todo lo demás la acción.

En primer lugar, la parte demandada, quien fundó su pretensión en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, afirmando que -en cuanto a la condena de restitución del aporte al seguro de cesantía- la sentencia vulneró el artículo 13 de la Ley N° 19.728; solicitando que se acoja el recurso, anulando aquella parte del fallo y dictando sentencia de remplazo que rechace la devolución aludida, con costas.

En cuanto al recurso de la demandante, se invoca la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, aseverando que el fallo contraviene lo dispuesto en el artículo 172 del mismo cuerpo legal, en relación a la base de cálculo fijada para efectos indemnizatorios. Solicita se acoja su recurso, anulando aquella parte de la sentencia y dictando una de reemplazo que declare que la base de cálculo



asciende a \$1.464.146 y se condene a la demandada al pago de las diferencias de las indemnizaciones sustitutiva de aviso previo, de años de servicio y feriado legal correspondientes.

Declarado admisible el recurso, se procedió a su conocimiento en la audiencia del día dos de febrero último, oportunidad en que alegaron los abogados de ambas partes.

### **CONSIDERANDO:**

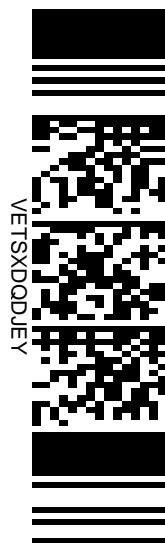
#### **I.- En cuanto al recurso de la demandada:**

**PRIMERO:** Que, la parte demandada deduce la causal del artículo 477, en su dimensión de infracción de ley, señalando que el fallo vulnera lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 19.728, al haber condenado a su parte a la restitución del aporte patronal a la cuenta individual del seguro de cesantía o AFC.

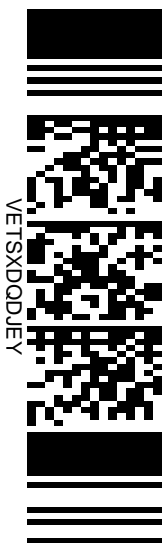
Refiere que la norma mencionada impone al empleador la obligación de imputar el saldo aporte empleador al seguro de cesantía al pago de la indemnización por años de servicios cuando se ha puesto término a la relación laboral invocándose al efecto la causal establecida en el artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo; sin que aquello esté condicionado a la declaración judicial de procedencia o improcedencia del despido.

Arguye que el criterio del juez al entender que la deducción aludida depende de la justificación de la desvinculación no corresponde a una distinción hecha por el mencionado artículo 13, no correspondiendo -en consecuencia- acceder a la devolución que se impugna.

Solicita por tanto que, acogiendo el recurso, se anule aquella parte del fallo, dictando uno de reemplazo que echase la demanda en lo relativo a la devolución del descuento AFC, con costas.



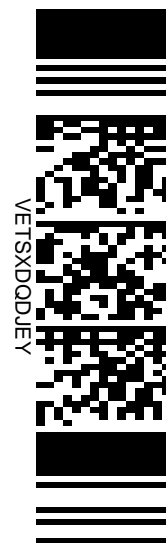
**SEGUNDO:** Que como reiteradamente se ha dicho el artículo 13 de la Ley N° 19.728, establece que: “Si el contrato terminare por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tendrá derecho a la indemnización por años de servicios...”, agregando el inciso segundo que “se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía...”. Por su parte, el artículo 52 de la citada ley, en su inciso 1° establece que: “Cuando el trabajador accionare por despido injustificado, indebido o improcedente, en conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, o por despido indirecto, conforme al artículo 171 del mismo Código, podrá disponer del saldo acumulado en su Cuenta Individual por Cesantía, en la forma señalada en el artículo 15, a partir del mes siguiente al de la terminación de los servicios”. y agrega en el inciso 2° que: “Si el Tribunal acogiere la pretensión del trabajador, deberá ordenar que el empleador pague las prestaciones que correspondan conforme al artículo 13”. Octavo: Que, del tenor de las disposiciones antes transcritas, se desprende que, para que el descuento opere, es necesario que el saldo que se registra en la cuenta individual del trabajador, por concepto de seguro de cesantía, se haya producido el término de los servicios del trabajador por la causal de necesidades de la empresa. Por ende, si el trabajador ha recurrido a la justicia para que se pronuncie sobre la validez de esa causal de término de los servicios, en relación con el recargo legal del 30% de la indemnización por años de servicios y de la restitución de esos fondos descontados en el finiquito, los efectos que se derivan de aquella pretensión quedan en suspenso hasta la decisión jurisdiccional.



Ahora bien, si el juez determina que no se han probado debidamente las necesidades de la empresa para despedir al trabajador y declara que el despido de este es injustificado no puede tener lugar la imputación referida en el inciso segundo del artículo 13 precitado, ya que esa deducción está sujeta a la condición de haber operado efectivamente la causal de necesidades de la empresa. Pensar lo contrario, implicaría que al empleador le basta invocar esta causal para que se aplique el descuento, olvidando que esa determinación puede ser objeto de revisión por la justicia, a requerimiento del trabajador, quien acciona motivado por lo que estima una vulneración de sus derechos, los que son irrenunciables. Esto lo refuerza en el inciso segundo del artículo 52 de la Ley N° 19.728, toda vez que al acogerse la demanda del trabajador, declarando el despido improcedente, dicha disposición establece que el tribunal “deberá ordenar que el empleador pague las prestaciones que corresponden conforme al artículo 13”, referencia que debe entenderse hecha al inciso primero de este último precepto, pues el pretendido descuento obviamente no es el pago de las prestaciones, sino una disminución de las mismas.

Admitir la tesis del recurso significaría que la decisión jurisdiccional en cuanto declara injustificado o improcedente el despido carece de eficacia, lo que es un evidente contrasentido, ya que al no haber operado la causal invocada por el empleador para despedir al trabajador, los efectos que pudiera haber generado ese término de servicios deben retrotraerse a su estado anterior, razón por lo que es del todo procedente restituir el dinero que se ha descontado indebidamente al trabajador.

En consecuencia la sentencia en este aspecto no incurre en el



yerro jurídico que pretende la recurrente por lo que su recurso será destinado.

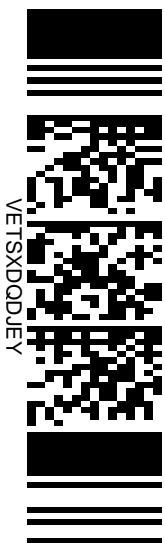
## **II.- En cuanto al recurso de la demandante:**

**TERCERO:** Que, por su parte, la demandante interpone recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, afirmando que el fallo incurre en una infracción del artículo 172 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la determinación de la base de cálculo para efectos indemnizatorios.

Señala que la demandante alegó que su remuneración, para efectos indemnizatorios, era variable y se conformaba por un sueldo base, gratificación mensual, movilización, horas extraordinarias y bonos, entre otras prestaciones; pidiendo se condenase a la empresa al pago de diferencias de las indemnizaciones otorgadas por finiquito, conforme el monto de \$1.464.146, correspondiente al promedio de lo percibido en los tres últimos meses completos trabajados, vale decir, agosto, septiembre y octubre de 2021.

Adjunta un cuadro que desglosa todos los haberes percibidos en la liquidación de cada uno de los meses mencionados, en los cuales incluye el pago de horas extraordinarias en todos ellos, considerando que el hecho de ser pagadas de forma mensual y permanente desde lo menos mayo de 2021, permite comprender la naturaleza variable de su remuneración, siendo procedente adicionarlas para efectos de la remuneración señalada en el artículo 172 del Código citado.

Hace presente que la norma citada indica expresamente que se excluyen del concepto de última remuneración mensual, entre otros, aquellas asignaciones que se otorguen de forma esporádica, reiterando que las horas extras, en este caso, fueron percibidas de



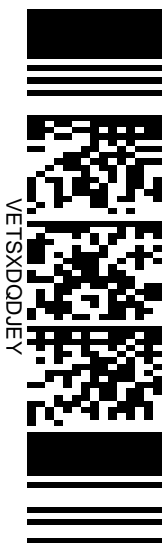
forma permanente y mensual, conforme todas las liquidaciones que fueron incorporadas al procedimiento.

Solicita, en consecuencia, que se anule esta parte de la sentencia, dictando una de reemplazo que declare que la base de cálculo correcta es de \$1.464.146 y condene a la demandada al pago de las diferencias emanadas de dicha declaración al aumento del artículo 168 del Código del Trabajo por la suma de \$4.392.438; diferencia por cálculo de años de servicio: \$4.079.460; diferencia en la indemnización de aviso previo: \$407.946 y; diferencia por cálculo de feriado legal: \$521.407.

**CUARTO:** Que, la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción de Ley, tiene como finalidad velar por una correcta aplicación del derecho a los hechos o al caso concreto determinado en la sentencia. En otras palabras, su propósito esencial está en fijar el significado, alcance y sentido de las normas, en función de los hechos tenidos por probados, parte entonces de la base que los hechos facticos ya se encuentran correctamente asentados en la sentencia, de este modo la revisión que el recurso insta a efectuar ha de realizarse con estricta sujeción a tales hechos, sin que estos puedan ser adicionados por otros hechos no asentados en el fallo, ni prescindir de estos últimos.

**QUINTO:** Que, puestos en este ámbito cabe consignar que el considerando décimo tercero de la sentencia, al que alude la recurrente señala:

*“Que, para determinar el monto preciso del recargo y resolver asimismo lo pedido en cuanto a las diferencias eventualmente adeudadas por las indemnizaciones ya pagadas, conforme a lo que se consigna en el contrato y anexos y en las*

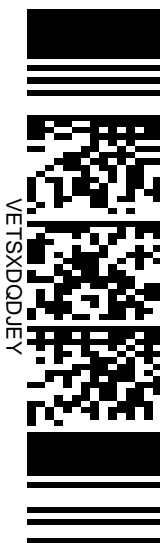


*liquidaciones de sueldo puede concluirse que el sueldo de la actora no era variable y que la base de cálculo que ocupó la demandada -que consta en el finiquito incorporado por ambas partes- es correcto. En efecto, indica dicho finiquito que la suma que le sirve de base es la suma de \$1.056.200.-, lo que de hecho es una suma levemente superior a \$1.049.689.- que es lo que corresponde de conformidad al artículo 172 del Código del Trabajo, que impone no considerar pagos por sobretiempo -horas extras- y asignaciones que se otorgan en forma esporádica -como aguinaldos-. En consecuencia, se estará a las bases que propone la demandada para efectos del artículo 172 del Código del Trabajo.”*

**SEXTO:** Que como se advierte entonces, no procese innovar por vía de esta causal, puesto que la sentencia no dio por establecido que las horas extras fueren habituales o permanentes, requisito factico indispensable para considerar si se ha infraccionado el artículo 172 del Código del Trabajo de una forma que influya en lo dispositivo de la sentencia, y por el contrario dio por asentado que el sueldo de la actora no era variable, razones por las que desestimaré también el recurso de nulidad de la demandante

Con lo expuesto, disposiciones legales citadas, más lo dispuesto en los artículos 479, 481 y 482 del Código del Trabajo, se declara:

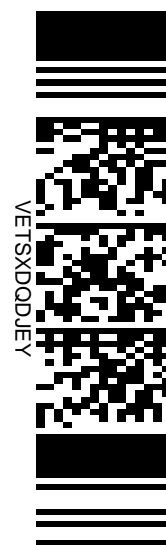
Que se **rechazan** los recursos de nulidad deducida por la demandante y la demandada en contra de la sentencia de cuatro de abril de dos mil veintidós, dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en los autos RIT O-7351-2021, sentencia que, en consecuencia, esta no es nula



Acordada con el voto en contra del ministro suplente don Sergio Córdova, en lo que dice relación con el recurso de nulidad de la demandada, al estar por acogerlo y disponer la devolución de AFC a la misma atendido los siguientes fundamentos:

a.-) Que, es útil tener presente la finalidad del seguro de cesantía y, al respecto conviene traer a colación algunos pasajes del mensaje, en él se indicó que: “el seguro responde a la idea de proteger al trabajador cuando enfrenta la cesantía, como apoyar sus esfuerzos de búsqueda de un nuevo empleo y de reinserción productiva”, también se señaló que: “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”. En lo referente a este debate se señala: “Si al contrato de trabajo se pone término por necesidades de la empresa o desahucio, el trabajador podrá hacer cinco giros de su cuenta individual.

Conservará el derecho a la indemnización por años de servicios prevista en el Código del Trabajo, pero a su monto se imputará la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía que sea el resultado de la cotización del empleador a dicha cuenta”.

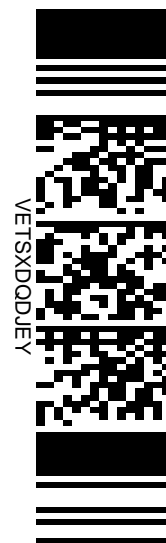




b.-) Que cabe considerar además que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 14, y 15 de la Ley N° 19.728 en aquellos casos en que las causales de despido conforme al Código del Trabajo no dan derecho a indemnización por años de servicios, el seguro de cesantía opera como un beneficio a todo evento y para acceder a él basta con que el trabajador presente los antecedentes que dan cuenta del término de la relación laboral y de esta forma puede realizar giros mensuales con cargo al fondo acumulado incluyendo las efectuadas por su empleador. En los otros casos, es decir cuando hay derecho a indemnización por años de servicios, el legislador mantiene subsistente la responsabilidad del empleador de manera que éste debe pagar la indemnización legal correspondiente.

Sin embargo, en este caso, tratándose de la causal de necesidades de la empresa, el legislador le permite, según dispone el artículo 13 de la Ley N° 19.728, imputar a la indemnización por años de servicios aquella 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.

c.-) Que, en consecuencia, la calificación judicial de injustificado, que se haga del despido por necesidades de la empresa no tiene como sanción la pérdida del derecho que la ley reconoce al empleador en el artículo 13 de la Ley N° 19.728 pues su texto expreso no contempla esa hipótesis, más aun considerando que como toda sanción, la interpretación de la norma que se cree contenerla debe ser interpretada en forma restrictiva por lo que ante cualquier duda, la labor de hermenéutica se inclina por desestimar su procedencia. Coadyuva a esta conclusión, el texto del artículo 52



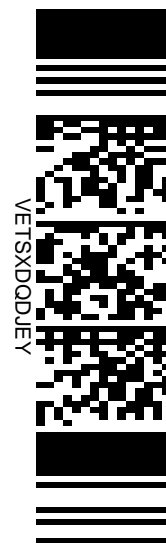
de la misma ley, que establece cuál es el efecto que se produce si el despido es calificado como injustificado en cuyo evento la sentencia debe ordenar que el empleador pague las prestaciones que correspondan conforme al artículo 13, sin perjuicio del incremento legal respectivo (30%) siendo ésta en definitiva la única sanción que la ley prevé en esta materia.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Sr Hernán Crisosto Greisse y del voto disidente su autor

No firma el Ministro señor Sergio Guillermo Córdova, por encontrarse ausente.

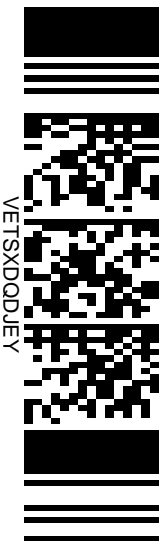
Nº Laboral - Cobranza-1315-2022.



Pronunciada por la Novena Sala, integrada por los Ministros señor Hernan Alejandro Crisosto Greisse, señor Alejandro Aguilar Brevis y señor Sergio Guillermo Cordova.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, veintisiete de febrero de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Hernan Alejandro Crisosto G., Alejandro Aguilar B. Santiago, veintisiete de febrero de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintisiete de febrero de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

