

Santiago dieciséis de mayo de dos mil veintitrés.

Vistos, Oídos y Considerando:

PRIMERO: Individualización de las partes, síntesis de los hechos y alegaciones: comparece Doña MARCIA PAOLA SOZA SANDOVAL, actualmente cesante, cédula nacional de identidad número 11.229.107-5, domiciliada para estos efectos en calle Santa Beatriz N° 100, oficina 802, comuna de Providencia, Ciudad de Santiago, Región Metropolitana e interpone denuncia en procedimiento de tutela laboral y, en subsidio, demanda por Declaración Unidad Empresarial, Despido injustificado, indebido e improcedente y Cobro de prestaciones e indemnizaciones laborales en contra de ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADOS EXPRESS LIMITADA, Rol Único Tributario 76.134.941-4, y en contra de ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADO HIPER LIMITADA., Rol Único Tributario 76.134.946-5, representadas legalmente por RODRIGO CRUZ MATTA, ambos domiciliados en Avenida del Valle N°725, Huechuraba, Región Metropolitana.

Funda la demanda señalando, primero, que las demandadas han reconocido expresa y judicialmente que entre ellas existe una Unidad Económica, conforme consta en el acta de audiencia de juicio de fecha 24 de abril de 2015, en causa Rit: O-5067-2014, seguida ante el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, las cuales deben ser consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, debiendo responder solidariamente, conforme lo prescrito en el artículo 3 del Código del Trabajo

Refiere en relación a los antecedentes del caso, que en virtud de un contrato escrito de trabajo ingresó a prestar servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia de la demandada principal, a partir del 01 junio 2004, desempeñando el cargo de cajera, cuya remuneración alcanzaba la suma de \$ 949.208.-

Con relación al término de la relación laboral afirma que con fecha 29 de abril de 2022, se puso término a su contrato de trabajo, fundado en la causal del artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo, esto es “necesidades de la empresa”.

Refiere que al momento de la suscripción del finiquito, le fue pagada por la demandada principal, la suma \$949.208.- por concepto de indemnización sustitutiva por falta de aviso previo, la suma de \$10.441.288.- concepto de indemnización por años de servicio, y la suma de \$1.598.403.- por concepto de vacaciones legales.

Señala que fundamentar la decisión de los despidos, y del suyo, en la procedencia de digitalizar, es autorizar a la demandada principal para disminuir costos y buscar opciones de competencia en su giro (que es lo que pretende), reduciendo el derecho al trabajo para aumentar la libertad de la empresa, lo que vulnera, el artículo 5º de nuestro Código del Trabajo. Considerar que los procesos



tecnológicos es una justa causa es lisa y llanamente autorizar a la demandada principal para sustituir a los trabajadores por razones de competitividad entre su competencia, buscando “despidos privilegiados” que afectan al trabajador, importando un traspaso de los riesgos de la empresa, afectando en su esencia la ajenidad del contrato de trabajo.

Expone que dentro de la carta de despido se incluyen una serie de hechos y calificaciones, que los desconoce y se le imputan que son de su conocimiento, lo cual es inexacto, y otros que lisa y llanamente son falsos: Además, se indican una serie de voluntades empresariales que implicaría estarle otorgando una ventajosa posición para alcanzar el dominio del mercado de la denunciada, que beneficia exclusivamente a la Administradora de Supermercados Express Limitada, tal cual como ella misma lo indica “convertirnos en el mejor retail omnicanal del país”

Además, afirma que es falso que tenga conocimiento: a) Del proceso de digitalización y transformación del negocio donde la omnicanalidad y los nuevos hábitos de compra de los clientes de la denunciada, les exigen buscar modelos más eficientes y flexibles de trabajo. b) Cuales son los procesos que posibiliten la inversión e introducción de tecnología. c) Tampoco tengo conocimiento que estos procesos orienten a una estructura organizacional y ejecución del trabajo, con un modelo más integrado y colaborativo. d) Desconozco como ello potencia la adquisición y despliegue de competencias nuevas y más transversales de todos nuestros trabajadores, y menos la razón que no puedo ser capacitada. e) Finalmente, no comprendo que las circunstancias que se indican, han llevado a la necesidad de dar término a mi contrato de trabajo.

Con el despido se ha afectado la libertad de trabajo de la actora, consagrada en el N° 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Al efecto expone que los derechos fundamentales que protegen los atributos esenciales de la dignidad humana, como establece el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, están expresamente referidos como emanaciones de la dignidad de la persona humana y atributos esenciales del ser humano. Ellos no pueden ser afectados en su esencia, y en el caso de la actora se han afectado. Explica que conforme al conocimiento que tiene el redactor de la demanda, la omnicanalidad – cuestión que la carta no explica qué es – es una expresión que se refiere al efecto que independientemente del canal por dónde quieras comunicarse el cliente, expresión se refiere al efecto que independientemente del canal por dónde quieras comunicarse el cliente. Por lo expresado, agrega que el despido tiene como tronco teórico la omnicanalidad, y que la demandada quiera convertirse en el mejor retail omnicanal del país, quebranta en forma grosera el principio de ajenidad. Que la demandada quiera que todos sus canales de venta sean los mejores del país, no podría tener ninguna relevancia en su despido, más que acreditar y relevar su improcedencia.



Asimismo, se le indica que la voluntad de la demandada es orientar la estructura organizacional y ejecución del trabajo, hacia un modelo más integrado y colaborativo que potencie la adquisición y despliegue de competencias nuevas y más transversales de todos nuestros trabajadores. Ello también marca una evidente afectación de carácter legal, pues sabemos que el supuesto de “falta de adecuación laboral o técnica del trabajador” como fundante de la causal de necesidades de la empresa hoy no existe, se eliminó desde la vigencia de la ley 19.759. Ello principalmente porque atenta contra la equidad, ya que permitía el despido de trabajadores que no eran aptos para su empleo debido a falta de capacitación, y ello es una obligación del empleador.

Agrega que la demandada indica que la eliminación del cargo de cajero, es consecuencia de la implementación y avance del nuevo modelo de trabajo colaborativo y multifuncional en tiendas, que abandona el modelo de trabajo unifuncional propio del cargo de cajero, para dar paso a una forma distinta de organización y ejecución del trabajo bajo el cargo y modelo de Operador Tienda, con un esquema más flexible, donde nuestros trabajadores cumplen diferentes tareas y adquieren diferentes competencias al interior de nuestras salas de supermercado. se me indica que las funciones que hacía de cajero, se cambiaran a funciones que importan diferentes tareas (que no se expresan) y donde los trabajadores, o trabajadoras, que se desempeñen en esos puestos, Operador Tienda, adquirirán diferentes competencias (que tampoco se indican), y todo ello bajo modelos flexibles (que no se explican), que solo resultan una mera calificación, ni tampoco se indica para que parte resulta flexible, concluyendo que se lleva a cabo para que la demandada – según sus dichos - pueda convertirse en el mejor retail omnicanal del país, en abierta competencia con los otros actores del mercado, lo que resulta a lo menos preocupante cuando presenta un 48% de participación en el mercado, y que de aceptar la posición de la demandada principal, abre una brecha de despidos de miles de trabajadores. Enseguida indica que el Derecho del Trabajo es un mecanismo de mediación en el conflicto, lo que denomina Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, la persecución de un “equilibrio estructural” entre los intereses de los antagonistas.

Aceptar que la actora pueda ser despedida, solo para que la demandada principal pueda convertirse en el mejor retail omnicanal del país, es retrotraer la disciplina de las relaciones de trabajo asalariado al ámbito del derecho civil de bienes y contratos, como si la función social atribuida desde el ordenamiento laboral pudiese ser desatendida.

Refiere que la Libertad de Trabajo, garantía fundamental que se protege en el marco de la relación laboral, es aquella garantía que comprende dos aspectos. Por una parte, la Libertad de Trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre



elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley. Pero que acá es preciso enfocarnos en la libertad negativa (o derecho negativo) que es aquella que se define por la ausencia de coacción externa al individuo que desee realizar un curso de acción determinado, que en su caso se le indicó por su empleador, que solo podría mantener una relación laboral con ella, si aceptaba nuevas condiciones, afectando su posibilidad de continuar. Se le exigía cambiar su cargo y funciones de cajera a Operador Tienda, y de negarse se impedía continuar vigente su relación laboral, despidiéndola, como se hizo. Es decir no fue libre, pues de serlo se habría aceptado su negativa, quebrantando el mecanismo de mediación en el conflicto, la persecución de un “equilibrio estructural” entre los intereses de los antagonistas.

Explicita que la garantía fundamental a que se refiere es la libertad de trabajo, La redacción del inciso primero del artículo 485, revela con claridad que la libertad de trabajo es un derecho fundamental diferente al derecho a la libre elección del trabajo. En efecto, el precepto laboral designa a ambos por separado, como derechos fundamentales diferentes, susceptibles de ser vulnerados en la relación laboral.

Para referirse al contenido de la libertad de trabajo reconocida expresamente en el artículo 19 N° 16 constitucional inciso primero, que por expresa referencia del artículo 485 del Código del Trabajo, puede dar lugar a la aplicación de un procedimiento de tutela laboral, refiere que el Tribunal Constitucional en sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha resuelto que al consagrar la libertad de trabajo, nuestra Constitución Política no sólo reconoció la libertad de las personas para trabajar, *sino también estableció que el trabajo que realicen goza de ciertos derechos indispensables*, que también son consagrados por la Constitución. “La protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, *la constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo*” . ” (Cita: Tribunal Constitucional, sentencias Rol 1852 de 26.07.2012; Rol 2086 de 16.12.2012; Rol 2110 de 16.12.2012; Rol 2114 de 16.12.2012; Rol 2182 de 16.12.2012 y Sentencia Rol 2197 de 16.12.2012). Es decir, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrandolo el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, en Revista de Derecho Público N° 28,



Universidad de Chile. Santiago, 1980, p. 215). En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo sino también el trabajo en sí.

Por último, al preguntarse cómo se ha afectado la libertad de trabajo en el caso que denuncia, explica en primer lugar que la Garantía Constitucional contemplada en el N° 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República no es una garantía de permanencia duradera en el empleo. Y, en segundo lugar, que la garantía debe analizarse, necesariamente, con el contexto factual. 2° Es necesario revisar en este análisis, la conducta de la demandada principal, para mi representada: a) La suscrita prestó servicios para la demandada, desde el 1 de junio de 2004. b) La suscrita no presentaba, ni presenta, limitaciones para ser capacitada, en nuevas competencias y más transversales. c) La suscrita recibió la comunicación que de no aceptar ser Operador Tienda, sería despedida. d) Las condiciones de Operador Tienda, precarizan la relación laboral, que mantenía como cajera. e) La demandada principal decidió mi despido, no respetando mi libertad de elegir. f) La demandada principal decidió mi despido, para poder convertirse en el mejor retail omnicanal del país, en abierta competencia con los otros actores del mercado. g) La demandada principal presenta un 48% de participación en el mercado, y que de aceptar la posición de la demandada, abre una brecha de despidos de miles de trabajadores, quebrantando el mecanismo de mediación en el conflicto, la persecución de un “equilibrio estructural” entre los intereses de los antagonistas.

En definitiva, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 162, 168, 325, 420 en relación a los artículos 425 y 446, y demás pertinentes del Código del Trabajo, solicita declarar que las empresas demandadas conforman una unidad empresarial; que el acto del despido de la actora fue un acto de afectación de la Libertad de Trabajo; la validez de la reserva de derechos efectuada en el finiquito; que la o las denunciadas sean condenadas a pagar, en razón de la vulneración señalada, una indemnización no inferior a seis meses, ni superior a once meses de la última remuneración mensual, siendo el mínimo de 6 remuneraciones la cantidad de \$5.695.248.- y el máximo de 11 remuneraciones la cantidad de \$10.441.288.- de conformidad al artículo 489 del Código del Trabajo, o la suma que el Tribunal se sirva fijar de acuerdo con el mérito del proceso; 5.- Condenar a la o las denunciadas al pago del recargo legal del 30%, por la suma de \$3.132.386.-, todo ello a título sancionatorio, conforme el artículo 489 del Código del Trabajo. 6.- Que se declare que no corresponde efectuar descuento del seguro de cesantía, por la suma de \$1.413.440.- conforme artículo 13 de la Ley 19.728, y ordene su reembolso a la actora; que una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia, el tribunal NO informe de ella a la Dirección de Presupuesto dependiente del Ministerio de Hacienda, y en consecuencia no se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 4° de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos



administrativos de suministro y prestación de servicios, tanto en cuanto el Tribunal Constitucional reiteradamente se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del artículo 495 inciso final del Código del Trabajo y el artículo 4º inciso 1º de la ley N°19.886, y que son inaplicables, bajo precedentes Rol N°3570-2017, N°3.702-2017, Rol N°5485-2018; Rol N°52672018; Rol N°6073-2019, Rol N°6085-2019, especialmente solicitando se efectúe esta declaración para la enervación de la acción de inaplicabilidad respectiva, y el retardo que dicha declaración puede provocar al proceso y los reajustes de todas las sumas expresadas

En subsidio, solicita se declare el despido injustificado, señalando que dentro de la carta de despido se incluyen una serie de hechos y calificaciones, que los desconoce y se le imputan que son de su conocimiento, lo cual es inexacto, y otros que lisa y llanamente son falsos, señala consideraciones de derecho, los artículos 162, 168, 325, 420 en relación a los artículos 425 y 446, y demás pertinentes del Código del Trabajo y concluye solicitando se declare que las empresas demandadas conforman una unidad empresarial; se declare la validez de la reserva de derechos efectuada en el finiquito; que el despido es indebido, injustificado e improcedente y como consecuencia de lo anterior, se sirva acoger la demanda de Cobro de Prestaciones e Indemnizaciones laborales condenando a la demandada al pago del recargo legal del 30%, por la suma de \$3.132.386, ordene el reembolso del descuento del seguro de cesantía y los reajustes.

Contestación de la demanda: no se tuvo por contestada por extemporánea.

SEGUNDO: Audiencias: En la audiencia preparatoria, con fecha 30 de noviembre de 2022, llamadas las partes a conciliación, no se produce; se recibió la causa a prueba y se fijaron los siguientes hechos a probar: 1. Existencia de relación laboral, fecha de término y remuneraciones. Circunstancia de término de la relación laboral. 2. Existencia de necesidades de la empresa, que provocaron con el despido de la actora. 3. Constituir las demandadas ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADOS EXPRESS LIMITADA y la ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADOS HIPER LIMITADA, una unidad económica. Circunstancias que la constituyen. 4. Efectividad que constituyan vulneración de los derechos fundamentales de la actora. En cuanto a su libertad de trabajo. Circunstancias que la constituyan. 5. Descuento realizado en el finiquito. Procedencia de los mismos.

En la audiencia de juicio, se incorporaron las pruebas de los litigantes: POR LA DEMANDANTE: Documental, 1.- Carta de despido, de fecha 29 de abril de 2022, comunicando el despido por la causal establecida en el artículo 161, inciso 1º del Código del Trabajo. 2.- Finiquito de contrato de trabajo, de fecha 20 de mayo de 2022, celebrado en la notaría en la notaría María Zagal Cisternas. 3.- Acta de audiencia de juicio en procedimiento ordinario, frente al 1º Juzgado del Trabajo, en fecha 24 de abril de 2015, que da cuenta de conciliación para los efectos del inciso 4º del artículo 3º del Código del Trabajo. 4.- Ordinario N° 1722, del Departamento Jurídico y Fiscalía, de la Unidad de Pronunciamientos



BCLCXXFKGCH

Innovación y Estudios Laborales, de la Dirección del Trabajo, sobre no ajustarse a derecho el cargo denominado “Operador de Tienda”, de fecha 25 de junio de 2021. 5.- Ordinario N° 734, del Departamento Jurídico y Fiscalía, de la Unidad de Pronunciamientos Innovación y Estudios Laborales, de la Dirección del Trabajo, sobre trabajadores de supermercados multifuncionales, principio de certeza jurídica en las relaciones laborales, de fecha 10 de mayo de 2022. 6.- Informe de Fiscalización de la Administradora de Supermercados Híper Limitada, RUT 76.134.941, respecto a la determinación de los servicios del contrato de “Operador de Tienda”, evacuado por la Inspectora del Trabajo, Patricia Abarca Díaz, de fecha 9 de febrero de 2022. 7.- Multa 8569/22/16 de la Dirección del Trabajo, de fecha 9 de febrero de 2022, respecto del contrato operador de Tienda. 8.- Multa 8743/21/33 de la Dirección del Trabajo, de fecha 15 de julio de 2021, respecto del contrato operador de Tienda. 9.- Multa 7771/21/28 de la Dirección del Trabajo, de fecha 19 de julio de 2021, respecto del contrato operador de Tienda. 10.- Contrato de Operador de Tienda. 11.- Reportaje El Mostrador Mercados, de fecha 17 de diciembre de 2021, respecto de la propuesta de reconversión laboral a operador de tienda.

Confesional: Comparece por las demandadas David Quijada Rossi

Testimonial: Comparece: Karina Francesca Guzmán Quinteros, C.I.: 13.894.014-4,

Exhibición de documentos: 1.-Liquidaciones de remuneraciones, de los últimos 6 meses, Marcia Paola Soza Sandoval. 2.-Contratos de Trabajo, y anexos de contrato de trabajadora de la actora Marcia Paola Soza Sandoval

Otros medios: oficio: Se incorpora respuesta al oficio dirigido a la Dirección del Trabajo.

LA PARTE DEMANDADA:

Documental: 1. Contrato de trabajo y anexos entre el empleador Administradora de Supermercados Express Limitada y la trabajadora Marcia Paola Soza Sandoval. 2. Carta de terminación del contrato de trabajo del 29 de abril de 2022. 3. Certificado de saldo aporte empleador al seguro de cesantía extendido por la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía de Chile II S.A. Respecto del empleador Administradora de Supermercados Express Limitada y la trabajadora Marcia Paola Soza Sandoval. 4. Comprobante carta de aviso para la terminación del contrato de trabajo, extendido por la Dirección del Trabajo 5. Finiquito de contrato de trabajo entre el empleador Administradora de Supermercados Express Limitada y la trabajadora Marcia Paola Soza Sandoval. 6. Liquidaciones de sueldo de la trabajadora Marcia Paola Soza Sandoval desde noviembre de 2021 hasta abril de 2022. 7. Ejemplo contrato cargo “operador de tienda”. 8. Programa de movilidad laboral 9. Programa “nuevas formas de trabajar”, acuerdo con Federación Walmar

Testimonial: Ignacio Nicolás Escobar Gonzalez, cedula de identidad 20.115.008-6 y don Birlly Guillermo Oyarzo Asenjo, cedula de identidad 16.343.422-9,



Establecimiento de los hechos, análisis de la prueba rendida y consideraciones jurídicas.

TERCERO: Que las pruebas incorporadas por la demandante y en parte por la demandada, apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, importando ello una especial consideración a la gravedad, concordancia, multiplicidad y conexión de aquellos medios probatorios, permiten a este Tribunal tener por acreditada la efectividad de los siguientes hechos:

- a) Entre las partes existió una relación laboral que se inició el 01 de junio de 2004, en cuya virtud la actora se obliga a prestar sus servicios personales para la Empresa desempeñando el cargo de REPONEDORA, cargo en el que se mantuvo mediante sucesivos contratos también indefinidos, hasta el contrato de 1 de diciembre de 2006 en que pasó a desempeñar el cargo de CAJERA, cargo en el que se ha mantenido de manera ininterrumpida mediante diversos contratos indefinidos y anexos o actualizaciones hasta el cese de sus funciones, siendo la última actualización de cargo (como Cajera) y renta de fecha 1 de octubre de 2021.
- b) Las funciones de cajera que define el último de sus contratos que contempla las funciones señala que éstas corresponden a: “preocuparse de la clientela, atender público y desarrollar todas y cada una de las labores o iniciativas que sean necesarias para hacer progresar el proceso de distribución, comercialización o venta al detalle, relacionadas con su cargo, entre ellas se consideran el registro de precios exactos en las cajas, recepción de valores, elaboración de arqueos de cajas, recuento de dinero y cuadratura diaria o periódica, custodia de valores, atención amable a clientes y control del trabajo a su cargo, según corresponda”.

Que los hechos antes descritos, se acreditan con los 21 documentos correspondientes a contratos, anexos y actualizaciones, que fueron incorporados por la demandante, tras la exhibición cumplida por la demandada (se encuentran en Folio 28).

- c) La demandada puso término al contrato de trabajo de la actora mediante carta de aviso de despido de fecha **29 de abril de 2022**, haciéndose efectivo el 30 de abril de 2022, fundada en la causal del artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo, esto es “necesidades de la empresa”, a cuyo respecto la demandante no discutió el cumplimiento de las formalidades legales referidas a la entrega y oportunidad de la misiva y que, en todo caso, se encuentran demostradas con el comprobante de correos de Chile dirigido a la actora y el comprobante de la remisión de la copia expedido a la Dirección del Trabajo, ambos documentos en Folio 29 de la prueba de la demandada.



Asimismo, el contenido de la carta de aviso de término aludida es del siguiente tenor:

“Como usted sabe, nuestra compañía experimenta un proceso de digitalización y transformación del negocio donde la omnicanalidad y los nuevos hábitos de compra de nuestros clientes, reflejados en el crecimiento sostenido de las ventas on line por sobre los medios físicos de compra, nos exigen buscar modelos más eficientes y flexibles de trabajo, que posibiliten la inversión e introducción de tecnología en nuestros distintos procesos, y orienten la estructura organizacional y ejecución del trabajo, hacia un modelo más integrado y colaborativo que potencie la adquisición y despliegue de competencias nuevas y más transversales de todos nuestros trabajadores, todo en pos de convertirnos en el mejor retail omnicanal del país.

Para la consecución del objetivo señalado, hemos definido la implementación de nuevas forma de organización y distribución del trabajo en nuestras tiendas, bajo un modelo colaborativo, que nos exige modificar las estructuras organizativas internas y cargos de la operación del negocio, para adaptarnos y anticiparnos a estos cambios que hoy experimenta toda la industria.

En este contexto, nos vemos obligados a dar término a su contrato de trabajo, por la eliminación del cargo de cajero en la compañía, como consecuencia de la implementación y avance del nuevo modelo de trabajo colaborativo y multifuncional en tiendas, que abandona el modelo de trabajo unifuncional propio del cargo de cajero, para dar paso a una forma distinta de organización y ejecución del trabajo bajo el cargo y modelo de Operador Tienda, con un esquema más flexible, donde nuestros trabajadores cumplen diferentes tareas y adquieren diferentes competencias al interior de nuestras salas de supermercado.

Conforme a lo anterior, al suprimirse el cargo señalado (que usted desempeña en el local 139 Piedra Roja), las funciones que hasta hoy usted cumplía en la tienda serán desempeñadas por el nuevo cargo denominado “Operador Tienda”, quién ejecutará funciones en las diferentes áreas de la tienda incluyendo la zona de pago.

Como esperamos comprenda, tales circunstancias nos han llevado a la necesidad de no tan sólo poner término a su contrato de trabajo, sino que también a dar término a los servicios de quienes desempeñen el cargo de cajero en la empresa Administradora de Supermercados Express Ltda. y a quienes dada esta nueva realidad, no ha sido posible otorgarles alguna labor distinta del cargo de Operador anteriormente ofrecido”



Que lo anterior se comprueba a través de la comunicación de despido, que se encuentra incorporada en el Folio 11 de la documental de la demandante, no objetada de contrario.

- d) Que las demandadas han reconocido expresa y judicialmente que entre ellas existe una Unidad Económica, conforme consta en el acta de audiencia de juicio de fecha 24 de abril de 2015, en causa Rit: O-5067-2014, seguida ante el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que da cuenta de una conciliación para los efectos del inciso 4º del artículo 3 del Código del Trabajo, las cuales deben ser consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales. Lo que se acredita con la respectiva acta de acuerdo al documento 13 de la demandante, no objetado de contraria. Asimismo, consta el informe Multirut expedido por la Dirección del Trabajo, I.C.T. Santiago Norte, que indica que ambas demandadas registran el mismo domicilio y representante legal, en respuesta al Oficio solicitado en esta causa por la demandante (Folio 51).
- e) La última remuneración mensual percibida por la actora corresponde a la suma \$ 949.208., señalada en la demanda, no contradicha por la demandada y que consta en el finiquito celebrado por las partes con fecha 20 de mayo de 2022, que corresponde a la indemnización mes de aviso que se le paga a la actora, según documento en Folio 12 de la demandante, igualmente incorporado por la demandada en folio 29.
- f) Las partes firmaron un Finiquito con fecha 20 de mayo de 2022, en cuya virtud a la actora le fue pagada por la Administradora de Supermercados Express Limitada, la suma \$949.208.- por concepto de indemnización sustitutiva por falta de aviso previo, la suma de \$10.441.288.- concepto de indemnización por años de servicio, la suma de \$1.598.403.- por concepto de vacaciones legales y \$ 238.347 por estímulo de Cajas. Le fueron descontados \$ 1.413.440 por Seguro Cesantía Finiquito, \$600.000 por Préstamo Especial en \$ Finiquito, y \$18.601 por Ausencia Mes Ant. Desc. en Fin; líquido a pagar \$ 11.195.205.-
- g) Reserva de Derechos: Que el finiquito singularizado en el literal que precede, contiene una reserva del siguiente tenor, manuscrito: “me reservo el derecho y acciones para demandar por despido injustificado, fecha de contratación y vulneraciones y mis derechos fundamentales, diferencias de montos y base de cálculo, nulidad del despido, feriado legal y proporcional pendientes, pago de bono operacional, comisiones pendientes de pago, devolución del descuento por seguro de cesantía AFC, recargo legal del art. 168, por la causal de despido o cualquier materia que tenga relación con mi



despido y demás indemnizaciones o prestaciones laborales que se encuentren impagas”.

En cuanto a la acción de tutela:

CUARTO: Al respecto, se debe tener presente que el procedimiento de tutela no busca desconocer las potestades empresariales, sino que por el contrario, su objetivo es conocer y sancionar aquellas afectaciones graves, de envergadura, intolerables o como señala el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo para los casos en que se limita el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En consecuencia, las molestias de menor envergadura que pudiesen sufrir alguno de estos derechos, queda excluida de la misma. Lo anterior no obsta en modo alguno a la posibilidad de que estas afectaciones, produzcan alguna consecuencia indeseada, de acuerdo a las especiales particularidades de quien se ve enfrentado dentro de la organización empresarial, a situaciones o restricciones que fuera de este ámbito serían inaceptables.

En efecto, lo señalado no significa un desconocimiento de la ciudadanía en la empresa, sino que por el contrario, una constatación de que en la práctica se produce constantemente una tensión entre derechos que colisionan entre ellos, por un lado los propios y característicos de la potestad de mando y disciplinaria, que ha sido asociada al derecho de propiedad y a la libertad empresarial y por otro los derechos que emanan del reconocimiento de que el trabajador es un ciudadano que está amparado constitucionalmente por la protección de su dignidad, libertad e igualdad.

Que, el aspecto procesal de la acción de tutela exige y requiere que la demandante proporcione a lo menos indicios suficientes para estimar que se han vulnerado sus derechos esenciales, tal como lo exige el artículo 493 del Código del Trabajo, existiendo esos indicios, corresponderá al demandado justificar su conducta. Así, no se trata de una inversión del onus probandi, ya que no basta la alegación de una lesión a un derecho fundamental, para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que sólo se alivia la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, esto es, acredite hechos que generen la sospecha fundada y razonable de que ha existido esta lesión. Luego de reconocido lo anterior, es necesario, en consecuencia, determinar si la demandante cumplió con este estándar probatorio exigido, para lo cual debe tenerse presente los indicios que debe indicar el demandante.

Al efecto, cabe tener presente que la garantía que se estima vulnerada en el libelo y, que se encuentra protegida por el legislador laboral a través del Procedimiento de Tutela Laboral, es la libertad de trabajo y que la conducta de la



demandada principal, que representa esta vulneración se desprende de: a) La trabajadora prestó servicios para la demandada, desde el 1 de junio de 2004. b) La trabajadora no presentaba, ni presenta, limitaciones para ser capacitada, en nuevas competencias y más transversales. c) La trabajadora recibió la comunicación que de no aceptar ser Operador Tienda, sería despedida. d) Las condiciones de Operador Tienda, precarizan la relación laboral, que mantenía como cajera. e) La demandada principal decidió su despido, no respetando su libertad de elegir. f) La demandada principal decidió su despido, para poder convertirse en el mejor retail omnicanal del país, en abierta competencia con los otros actores del mercado. g) La demandada principal presenta un 48% de participación en el mercado, y que de aceptar la posición de la demandada, abre una brecha de despidos de miles de trabajadores, quebrantando el mecanismo de mediación en el conflicto, la persecución de un “equilibrio estructural” entre los intereses de los antagonistas.

A fin de acreditar los indicios la parte demandante incorporó documental donde consta efectivamente que la actora prestó servicios para la demandada principal desde el 1 de junio de 2004, tratándose este de un hecho acreditado, según se dejó constancia en el considerando anterior, desempeñándose dentro del lapso hasta la terminación del vínculo laboral (en abril de 2022) por 15 años y 4 meses aproximadamente desempeñándose como cajera.

Con relación a la forma en que operó el sistema de Operador de Tienda, efectivamente la trabajadora recibió la comunicación que de no aceptar ser Operador de Tienda, sería despedida, hecho que consta del testimonio del señor David Esteban Quijada Rossi, en calidad de representante de las demandadas, quien señaló ser de profesión Técnico de Nivel Superior en Control Industrial, y ocupa el cargo de Administrador de Supermercado y Gerente de ventas para Walmar, quien “confesó que hubo información de la Compañía donde citaron a los trabajadores haciéndoles mención acerca de cuál era el camino a seguir porque el cargo de Cajero ya se eliminaba de la Compañía, iba de salida, y entraba el Operador de Tienda, y se les ofrecía la alternativa de tomar el cargo de Operador de Tienda y obviamente no terminaba la relación laboral, si no quieren tomar el cargo de Operador de tienda se termina la relación laboral y que cuando se realiza esa información hay plazos para cumplir si van a tomar el cargo de Operador de Tienda de lo contrario quienes no lo toman, se toma la decisión de terminar la relación laboral con el trabajador, decisión que toma la Compañía, en este caso el Administrador del Supermercado”.

Por otra parte, consta que la actora fue despedida mediante carta de 29 de abril de 2022, según los hechos que se encuentran establecidos en el apartado anterior, por tanto queda claro que se trató de una decisión adoptada de manera unilateral por la ex empleadora demandada.



QUINTO: Ahora bien, de acuerdo al contrato de trabajo de operador tienda de fecha 4 de noviembre de 2021, incorporado por ambos litigantes, “son obligaciones del cargo para el cual se contrata al trabajador, las funciones de: El cargo denominado “OPERADOR DE TIENDA, también, e indistintamente, se le denominará “OMNIOOPERADOR”, cuyas funciones asociadas, alternativas y complementarias, se prestarán en las distintas áreas o zonas de la tienda o establecimiento, excluyendo las áreas de mantención, aseo y seguridad. Serán funciones específicas a realizar en las diferentes áreas o zonas de la tienda o establecimiento, para su buen funcionamiento, las siguientes: Atender a los clientes en sus compras de mercadería; reponer, ordenar, pesar, envasar y recepcionar productos; mantener el aseo y stock de góndolas de la sala y de su área de trabajo; trasladar los productos desde bodega a la sala en caso que se requiera; ejecutar el armado y entrega de los pedidos a clientes en labores de e-commerce; y ejecutar otras labores similares que emanen de la naturaleza de los servicios relacionado con el funcionamiento del local. Serán funciones específicas a realizar en las zonas de pago: preocuparse de la operatividad y asistencia a los clientes en la operación del tótem y en las zonas de pago; asegurar un correcto proceso de escaneo; pago y retiro de productos de forma rápida y precisa; asegurar y resguardar los valores y activos de la Empresa cumpliendo los procedimientos establecidos; efectuar la correcta cuadratura de caja en la entrega de su turno y ejecutar otras labores similares que emanen de la naturaleza de los servicios relacionados con el funcionamiento de la zona de pago”.

En relación al cargo Operador de Tienda, la Dirección del Trabajo en Ordinario N° 1722 de 25 de junio de 2021, ha establecido que “no se ajusta a derecho el cargo denominado “Operador de tienda”, conforme al contenido expuesto en el presente informe, al no otorgar un mínimo de certeza a los trabajadores acerca de las labores a realizar en los supermercados”, ello respecto de una cláusula un tanto más amplia y que no distinguía entre dos o más funciones específicas, señalando sin embargo la Dirección las labores a realizar no comparten la misma naturaleza, que contiene una descripción muy amplia, pudiendo abarcar un sinnúmero de labores que se pueden llevar a cabo en una sala de ventas como las de un supermercado”. Asimismo, en el ORD N° 734 de 11 de mayo de 2022, ante consulta de “Frente Sindical Walmart” establece que no resulta conforme a derecho que el empleador defina unilateralmente cuáles son las zonas principales y de apoyo en que el trabajador deberá prestar servicios cada mes, que no es procedente jurídicamente que el trabajador pueda ser enviado a ejecutar labores distintas en zonas diferentes del establecimiento en más de oportunidad en el mismo día y que Contraviene a la normativa aplicable que el dependiente pueda ser enviado a ejecutar cualquiera de las labores que se desarrollan en la sala de ventas de los establecimientos del rubro supermercados. Explicando que el operador de tienda, debe rotar entre varias puestos de trabajo



durante el transcurso del mes realizando labores disímiles en su naturaleza como: atención de clientes, reposición de mercadería, armado de pedidos y son de pagos, pero ahora con una rotación por semana, por lo que mantiene la contravención a lo dispuesto en el N° 3 del artículo 10 del Código del trabajo, que exige una determinación de la naturaleza de los servicios. Agrega además como fundamento teórico que la doctrina iuslaboralista ha señalado que la irrenunciabilidad de derechos laborales significa la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio * Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo” 1998, 3ª edición, buenos Aires, Ed. Depalma, p.118 De manera tal que si bien las partes de un contrato de trabajo pueden establecer pactos y modificar de común acuerdo lo convenido, no les está permitido conculcar el orden público laboral, dentro del cual rige necesariamente el principio de la certeza y seguridad jurídica. Concluye señalando las falencias a) Inexistencia de Reglamento Interno sobre prevención de riesgos profesionales que informe acerca de los riesgos que entrañan las labores realizadas, las medidas preventivas y los métodos de trabajo correcto, en un contexto en donde el trabajador cumpla un rol poli funcional y deba rotar en labores totalmente disímiles en su naturaleza; b) Alto número de funciones a desempeñar que atenta contra la necesaria certeza en la especificidad de las tareas a realizar; c) por lo anterior, imposibilidad de determinar cuales funciones son alternativas y cuales son complementarias en un modelo de organización en donde el trabajador está rotando constantemente en prácticamente todas las tareas que se realizan en el rubro de supermercados.

Del mismo modo, consta que por idéntica mención a la señalada en el párrafo primero del presente apartado en los contratos de diferentes trabajadores la Dirección del Trabajo ha cursado multas a las demandadas, según consta de Resoluciones incorporadas por la demandante en los números 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de su documental y no solamente del año 2021.

Asimismo, consta en la causa que - Ad effectum videndi solicitó la demandante - que por sentencia definitiva de 7 de noviembre de 2022 estableció que el cargo de “operador de tienda” que implementaron las demandadas, sea a través del anexo respectivo o mediante una cláusula del contrato de trabajo, resulta ilegal por infringir el N° 3 del artículo 10 así como el artículo 184 del Código del Trabajo y –en consecuencia– se le deja sin efecto respecto de todos los trabajadores afiliados al sindicato que los hayan suscrito, debiendo las demandadas regularizar la descripción de quienes específicamente fueron contratados como “operador de tienda” en un plazo de 30 días hábiles, adecuando la descripción del cargo a los criterios que establece esta sentencia desde el motivo DÉCIMO al DÉCIMO TERCERO”. (Sentencia no ejecutoriada). En el caso en estudio cabe señalar como antecedentes que ambas partes reconocen que el cargo de operador de tienda es la fusión de 2 cargos ya poli-funcionales: operador



de caja y operador de sala, cuya integración se justifica por una multifuncionalidad cuyo espacio es la sala del supermercado, pues allí se orienta la venta o se atiende directamente a los clientes, además de cobrar por los productos; a lo cual se suman –en el anexo de contrato cuestionado– labores como el armado de pedidos del canal digital, el traslado de productos de bodega. Anota el fallo que “Salta a la vista que el anexo de contrato de trabajo impugnado incumple lo dispuesto en el N° 3 del artículo 10 del Código del Trabajo pues establece funciones alternativas (como reponer en sala los productos, asistir o atender al público y cobrar por esos productos) junto a funciones complementarias de aquellas, como por ejemplo, en relación a la función de atender clientes (vendedor) cuando se incluye ordenar, etiquetar, pesar, envasar y marcar productos, incluyendo la higienización de los mismos”. Agrega que lo mismo ocurre cuando se analiza la función alternativa consistente en cobrar por los productos que los clientes seleccionan, lo que históricamente se ha llamado “cajero”, ya que a dicha función principal se le adicionan las complementarias consistentes en realizar devoluciones de productos y asistir a los clientes en el tótem de auto-atención. En cuanto a la función principal consistente en “reponer”, se le agregan funciones complementarias como aseo de góndolas y traslado de productos desde bodega” el anexo de contrato de trabajo para el cargo de “operador de tienda” agrega funciones que implican exceder la sala de ventas del supermercado, como las propias del canal digital (armado de pedidos), del bodegaje (traslado de productos desde bodega) y el apoyo con los carros de compra, lo que tampoco es permitido, en este caso por la primera parte del N° 3 del artículo 10 del Código del Trabajo, ya que la norma legal no acepta sumar funciones que tengan diferente naturaleza, lo que es reiterado en el contrato colectivo como la certeza que debe tener el trabajador respecto a los servicios que deberá prestar, pues la enunciación es tan amplia que implica que el trabajador debe estar disponible para desarrollar cualquiera de las labores que le sean encomendadas por el empleador. Con todo, el anexo cuestionado también vulnera lo dispuesto en la primera parte del artículo 10 N° 3 del Código del Trabajo en lo relativo a la función principal o alternativa consistente en asistir la venta directamente al público, lo que comúnmente se conoce como “vendedor”. Partiendo de la base que un supermercado es –por regla general– un espacio de auto-servicio para los clientes, pues los productos se disponen en góndolas o recipientes para ser tomados por éstos, lo que también implica que las actividades de venta mayoritariamente son de asesoría; lo cierto es que aún se contempla algunos productos que requieren la atención directa del público (venta asistida en carnicería, pastelería, fiambrería, etc.). En el anexo de contrato de trabajo para el cargo cuestionado (operador de tienda), la función de venta al público incluye las complementarias de pesar, envasar y marcar el precio, pero sin hacer ningún distinguo respecto a los productos que se ofrecen. Ello no resulta aceptable, pues



desdibuja la necesaria determinación de labores que la norma imperativa exige, las que deben tener una misma naturaleza –como se dijo– en la forma concreta en que prestan dichas labores, lo que no se cumple desde el momento en que no se delimita la naturaleza del producto o género de productos que el trabajador ofrece, envasa y valoriza, lo que se ve ratificado en el hecho que las labores se desarrollen en secciones especializadas dentro del supermercado cuando se trata de venta que necesariamente son asistidas por un vendedor (carnicería, pastelería, fiambrería u otras). Dichas labores no pueden considerarse fácticamente como similares, por una cuestión de experiencia, pues basta observar en cualquier supermercado que la destreza principal del carnicero está en el trozado de la pieza, mientras que la principal habilidad del pastelero es el empaque o envasado de productos. Es más, atendidas las diversas destrezas y riesgos asociados a las tareas que se compromete a realizar un operador de tienda, específicamente cumpliendo la función alternativa de asistir directamente la venta (fiambrero, pastelero o carnicero), se pone también en riesgo la seguridad en el desempeño de sus funciones, lo que también configura un obstáculo infranqueable para una multi-funcionalidad absoluta, todo ello de conformidad con el principio protector que inspira nuestra legislación (artículo 184 del Código del Trabajo).

Finalmente, costa en la prueba de la demandante el Informe de Fiscalización de la Administradora de Supermercados Híper Limitada, RUT 76.134.941, respecto a la determinación de los servicios del contrato de “Operador de Tienda”, evacuado por la Inspectora del Trabajo, Patricia Abarca Díaz, de fecha 9 de febrero de 2022, donde consta el mismo contenido de contrato que tratamos en esa sentencia por cuyo tenor se aplica la multa. Asimismo las multas aplicadas a la demandada (que forman parte de Walmart) de los años 2022 y 2021 por los mismos hechos que constituyen infracción al artículo 10 y 12 del Código del Trabajo: Multa 8569/22/16 de la Dirección del Trabajo, de fecha 9 de febrero de 2022, respecto del contrato operador de Tienda. 8.- Multa 8743/21/33 de la Dirección del Trabajo, de fecha 15 de julio de 2021, respecto del contrato operador de Tienda. 9.- Multa 7771/21/28 de la Dirección del Trabajo, de fecha 19 de julio de 2021, respecto del contrato operador de Tienda.

SEXTO: La facultad de ejercer el ius variandi, por parte del empleador, no es ilimitada ni irrestricta sino que debe ser ejercida razonablemente, probándose siempre razones objetivas. Así, gran parte de la doctrina está de acuerdo en que el fundamento del ius variandi lo encontramos en el poder de dirección del empresario, sin embargo el asunto está en dilucidar si esta potestad puede ser ejercida sin motivo alguno o bien, existen limitación que aun cuando no tengan una consagración en la ley, se encuentran en el trasfondo de la institución. Al respecto, creemos que el ejercicio de esta facultad debe basarse siempre en las exigencias objetivas de la empresa. Esta idea de alguna manera está recogida en



el inciso segundo del artículo 12 del CT cuando señala: “Por circunstancias de la empresa o establecimiento...” Referido a la naturaleza de los servicios, el primer aspecto que el artículo 12 nos muestra como modificable, por la voluntad unilateral del empleador, señala como una de las condiciones que debe cumplir el empresario para ejercer legítimamente la facultad, radica en que la modificación recaiga en “labores similares” y que esta no importe un menoscabo para el trabajador.

La jurisprudencia existente al respecto señaló: “Que el menoscabo al que la norma se refiere, va dirigido de una forma integral respecto de la persona del trabajador, no sólo desde un punto de vista económico, sino social y moral..” (Corte Suprema, 22 de octubre de 1992, “Mantilla Pérez, Mauricio y otros con Inspección Provincial del Trabajo” Rol Ord. 4691 Apelación en recurso de Queja). La misma Corte Suprema acogiendo recurso de casación en el fondo consideró “... tal facultad empresarial no permite disminuir la remuneración, como acontece en el caso de la demandante, porque ella además del sueldo base, percibía una comisión por venta de vehículos, la que ha sido rebajada en un porcentaje de una 4,5% al 3,3%, a contar de la fecha de su traslado del local de Avenida Vitacura al de avenida Bustamante.” “siendo la comisión parte de la remuneración, la simple rebaja del porcentaje de la misma configura una disminución del monto total de la remuneración, de consiguiente tal rebaja realizada unilateralmente por la parte empresarial, configura un incumplimiento de la obligación contractual, que reviste la gravedad suficiente para poner fin a la relación laboral, porque el empleador ha dejado de cumplir con su obligación principal, consistente en el pago íntegro y oportuno de la remuneración”. (C.S Carrizo Díaz Sandra, 8 de noviembre de 1999 RDJ. T. XCVI. 1999 N° 3 (septiembre- diciembre) Sección 3)

Acorde lo dispuesto en el Art. 2 del Código del Trabajo “Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan. Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la personas; además el artículo 5 del mismo cuerpo legal indica que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo, normas que consagran el principio de ciudadanía en la empresa.

En cuanto a la estructura de los derechos fundamentales en la Constitución Política Chilena Nash los agrupa en derechos de libertad e igualdad. En la CPR los derechos de libertad son el núcleo que ha seguido el constituyente, la columna vertebral del entramado de derechos del artículo 19. Así, en el texto constitucional encontramos manifestaciones de la libertad negativa o libertad de protección en el



artículo 19 numerales 1, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 23 y 24 en el Código.

SEPTIMO: Que de los fundamentos sostenidos en el motivo precedente se desprende que la carga exigible a la parte denunciante era la acreditación de indicios suficientes de la vulneración alegada, la que fue cumplida en forma suficiente respecto de las conductas señaladas en los literales a), c) d) y e), (indicios), del motivo cuarto de esta sentencia, atendido que incorporó indicios de una envergadura tal que llegaron a constituir una vulneración de la garantía fundamental denunciada, en la medida en que la actora no pudo ejercer su trabajo sin perturbación, perturbación que consistió en someterla al cambio de sus funciones de cajera incorporando indebidamente y de forma contraria a la ley labores que no cumplen con los requisitos del ius variandi. Y tanto es así, que para “tomar la posición” de operador de tienda se les exigía terminar el contrato vigente y firmar otro, es decir, el cambio de funciones de la manera propuesta por la empresa, sobrepasó el límite del contrato de la actora, en la medida en que unilateralmente no podían variarse las labores de la denunciante como se hizo. Por supuesto, los nuevos contratos, con la descripción de la asignación de las funciones a los operadores de tienda tampoco cumplen las exigencias del artículo 10 N° 3 del Código de Trabajo, en las circunstancias y condiciones que latamente fueron expuestas a propósito de la causa ad effectum videndi y que esta sentenciadora comparte plenamente en lo que se refiere al caso sub lite. Además, se enfrentó a la actora a tener que adoptar una decisión, no solamente con numerosas funciones que incluso escapan de las normas del artículo 10 N° 3 y 12, del Código del trabajo, en su caso, (continuar con el mismo contrato con aplicación de ius variandi o terminar el contrato actual y firmar un nuevo contrato con las nuevas funciones), sino también precarizando su relación laboral al excluir el nuevo cargo la comisión que recibía como cajera. La demandada, a través de la prueba de su confesión, (señor David Quijada Rossi) fue muy clara en señalar que “los trabajadores son desvinculados cuando no aceptan ser operadores de tienda” (aunque literalmente señaló cuando no aceptan “tomar la posición” de operador de tienda) y que un cajero tiene comisión por venta y que el reponedor no tiene comisión por venta. En definitiva, se coartó la libertad de trabajo de la denunciante al exigirle para continuar su vínculo laboral, funciones fuera del marco legal y la eliminación de su comisión. Lo mismo fue corroborado por la testigo Doña Karina Guzmán Quintero, quien se define de profesión cajera y relató que fue compañera de trabajo de la denunciante en el supermercado, que ella también fue despedida en las mismas circunstancias, sin expresar repudio o aversión para con las demandadas, por lo que fue posible oír de primera mano las experiencias y angustias que pasaron en razón de que “por estos nuevos contratos multifunción nos dejaron a nosotras sin nuestro trabajo,” a través del cargo de operador de tienda, oferta que se la empezaron a hacer desde antes de la pandemia,



diciéndoles la jefe de Cajas que aprovecharan de vender porque se les iba a acabar la gallina de los huevos de oro; asimismo explicó que en el nuevo cargo les quitaban toda la comisión y tenían que estar una semana en fiambrería, la segunda en carnicería, otra semana en panadería y en caja, pero sin comisión, la que calcula en un 70% de su remuneración y finalmente relató que si no aceptaba la oferta la echaban, o sea si no aceptaba el mutuo acuerdo que ellos le ofrecían tenía que esperar que la finiquitaran por necesidades de la empresa.

Y, por otra parte, desde el punto de vista del empleador, se justificó el despido de la actora, esgrimiendo como objetivo de las transformaciones convertirnos en el mejor retail omnicanal del país, como señala el párrafo segundo de la comunicación de despido (“todo en pos de convertirnos en el mejor retail omnicanal del país”). Esta sentenciadora considera que no se justifica la medida adoptada por la ex empleadora en orden a despedir a la actora, fundando las necesidades de la empresa en un objetivo como el descrito, que dice relación con las ganancias o riesgos de la empresa, olvidando que una de las características del vínculo de subordinación y dependencia es precisamente la ajenidad del trabajador en tales factores de modo que no resulta procedente hacer recaer en este los riesgos de la empresa y menos en las condiciones antes descritas de incumplimiento de norma y de precariedad puesto que la Constitución Política de la República garantiza en el numeral 21º del artículo 19 “ El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional,” pero respetando las normas legales que la regulen, y en el caso sub lite no se han respetado las normas legales que regulan el ejercicio de la potestad del empleador.

Que a juicio de esta sentenciadora, con su actuar la demandada lesionó la Garantía Constitucional contemplada en el N°16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República sin justificación suficiente y sin respeto a su contenido esencial. Que lo anterior no implica interpretar aquella norma como una garantía de permanencia duradera en el empleo, sino que es el resultado del análisis de la conducta desplegada por la demandada que permite llegar a esa conclusión.

En consecuencia, procede acoger la acción de tutela laboral impetrada y declarar que la demandada ha lesionado el derecho fundamental del actor, prevenido en el N° 16 inciso primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, con ocasión del despido. En mérito de ello no se hará pronunciamiento con respecto a la petición subsidiaria.

OCTAVO: Que dadas las circunstancias reseñadas, se estima prudencialmente que la indemnización que contempla el artículo 489 del Código del Trabajo se establecerá en la suma de once remuneraciones mensuales de la actora. Que para estos efectos se considerará toda la remuneración pactada entre las partes, ya que el artículo 489 del Código del Trabajo en su inciso quinto establece una indemnización distinta a la contemplada en el artículo 162 del Código del trabajo,



por lo que no resulta procedente limitarla de conformidad a lo que dispone el artículo 172 ni 41 del Código del Ramo, al disponer la norma expresamente que la referida indemnización se paga de acuerdo la última remuneración mensual sin hacer distinción ni referencia alguna, que en este caso corresponde a \$ 949.208 (mensuales) y el recargo del 30 % de la indemnización por años de servicios, de acuerdo al monto pagado en el finiquito, no discutido.

NOVENO: Acorde la propia declaración de las demandadas referida en el literal d) del motivo TERCERO, las demandadas ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADOS EXPRESS LIMITADA, Rol Único Tributario 76.134.941-4, y en contra de ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADO HIPER LIMITADA., Rol Único Tributario 76.134.946-5, constituyen una unidad económica, es decir, como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, acorde a lo dispuesto en el artículo 3 del Código del Trabajo.

DECIMO: Que, en cuanto a la procedencia del descuento del aporte patronal al Fondo de cesantía, la Excm. Corte Suprema ha fallado, en reiteradas oportunidades, que el objetivo del legislador al establecer el inciso 2° del artículo 13 de la Ley N° 19.728, no ha sido otro que favorecer al empleador en casos en que se ve enfrentado a problemas en relación con la subsistencia de la empresa, con una suerte de beneficio cuando debe responder de las indemnizaciones relativas al artículo 161 del Código del Trabajo, y tratándose de una prerrogativa, debe ser considerada como una excepción, por lo tanto, su aplicación debe hacerse en forma restrictiva. Ello lleva a concluir que sólo puede proceder cuando se configuran los presupuestos del artículo 161, esto es, cuando 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 por sentencia judicial se ha declarado que tal despido carece de causa, no es posible que el empleador se vea beneficiado autorizándosele para imputar a la indemnización por años de servicio, lo aportado al seguro de cesantía. Debe agregarse a lo anterior, que si se considerara la interpretación contraria, constituiría un incentivo a invocar una causal errada validando un aprovechamiento del propio dolo o torpeza, por cuanto significaría que un despido injustificado, en razón de una causal impropia, produciría efectos que benefician a quien lo practica, a pesar que la sentencia declare la causal improcedente e injustificada. Entenderlo de otra manera tendría como consecuencia que declarada injustificada la causa de la imputación, se le otorgara validez al efecto, logrando así una inconsistencia, pues el despido sería injustificado, pero la imputación, consecuencia del término por necesidades de la empresa, mantendría su eficacia. En el caso, ha de estimarse entonces que la improcedencia del descuento resulta una consecuencia de la declaración de despido injustificado. Así las cosas, tratándose en el caso de un despido injustificado, y haciendo suyos esta sentenciadora, los fundamentos de nuestro máximo Tribunal, se ordenará el pago de lo que en forma improcedente se



descontó a la trabajadora de sus indemnizaciones, por las sumas pedidas en la demanda y que no fueron controvertidas.

UNDÉCIMO: Finalmente, la restante prueba a la cual no se ha hecho mención expresa en nada altera las conclusiones a las que se ha arribado; la testimonial de la demandada se refiere a la causal de necesidades de la empresa que no recibe pronunciamiento en esta sentencia y abunda en señalar precisamente las características del modelo operacional de operario de tienda y las circunstancias del despido de la denunciante; los documentos Programa de Movilidad laboral y el programa Nuevas formas de trabajar” incorporando por la demandada abundan en el mismo sentido, así como el Reportaje El Mostrador Mercados.

DUODÉCIMO: Considerando que la demandada ha sido vencida totalmente, se la condenará en costas.

Por dichas consideraciones, normas legales citadas y lo dispuesto en los artículos 2, 3, 5, 10,12, 485, 489, 495, del Código del Trabajo, se declara:

I.- Que se acoge la demanda interpuesta por Doña MARCIA PAOLA SOZA SANDOVAL en contra de ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADOS EXPRESS LIMITADA y en contra de ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADO HIPER LIMITADA, ya individualizados, y se declara:

a) que ambas demandadas constituyen un solo empleador para efectos laborales y previsionales.

b) que existió vulneración del derecho fundamental de libertad de trabajo y su protección de la denunciante, consagrado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, con ocasión del despido de fecha 29 de abril de 2022 de que fue objeto por las demandadas individualizadas.

c) Que se condena a las demandadas a pagar a la denunciante:

i) \$10.441.288.-por indemnización reparatoria del artículo 489 del Código del Trabajo

ii) \$3.132.386 por recargo del 30% sobre la indemnización por años de servicio

iii) \$1.413.440 con concepto de restitución del aporte AFC.

d) Dichas sumas será pagadas con reajuste e interés acorde lo dispuesto en el artículo 63 del Código del Trabajo.

II. Se condena en costas a las demandadas, las que se fijan en la suma de \$ 3.000.000.-

Notifíquese por correo electrónico a las partes.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

RIT T-897-2022

RUC 22-4-0405654-2

Dictada por doña Claudia Viviana Hermosilla Toro, Juez Titular, Destinada Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

En Santiago, a dieciséis de mayo de dos mil veintitrés, notifiqué por estado diario la sentencia precedente.



