

Santiago, once de marzo de dos mil veintitrés

## ANTECEDENTES

ISABEL MARGARITA CERDA OSSES, domiciliada en Maipú demandó en juicio de tutela laboral por denuncia por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, en particular el derecho a no ser sujeto de los actos discriminatorios señalados en el artículo 2 del Código del Trabajo y demanda de cobro de prestaciones adeudadas en contra de FALABELLA RETAIL S.A. Rut: 77.261.280-K, representada por CRISTIAN CARVAJAL VERA Rut: 12.640.711-4, con domicilio en Las Condes, acción subsidiaria de despido injustificado e improcedente.

Prestó servicios desde el 17 de diciembre de 2018 como analista desarrollo RRHH, hasta el 4 de octubre de 2021, fecha en que fue despedida por la causal de necesidades de la empresa, del artículo 161, inciso primero del Código del Trabajo, con remuneración de \$ 1.132.640. El despido no contiene filamentos suficiente, cuestionando lo que indica: “efectuar una reestructuración en los servicios prestados a la empresa, de acuerdo dos requerimientos de resultados y funcionalidad necesaria para el área“, señalando que el verdadero motivo de su despido dice relación con licencia médica derivada de una operación por hernias lumbares y recuperación de casi ocho meses (febrero a septiembre de 2021), tras lo cual habiéndose reincorporado a la empresa no le fue asignada ninguna tarea, fue cambiada a distintos puestos de trabajo, desempeñándose como operadora telefónica, en la circunstancia que su cargo era de analista de desarrollo; todo durante la semana tras la cual fue despedida. Sintetiza los indicios: licenciamiento médico, situación descrita a su retorno, excelente desempeño laboral y calificación previa, contratación de una persona inmediata para suplir su función y despido, 12 días después de retomar su trabajo y junto al vencer el fuero de negociación colectiva.

Aporta análisis de derecho sobre discriminación prohibida en razón de situación médica o enfermedad, citando normas pertinentes y sentencias judiciales en apoyo. Debidamente cuantificado solicitó el recargo legal del 30% sobre la indemnización, la restitución del aporte patronal del seguro de cesantía, indemnización de 11 remuneraciones del artículo 489, más actualizaciones legales y costas; ejerciendo acción subsidiaria de despido injustificado e improcedente por el cobro de las mismas prestaciones, excluida la indemnización especial.

La demandada contestó pidiendo el rechazo de ambas acciones, reconociendo el vínculo laboral, su extensión, la causa de terminación, el monto de la base de cálculo, pero justificando la terminación de los servicios en una causa objetiva independiente y negando la vulneración de derechos fundamentales.



GKSYXEMBKJE

Señala que de ser efectivo lo señalado la demanda, la empresa la hubiese despedido mucho antes, después de la primera licencia, explica que el proceso reestructuración alcanzó otros trabajadores en el área de logística, los que menciona siendo inexistente el criterio discriminatorio y suficiente la causal invocada, que se adjunta a hechos reales. Alega que no se indican indicios suficientes, cita jurisprudencia su favor, argumenta en favor del descuento utilizado por el artículo 52 de la ley 19,728, siempre con jurisprudencia (unificación), pidiendo el rechazo de todas las prestaciones, con costas.

Se llevaron a efecto las audiencias de conciliación y prueba; presentando ambas partes prueba documental, confesional en rebeldía de la demandada y testifical adicionalmente la parte demandante.

#### CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO.

1. No hubo controversia sobre la existencia de la relación laboral desde el 17 de diciembre de 2018, en el cargo de analista de desarrollo de *recursos humanos* (sic), el monto de la remuneración y la terminación el 4 de octubre de 2021 por decisión de la empresa aplicando la causal del artículo 161, inciso primero.

2. La prueba está ordenada por la carga procesal del artículo 493 del código especial, desplegándose actividad probatoria principalmente por la parte demandante; desde que la demandada se valió de la comunicación de despido, el finiquito y comprobante de despido de 14 trabajadores durante el año 2021 (singularizados en el punto tres del acta respectiva).

3. Se exponen -con vistas a identificar la suficiencia de los indicios probatorios- los elementos de convicción aportado por la parte demandante:

3.1. Documental: i) Copia contrato de Trabajo de fecha 17 de diciembre de 2018; II) Copia de Anexo de contrato de fecha 01 de junio de 2019; iii) Copia de Anexo de contrato de fecha 25 de junio de 2019; iv) Copia del Reclamo ante la Inspección del Trabajo; v) Copia de Finiquito de Trabajo; vi) Copia de carta de aviso de despido de fecha 04 de octubre de 2021; vii) Evaluación de desempeño 2019 (sobresaliente); viii) Copia de licencias médicas de la actora entre las fechas 06 de febrero de 2021 al 21 de septiembre de 2021.

3.2. Testifical consistente en las declaraciones de Pilar Edith Cáceres Muñoz (compañera de trabajo de la demandante) y María Cristina Osses Illanes (madre de la demandante).



3.3. Pilar expuso que trabajó en Falabella durante el tiempo que trabajó la demandante; refiere problemas de salud que tuvo en su columna; por su carga laboral, con dolores; tuvo que quedarse muchas veces en la casa por sus dolores; asocia a su carga laboral las dolencias porque era mucha la carga de las personas que tenía que entrevistar, era reclutadora en selección. Testigo es trabajadora social; trabajaba en área de recursos humanos. Tuvo que someterse a cirugía; la sitúa en enero/febrero; volvió a trabajar como en junio de 2021; testigo la fue a ver en ese tiempo; no preguntaron por ella (nadie). Solo se recordaron cuando ella la fue a visitar y mandó foto con ella a grupo por recursos humanos. Al volver, tuvo poco contacto con su jefatura. Informó que tenía que hacerse una segunda operación; by pass gástrico (en septiembre sale con otra licencia médica); le pidieron PC y celular; estuvo con poco trabajo; no fue citada a una reunión. De estuvo 21 días fuera. Al volver trabajó en cosas que le encomendaban, como muy sin importancia, no volvió a trabajo de analista, de reclutamiento, *“lo que le tiraban de vez en cuando”*; no le encomendaron más las labores habituales; le encargaban temas más menores; temas internos, correos internos, buscar información. Testigo señala que trabajaba cerca de ella; la veía con otro semblante. Estaba con fuero, pertenecía al sindicato (cree que no fue desvinculada antes por fuero). Le pidieron computador cuando se fue desde su segunda licencia. Contra examinada dice que la demandante trabajaba telemática. Lo del Cyberday dura un mes, reclutamiento se hace dos meses antes para ese período, aumenta la venta y se necesita más personal; hay dos cyber day al año. En licencias extendidas; el puesto de trabajo no se reemplaza, solo se traspasa información de la trabajadora. Testigo fue despedida en julio de 2021. Sobre el despido y las circunstancias previas dice que al regresar de la última licencia médica demandante ya no estaba.

María Cristina Osses, dice que piensa que la operación de la columna fue por exceso de trabajo; trabajaba hasta muy tarde, después del horario de oficina llegaba a trabajar; pidió vacaciones y fue al médico, empezó con muchos problemas en la pierna; la operaron, le dieron la licencia; le hicieron los exámenes, estuvo como 8 meses con licencia; le dijeron que era grave, que tenía que someterse para bajar de peso, el exceso la podía perjudicar más en la recuperación. Volvió a trabajar por ahí a mediados de junio; estuvo un tiempo haciendo cosas que no le correspondían, en reuniones de su área no la contemplaban en eso; salió en febrero pero volvió, porque sabía que tenía que volver a operar, para bajar de peso. Tuvo hartos inconvenientes en el trabajo,



llegaba deprimida, estaba segura que la despedirían después de la segunda licencia, estaba muy angustiada; después de la segunda licencia en una semana, dos semanas la despidieron; esas dos semanas fueron mucho más angustiante que la anterior; ahí hacía trabajo que no le correspondía, ella le decía que era trabajo de externas, la tenían todo el día sin hacer nada, ella le comentaba; había otros que hacían su trabajo; en las reuniones de su equipo no la citaban. Le comentó que estaba en el sindicato y que por las negociaciones tenía un fuero.

3.4 Se recibió información de Isapre Consalud, que da cuenta del período de licencias médicas de 2021 (5 licencia por 141 días en total), concordante con la instrumental de la parte demandante.

3.5 Rindió prueba confesional, en rebeldía del representante legal de la demandada.

4. El análisis probatorio impone examinar la satisfacción de los indicios del estándar del artículo 493.

El caso se postula por la demandante como una reacción no amparada por el derecho (despido sin causa real) a la enfermedad que le significó a la trabajadora un licenciamiento médico previo a la terminación de los servicios,. Los elementos acreditados de acuerdo a la evidencia que se menciona y, sin que existiera prueba de contrario (toda vez que la demandada ha hecho una virtual dejación de su obligación probatoria), son los siguientes:

i) La situación de licenciamiento médico continuo entre febrero y septiembre de la trabajadora (documentos)

ii) El despido por la causal del artículo 161, inciso primero, pocos días después de retomar su trabajo.

iii) La ausencia de asignación de tareas propias del cargo y la prestación de servicios en tareas menores, sin un suministro efectivo de las tareas pactadas contractualmente por parte de la empleadora (testigos de la demandante reforzada por admisión tácita), desde la reincorporación tras la baja médica temporal, hasta el despido (4 de octubre de 2021).

iv) La evaluación sobresaliente de desempeño laboral de la trabajadora durante el último año se servicios completos ejecutados presencialmente (2019).

iv) El despido sin causa justificada

4. El primer hecho anotado, consta en el proceso como un dato objetivo admitido en la propia contestación y sobradamente demostrado instrumentalmente.

El segundo aspecto, revela la relación temporal estimada por la jurisprudencia constitucional española y la doctrina en general, como un indicio estándar propio de los fenómenos vulneratorios y/o discriminatorios; esto es, la proximidad temporal entre el acto sospechoso de materializar la



vulneración y la conducta causal de la reacción empresarial o del ejercicio mismo del derecho fundamental de la persona trabajadora. La respuesta se corresponde con una represalia -sólo formal y aparentemente asilada en el despido como una conducta lícita- al ejercicio de una libertad constitucionalmente garantizada.

5. Por otra parte, la total ausencia de justificación en el acto extintivo formal, no sólo hace a la cuestión de la insatisfacción del estándar exigido al empleador para despejar (desde la acreditación de una causa independiente y real) la motivación discriminatoria, sino que se erige por sí misma como un barrunto autónomo, que concurre con los restantes a la configuración del programa discriminatorio que satisface el estándar de cargo de la parte trabajadora.

6. En el caso no hay en la causa real, desde que sólo se recurre a una formula escueta y genérica ("*se ha debido efectuar una reestructuración de los servicios prestados a la empresa, de acuerdo a los requerimientos de resultados y funcionalidad necesarios para el área*") vaciada del contenido particularizador que exige el caso; esto es las específicas circunstancias objetivas que apuntan a la necesidad de prescindir del cargo de la trabajadora en el área en que trabaja; las razones técnico productivas y/o económicas o de organización, en una comunicación formal dotada de una narrativa mínima, individualizada al caso.

7. Las comunicaciones de término de otros trabajadores que adjunta la demandada como prueba, adolecen de la misma deficiencia anotada; pues se valen de la misma concisión y vaguedad. Si bien dan cuenta de la existencia de algunos despidos por la misma causal en un lapso determinado tiempo en una gran empresa; no hay evidencia alguna sobre si se trata de trabajadores de la misma área si corresponden a un mismo proceso de despido colectivo y sobre todo, si responden a una causal objetiva justificante.

8. Queda establecido entonces el factor prohibido de discriminación (enfermedad) a la luz de lo que disponen los artículos 19, número 16/3° de la Constitución Política, prescripciones del Convenio 111 de OIT de 1958; 2 y 5 y 485 del código laboral. Un plexo normativo suficiente -sin perjuicio de otros específicos-que configuran la tutela integral anti discriminatoria, cuyo arbitrio de tutela especial en el ámbito de la empresa se ha ejercido.



9. La acción por la restitución del aporte del artículo 13 de la ley 19.728 y la interpretación de dicha norma en relación al artículo 52 del mismo cuerpo legal ha sido objeto de dos opiniones diversas, desplegadas en todos los grados de la jurisdicción, incluso en sede de unificación. Una de corte literarlista (la que indica que el aporte no corresponde que sea percibido por la persona que trabaja con independencia de la declaración justicia o injusticia de la causal) y otra finalista (que postula el derecho a percibirlo, como una cuestión accesorio en justicia de la declaración de la ilicitud). Huelga ahondar en las fundamentaciones de una y otra.

La discrepancia exegética encuentra el principio de interpretación normativo *pro trabajador* una solución explícita, conforme la cual ante tal disyuntiva, corresponde al intérprete y juez especial optar por aquella más favorable.

El monto es \$565.714 (certificado y liquidación de finiquito/documental demandada).

10. No hay otra prueba relevante que analizar

Y de acuerdo además con lo que disponen los artículos 1, 2, 3, 5, 7, 9, 160, 162, 163, 172, 173, 420, 445, 485 y siguientes, se resuelve:

I. Hacer lugar en todas sus partes a la demanda deducida en lo principal, declarándose discriminatorio en razón de enfermedad, el despido de Isabel Margarita Silva Osses de 4 de octubre de 2021 y condenándose a la demanda Falabella Retail S.A a pagar a la demandante las siguientes sumas por los conceptos que se indican:

i) \$ 12.459.040 por indemnización del 489 del Código del Trabajo.

ii) \$1.019.376, correspondiente a recargo de 30% sobre indemnización por años de servicios.

iii) \$ 565.715, correspondiente a aporte del empleador de ley 19,728.

Las sumas ordenadas pagar deberán actualizarse de acuerdo a lo que disponen los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

II. Dese cumplimiento a lo ordenado en el 495, inciso final del Código del Trabajo.

III. Imponer las costas a la demandada por haber sido íntegramente vencida, regulándose las costas personales en la suma de \$ 1.500.000.



RIT T-86-2021

Dictada por Álvaro Flores, juez titular.



GKSYXEMBKJE

A contar del 11 de septiembre de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>