

PROCEDIMIENTO: Ordinario

MATERIAS: Despido Improcedente y Cobro De Prestaciones

DEMANDANTE: Tomás Fernando Zúñiga Ascencio

DEMANDADO: Transportes Ccu Limitada

RIT: O-49-2021

RUC: 21-4-0320425-8

-----/

Chillán, veintidós de diciembre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

TOMAS FERNANDO ZUÑIGA ASCENCIO, jefe de operaciones, cédula nacional de identidad número 13.893.895-6, domiciliado en Villa Portal del Sol, pasaje N°9 casa N°485, de la ciudad y comuna de Chillán, demanda por declaración de despido improcedente y cobro de prestaciones, en contra de su ex empleadora, **TRANSPORTES CCU LTDA.** rol único tributario número 79.862.750-3, del giro de su denominación, representada legalmente de acuerdo a lo presupuestado en el artículo 4° del Código del Trabajo, por doña MARCELA PAZ MORALES SEPÚLVEDA, o por quien haga las veces de tal conforme lo dispone el mismo artículo, ambos con domicilio en KILOMETRO N°407, PANAMERICANA SUR, COMUNA DE CHILLÁN VIEJO.

ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN LABORAL: con fecha 03 de julio de 2008, ingresó a prestar servicios, bajo vínculo de subordinación y dependencia, en calidad de vendedor, para la demandada COMERCIAL CCU S.A, ubicado en Panamericana Sur, kilómetro 407, de la comuna de Chillán Viejo. No obstante y pese a ser contratado por la empresa COMERCIAL CCU S.A, con fecha 05 de enero de 2015, firmó anexo de contrato de trabajo con la empresa TRANSPORTES CCU LTDA. para ejercer las funciones de Jefe de operaciones supermercado, reconociendo esta, su antigüedad laboral y manteniendo su lugar de trabajo en Panamericana Sur, kilómetro 407, de la comuna de Chillán Viejo. Su remuneración era de carácter mixta, compuesta por sueldo base, bonificación especial, comisiones por venta, comisión jugo en polvo, comisión nueva categoría, comisión por venta trimestral, entre otros, suma que en promedio de acuerdo a los últimos tres meses trabajados con 30 días, es decir octubre, noviembre y diciembre de 2020, alcanza a \$1.772.907.- 4. Hace presente que la empresa mes a mes aparte de la liquidación de remuneración, le hacía una transferencia electrónica a su cuenta bancaria, por concepto de bono traslación y otros montos de carácter fijo (desayuno y colación). Que, los últimos conceptos derivan del hecho de que usaba su propio medio de transporte para efectos de cumplir con sus funciones, los montos pagados eran de carácter permanente, los cuales constituyen remuneración para efectos del cálculo de las indemnizaciones. El promedio de los últimos tres meses (octubre, noviembre y diciembre) pagados por estos conceptos, ascienden a la suma mensual de \$338.151.- Por lo anterior, el promedio de los últimos tres meses trabajados con 30 días, es decir octubre, noviembre y diciembre de 2020, más el concepto de bono de traslación, asciende a la suma de \$2.111.058.- Que además, se



deja constancia que trimestralmente (marzo, junio, septiembre y diciembre), se le hacía entrega de una reliquidación anexa, denominada “Balance Core”, la que contenía el concepto de Bono gestión TCCU. Se deja constancia que una vez cumplido el trimestre este se veía reflejado recién en la reliquidación del mes siguiente, no obstante la empresa no le ha pagado dicho bono correspondiente al mes de diciembre.

Con fecha 06 de enero de 2021, se le hizo entrega de carta de despido, donde ese mismo día se ponía término a su contrato de trabajo, bajo la causal establecida en el Artículo 161 inciso segundo del Código del Trabajo, esto es, “Desahucio escrito por el empleador”, sin señalar hechos fundantes. 2. Que, con fecha 20 de enero de 2021, firmó finiquito de trabajo, ante la Dirección del Trabajo de la Ciudad de Chillán,

Solicita declarar que el despido que le afectó fue improcedente, condenando a la demandada al pago de las sumas señaladas o las que se determine con mejor derecho y atendido el mérito del proceso:

- \$224.639.- Por concepto de diferencia en la base de cálculo en la Indemnización sustitutiva de aviso previo.
- \$2.920.307.- Por concepto de diferencia en la base de cálculo en los 13 años de servicio.
- \$8.233.126.- Por concepto de recargo legal del 30%, de la indemnización por años de servicio, de acuerdo lo dispuesto en el artículo 168 letra A, del Código del Trabajo.
- \$1.316.086.- Por concepto de descuento de AFC realizado por el empleador.
- \$264.283.- Por concepto de diferencia de cálculo en feriado proporcional y legal.
- \$ 50.000.- Por concepto de Gif Card - Redbull • “Balance Core” (Bono gestión TCCU), correspondiente al cuarto trimestre (diciembre de 2020).
- Los intereses y reajustes de las sumas señaladas, hasta la fecha efectiva del pago.
- Las costas de la causa.

CONTESTACIÓN: Respecto a la acción por despido injustificado, señala que el actor fue despedido por “Desahucio del empleador”, conforme al artículo 161 inciso segundo del Código del Trabajo y ello debido a que de la naturaleza del cargo que detentaba emana que es de la exclusiva confianza del empleador. En efecto, el inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo establece tres situaciones que hacen aplicable la causal de Desahucio escrito del empleador, a saber: trabajadores que tengan poder para representar al empleador; trabajadores de casa particular y, finalmente, personas que ocupan cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador. Pues bien, es del caso señalar que en su calidad de Jefe Operaciones Supermercado se



encontraba a cargo de dicho canal de ventas, encargándose de su coordinación y logística, para lo cual ejercía el poder de mando y dirección del empleador, impartiendo órdenes y, en definitiva, representando al empleador frente a sus dependientes y terceros. De esta manera, de la naturaleza de sus funciones, es decir, del contenido de su servicio, se desprende que éste es un cargo de exclusiva confianza del empleador, siendo éste uno de los supuestos establecidos en el artículo 161 inciso segundo del Código del Trabajo.

Para el improbable caso de que se estime que el despido fue improcedente y que corresponde condenar al incremento del 30% de la indemnización por años de servicios, considerando el valor de la UF al último día del mes anterior al despido, de \$29.070,33, y el tope de 330 días, la indemnización legal por años de servicios ascendía a \$20.750.609, por lo que el referido recargo legal sólo podría ascender a \$6.225.183.-, siendo éste el monto máximo a que podría ser condenada su defendida por dicho concepto. En cuanto a la pretensión de diferencias de indemnizaciones por término de contrato de trabajo, efectivamente, en la base de cálculo no se incluyó lo relativo a la traslación ni viáticos por cuanto conforme al artículo 172 del Código del Trabajo estos ítems no deben ser incorporados en ella. La asignación de Traslación, que no es una asignación de movilización, corresponde al reembolso de gasto por traslación o traslado en que incurre el personal de venta en el ejercicio de sus funciones utilizando su automóvil particular, y es esencialmente variable, pues se calcula conforme a los kilómetros recorridos. Su representada periódicamente solicita a División Ingeniería de Transporte y Logística, DICTUC, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que elabore un estudio conforme al cual se defina el reembolso de gastos al personal de ventas de la Empresa por el uso del vehículo propio en su función para la Compañía. En dicho informe se utiliza una metodología de asignación económica por traslación asociada al conjunto de vendedores y personal de ventas de la empresa, contemplando como criterios de evaluación las variables relevantes que componen el valor a asignar, tanto de costos de propiedad o tenencia del vehículo, como de mantención, y de operación de éste (carácter consuntivo), utilizando al efecto valores de mercado. Así, dentro de los costos de tenencia se pondera el valor comercial, depreciación, permiso de circulación, seguro obligatorio, y revisión técnica; y de los costos de mantención y operación encontramos los costos de reparación, de mantención (taller, batería y neumáticos), depreciación adicional, y combustible. Pues bien, el estudio agrupa distintos tipos de vehículos homologables a Categorías A, B, C y Obsoleto, los cuales aplicados a la ruta asignada, sea rural, urbana, rural urbana, o urbana rural, y a los valores asignados a las variables antes mencionadas, en definitiva les asigna un determinado valor por kilómetro recorrido, lo que, en definitiva, determina el monto a pagar por kilómetro recorrido dentro de un determinado mes. Por su parte, el trabajador suscribe la correspondiente Autorización de kilometraje asignación de movilización, en el cual se detalla los kilómetros recorridos, el tipo de ruta, y cómo se compone cada una de ellas, con lo cual, finalmente, se determina el monto a pagar por concepto de traslación. Como se puede apreciar claramente el ítem Traslación es una devolución de gastos. De este modo si el actor no utilizó su vehículo para el ejercicio de sus funciones, entonces no incurre en gasto alguno que haya que reembolsar, y por lo tanto no sufre perjuicio alguno.



Por el contrario, si prestó servicios, entonces se le paga dicho concepto para quedar indemne por la utilización de su vehículo. A su vez, el artículo 41 del Código del trabajo establece que se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador a causa del contrato de trabajo, y agrega en el inciso segundo que no constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo. Ahora bien, en cuanto a por qué ésta asignación de traslación, que no es remuneración, no debe ser incluida en la base de cálculo del artículo 172 del Código del Trabajo, como se expuso, este pago corresponde a una devolución de gastos. Similar es el caso del trabajador que es enviado a prestar servicios fuera de la ciudad y se le reembolsa el gasto de alojamiento para prestar su servicio consistente en 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 alimentos necesarios para cocinar la comida del grupo familiar. Desde luego que estas entregas de dinero efectuados por el empleador no son “percibidos por el trabajador POR LA prestación de sus servicios”. Estos 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.

De este modo, para efectos del análisis que debe efectuar SS. para resolver la controversia, resulta total y absolutamente irrelevante si estos montos se pagan en forma permanente o no, como erradamente lo indica la parte demandante, pues la discusión no está en dicho elemento del artículo 172 del Código del Trabajo sino en que la norma señala la expresión “PARA LA” prestación del servicio, de modo que lo relevante será determinar si estos montos los percibe el trabajador como una contraprestación o a causa de sus servicios, o si, por el contrario, los recibe con el objeto de poder prestarlos. En consecuencia, al realizar una correcta aplicación del artículo 172 del Código del Trabajo, no corresponde contemplarlos dentro de la base de cálculo a que se refiere dicha norma para determinar el monto de la indemnización sustitutiva del aviso previo y de la indemnización por años de servicios. La correcta interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 172 de Código del Trabajo, en cuanto señala que “(...), la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies avaluadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, 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 de navidad.”, 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 la Excm. Corte Suprema, en su sentencia de 19 de enero de 2006, en causa Rol N° 3.060-04.

La ltima. Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa caratulada “Avilés con Comercial CCU S.A.”, Rol N°1.414-2018, con fecha 18 de abril de 2019, acogiendo un recurso de nulidad, señaló lo siguiente: Causal del artículo 477 por vulneración del artículo 172, ambas normas del Código del Trabajo, invocada por la demandada: Noveno: Que, en este capítulo la demandada alega que la equivocada interpretación de la norma transgredida se produce al incluir en la base de cálculo de las indemnizaciones con ocasión del despido la denominada “asignación de traslación”, no obstante que la propia sentencia establece que dicha asignación es una herramienta de trabajo que el vendedor tiene para generar sus remuneraciones, por lo que no se enmarca en los requisitos que el artículo 172 exige al efecto, ya que no se trata de una cantidad “que perciba el trabajador por la prestación de sus servicios”. Décimo: Que el artículo 172 del Código del Trabajo citado dispone, en lo que interesa: “Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, 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 de Navidad.” “Si se tratare de remuneraciones variables, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario...”. Undécimo: Que al utilizar la norma transcrita el término “remuneración” y que se encuentra definido por la ley, específicamente, en el artículo 41 del Código del Ramo, no puede sino concluirse que para efectos de establecer la base de cálculo de las indemnizaciones legales, los estipendios a considerar deben tener la naturaleza de remuneración, que no es el caso de las asignaciones de traslación, pues expresamente la norma en estudio las excluye de dicho concepto, bajo el calificativo de “asignaciones de movilización”. En consecuencia, habiéndose determinado por el legislador cuáles son los pagos considerados remuneraciones, a saber, las prestaciones en dinero o las especies valuables en dinero, que tengan como antecedente el contrato de trabajo, ello no puede ser alterado por la vía jurisdiccional. A ello cabe agregar que la excepción de que se trata tiene su fundamento en la propia naturaleza del rubro cuestionado, pues no es más que un reembolso de gastos, es decir, una contraprestación cuyo fin es compensar al trabajador los gastos de transporte en que incurra en su desempeño. Duodécimo: Que, además, debe considerarse que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil, el alcance de un precepto siempre debe fijarse de manera que se inserte coherentemente en el contexto total del cuerpo legal que lo contiene. Así, en la especie, la interpretación y por ende,



aplicación, de los dos artículos ya citados, debe ser conjunta, pues de lo contrario se incurriría en una incoherencia respecto de un mismo instituto, ya que el pago de que se trata no constituiría remuneración durante la vigencia del contrato de trabajo, pero sí tendría ese carácter al momento de la terminación del vínculo laboral. Décimo tercero: Que, por lo razonado, al haber incluido en la base de cálculo de las diferencias de indemnizaciones legales otorgadas, lo pagado al trabajador a título de asignación de traslación, en la sentencia impugnada se infringió el artículo 172 del Código del Trabajo, por errónea interpretación y aplicación de esta norma, yerro que alcanza a lo dispositivo del fallo, en la medida en que las sumas ordenadas solucionar a la demandada por diferencias por indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, esta última con su recargo, se vieron aumentadas en forma improcedente, motivo por el cual el recurso de nulidad de la demandada será acogido en este aspecto.” Por lo anterior, no se adeuda diferencia alguna por concepto de indemnización por años de servicios.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de devolución del aporte del empleador al seguro de cesantía imputado a la indemnización por años de servicios, cabe señalar que aquello tampoco es procedente. De acuerdo al artículo 13 de la Ley 19.728 se encuentra correcta la imputación efectuada en el finiquito.

Finalmente, en cuanto a la Gift Card Redbull y Bono gestión TCCU, sin perjuicio de no señalar dónde estaría pactado, cuáles serían sus condiciones de devengamiento ni cómo éstas habrían concurrido, lo provoca que sus peticiones sean ineptas dejando en la indefensión a esta parte, y que por tanto deban ser rechazadas, solo se puede indicar que nada se adeuda.

En cuanto a las Peticiones Concretas de la demanda:

1.- Diferencias de indemnización sustitutiva del aviso previo, indemnización por años de servicios y de indemnización por feriado legal y proporcional. Nada se adeuda.

2.- Incremento de la indemnización por años de servicios. Nada se adeuda. En subsidio, solo se puede aplicar a la indemnización legal por años de servicios, por lo que el monto asciende a \$6.225.183

3.- Devolución del aporte al seguro de cesantía. Nada se adeuda.

4.- Gift Card Redbull y Bono Gestión TCCU. Nada se adeuda.

5.- Reajustes, intereses y costas. Nada se adeuda.

POR TANTO, solicita tener por contestada la demanda deducida en contra de su defendida, y en virtud de los antecedentes expuestos y fundamentos de derecho, solicita rechazarla en todas sus partes, con costas.

CONSIDERANDO:



PRIMERO: En términos generales las partes discutieron el monto de la remuneración del actor para los efectos de lo dispuesto en el artículo 172 del Código del Trabajo, la procedencia de la causal del inciso 2° del artículo 161 del mismo texto legal y la procedencia del descuento del aporte del empleador al seguro de cesantía.

SEGUNDO: La causal invocada por el empleador es desahucio escrito, contemplado en el inciso 2° del Código del Trabajo.

Conforme al aviso de despido, los fundamentos del desahucio son los siguientes:

“Por la presente comunico a Ud. la decisión de la empresa de poner término a su contrato de trabajo a partir del día miércoles 6 de enero de 2021, por la causal prevista en el inciso 2° del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, desahucio escrito por el empleador”.

TERCERO: El término de los servicios tiene una fórmula legal señalada en el artículo 162 del Código del Trabajo, que exige comunicación escrita al trabajador con expresión de la causal invocada y los hechos en que se funda.

A su vez, el artículo 454 N°1 del Código nombrado, restringe la actividad probatoria del empleador solo a los hechos imputados en la comunicación de despido, “sin que pueda alegar en el juicio, hechos distintos como justificativos del despido.

Como se observa en el aviso de término de los servicios remitido al demandante, no se indican los hechos que sirven de fundamento a la causal. Cabe recordar que el artículo 161 inciso 2°, contiene varias situaciones para configurar la hipótesis de desahucio. Resulta así indispensable que la descripción de los hechos contenida en la carta de despido se haga con expresa referencia a alguna de estas situaciones.

Aun cuando la sola omisión de los hechos fundantes de la causal podría dar lugar a declarar improcedente el despido, se hace presente que la causal esgrimida tampoco pudo ser establecida mediante la prueba rendida por la demandada. Es insuficiente para dichos efectos, señalar que el actor representaba al empleador – como señalan los testigos– sin acreditar en particular cada una de las funciones que por su naturaleza permitan afirmar que se trata de un trabajador incluido en la hipótesis legal. Tampoco se demostró que detentaba facultades generales de administración, las que, por su naturaleza e importancia, deben implicar, de alguna manera, facultades de disposición del patrimonio del empleador o que al menos impliquen la posibilidad de comprometerlo.

El contrato de trabajo y el anexo exhibido por la demandada no revelan la atribución al actor de facultades en el sentido anteriormente indicado. De esta manera, sin facultades cuya amplitud de gestión conduzca a sostener que el actor se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el inciso 2° del artículo 161 del Código del Trabajo, no procede la causal invocada por el empleador. Cabe reiterar que ni el contrato ni el anexo aportado por la demandada permiten determinar con precisión la autonomía



de gestión en lo que respecta a obligaciones y funciones del actor y no se aportó la descripción del cargo, con indicación específica de sus funciones.

Volviendo al contenido de la carta de despido, si bien, dada la naturaleza del cargo que se invoca, puede entenderse que no se exprese una motivación en particular, pero no se divisa razón para relevar a la demandada de su obligación de dar a conocer al trabajador la hipótesis normativa que sirve de fundamento a la decisión exoneratoria. Solo así se sortea la ambigüedad que se deriva de señalar solo la norma aplicable y evitar la hipótesis legal que sustenta el despido.

Se debe recordar que, fuera del caso de la trabajadora de casa particular, el desahucio dado por el empleador procede respecto de altos ejecutivos o representantes y personal de exclusiva confianza cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de sus cargos. Se trata de situaciones distintas cuyas peculiaridades ameritan hacer una distinción específica cuya omisión puede llevar a la ambigüedad y en último término, a la indefensión del trabajador.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que, en materia de término del contrato de trabajo, el Código del Trabajo establece un sistema denominado por la doctrina, de estabilidad laboral relativa, con algunos casos excepcionales en que se permite ejercer el “despido libre”. Expresión de lo último, es el artículo 161 inciso 2º del Código del Trabajo, que contempla como causal de despido el desahucio del empleador, en cuya virtud este puede poner término al contrato de trabajo de manera unilateral. Por lo tanto, tratándose de una facultad discrecional del empleador que resulta contraria al principio general de la estabilidad o conservación del empleo, su interpretación y aplicación debe ser realizada de la manera más restringida posible.

CUARTO: Según lo dispuesto en el artículo 172 del Código del Trabajo, en la base de cálculo de la remuneración, se incluye toda cantidad pagada mensualmente al trabajador, con exclusión de los beneficios o asignaciones esporádicos u ocasionales o que se paguen una vez al año.

A diferencia del artículo 41 que define remuneración como contraprestación del empleador en el marco del contrato de trabajo, el concepto contenido en el artículo 172, citado anteriormente, está inserto en la normativa que regula el término de los servicios. Se trata de una norma especial que regula el cálculo de la remuneración para los efectos de determinar las indemnizaciones derivadas del cese de los servicios y solo exige que el beneficio o asignación tenga el carácter de permanente, por ende, es suficientemente amplio para abarcar los viáticos y otras devoluciones de gastos, en caso que su pago se realice en forma habitual. La permanencia o habitualidad es la calidad que define la inclusión de una asignación en la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato, aunque no constituyan remuneración, como sostiene claramente la Excma. Corte Suprema en recurso de unificación ROL N° 7104-2013.



QUINTO: De este modo, en lo concreto sólo se excluyen de la base de cálculo los beneficios y asignaciones ocasionales, con prescindencia de otras consideraciones, como el origen o causa de los beneficios.

La demandada expone al contestar, que no es efectivo que la remuneración del actor para efectos del artículo 172 del Código del Trabajo ascendía a \$2.111.058.- Sostiene que ascendía a \$1.886.419.- y conforme a dicho monto se calculó y pagó la indemnización sustitutiva previa e indemnización por años de servicios.

Termina señalando que efectivamente en ella no se incluyó el concepto de traslación ni los viáticos, toda vez que ello no es percibido por el trabajador a causa de su trabajo.

Sin embargo, lo dicho en el motivo anterior, permite incluir los conceptos de traslación y viáticos a que hace referencia la demandada en la base de cálculo de las indemnizaciones por término de trabajo. Desvirtuado luego el motivo de rechazo de la inclusión de dichas asignaciones en la base de cálculo, se producen efectivamente las diferencias reclamadas por la demandante y resulta procedente acoger la demanda por estos conceptos, estimándose la remuneración mensual del actor en \$2.111.058.

SEXTO: En atención a lo expuesto en los considerandos segundo y tercero, corresponde el recargo de 30% sobre la indemnización por años de servicio. Cabe agregar que no existen topes que considerar y la diferencia primordial entre los montos de las indemnizaciones, solo deriva de la forma en que se determine la base de cálculo, asunto resuelto en el fundamento cuarto de esta sentencia.

SÉPTIMO: En lo que concierne a \$ 50.000.- reclamados por concepto de Gif Card – Redbull y lo que se denomina “Balance Core” (Bono gestión TCCU), correspondiente al cuarto trimestre (diciembre de 2020), no hay antecedentes suficientes acerca del origen de dichas prestaciones y monto en el caso de la segunda. Esta carencia de antecedentes conduce al rechazo de la pretensión en la medida que no permite establecer la congruencia y correlación necesarias entre la exposición circunstanciada de los hechos, las peticiones sometidas a consideración del tribunal y la decisión sobre las materias controvertidas.

OCTAVO: Aporte del empleador al seguro de cesantía.

De conformidad al artículo 13 de la Ley N° 19.728, “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...”. El inciso segundo agrega que “se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía...”. Lo anterior debe ser complementado con lo dispuesto en el artículo 52 de la citada ley cuyo texto señala 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”. El inciso 2º dispone a su vez, que “Si el Tribunal acogiere la pretensión del trabajador, deberá ordenar que el empleador pague las prestaciones que correspondan conforme al artículo 13”. Lo señalado en las normas citadas supone que el descuento respecto del saldo que se registra en la cuenta individual del trabajador por concepto de seguro de cesantía, opera solo en caso que se haya producido el término de los servicios del trabajador por la causal de necesidades de la empresa. De este modo, si la decisión sobre la procedencia de las necesidades de la empresa ha sido sometida a decisión jurisdiccional, y es declararse injustificada la causal, la imputación señalada en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.728, no tiene lugar, pues el descuento efectuada con anterioridad por el empleador es válido solo cuando está sujeto a la condición de haber operado efectivamente la causal de necesidades de la empresa.

NOVENO: En el último tiempo, la imputación por el empleador del aporte al seguro de cesantía ha sido objeto de interpretaciones disímiles por la jurisprudencia, incluyendo la Excm. Corte Suprema. Recientemente, dicho tribunal ha reiterado en causa Rol N°33.245-2020.-, en sentencia dictada el 31 de agosto de 2021, “el criterio asentado sobre la materia de que se trata, que ha sido expresado en sentencias previas, como son las pronunciadas en los autos Rol N° 2.778-2015, 12.179-2017 y 23.180-2018, entre otras, y más recientemente en los antecedentes N° 36.657-2019, 174-2020, 25.780-2019 y 66.990-2020, en las que se ha declarado que “una condición sine qua non para que opere -el descuento- es que el contrato de trabajo haya terminado por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo”. De manera 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 tantas veces citada”. El mismo criterio, favorable al descuento, ha sido también compartido por parte de la jurisprudencia que, para fundamentarlo, acude a algunas implicancias que se derivarían de aceptar el descuento sin tomar en cuenta la justificación de la causal, tales como: Sería un apoyo al actuar injustificado del empleador, constituyendo un incentivo perverso para que éste, a fin de obtener un beneficio invoque una causal errada validando un aprovechamiento del propio dolo o torpeza, provocando que un despido indebido, en razón de una causal impropia, produzca efectos que benefician a quien lo practica, a pesar que la sentencia declare la causal improcedente e injustificado.(rol N° 122.154- 2020 de la Excm. Corte Suprema. La decisión jurisdiccional en cuanto declara injustificado o improcedente el despido carecería 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. (rol 115-2021, I. Corte de Apelaciones de Santiago). Es una inconsistencia que el despido sea injustificado, pero la imputación, consecuencia del término por necesidades de la empresa, mantenga su eficacia. N°174- 2020. (Excm. Corte Suprema).



DÉCIMO: Conforme a las disposiciones legales citadas, la jurisprudencia y los razonamientos expuestos precedentemente, la imputación del aporte del empleador al seguro de cesantía requiere como condición sine qua non que el contrato haya terminado por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Considerando que el despido por la causal del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo ha sido declarado improcedente, se hará lugar a la restitución del aporte del empleador al seguro de cesantía por el monto señalado en la demanda.

DÉCIMO PRIMERO: El resto de los medios de prueba no contienen antecedentes que contradigan lo resuelto respecto de las materias controvertidas.

Se hace presente que los testigos presentados por la demandada, **Cristián Campos y Katherine Aravena**, declararon en síntesis, que el actor era la cara visible y representante de la Compañía en la zona, con facultades para coordinar y administrar y resolver los problemas con los supermercados. Sin embargo, teniendo especialmente en consideración lo expuesto respecto de la comunicación de término de los servicios, sus declaraciones no son idóneas para superar el escollo que representa la omisión de hechos del aviso de despido; además carecen de la precisión suficiente y no fueron corroboradas por otros medios para dar debida y precisa cuenta de las reales facultades del actor, en función de la causal invocada por el empleador.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1°, 7, 161, 168, 450, 453, 454, 456 y 459 del Código del Trabajo; 1698 del Código Civil, SE RESUELVE:

I.- Que, **SE ACOGE**, la DEMANDA POR DESPIDO IMPROCEDENTE interpuesta por **TOMAS FERNANDO ZUÑIGA ASCENCIO**, en contra de **TRANSPORTES CCU LTDA.**, ambos ya individualizados y se condena a la demandada a pagar al actor las siguientes prestaciones:

1.- **\$224.639.-** Por concepto de diferencia en la base de cálculo en la Indemnización sustitutiva de aviso previo.

2.- **\$2.920.307.-** Por concepto de diferencia en la base de cálculo en los 13 años de servicio.

3.- **\$8.233.126.-** Por concepto de recargo legal del 30%, de la indemnización por años de servicio, de acuerdo lo dispuesto en el artículo 168 letra A, del Código del Trabajo.

4.- **\$1.316.086.-** Por concepto de descuento de AFC realizado por el empleador.

5.- **\$264.283.-** Por concepto de diferencia de cálculo en feriado proporcional y legal.

II.- Que las sumas deben ser pagadas con reajustes e intereses legales

III.- Que se condena en costas a la demandada.



Regístrese, notifíquese en la fecha fijada al efecto y oportunamente archívese.

RIT: O-49-2021

RUC: 21-4-0320425-8

Dictada por Juez(a) Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán.



