

## **Sentencia.**

Santiago, diecinueve de octubre de dos mil veinte.

VISTOS, OÍDOS Y CONSIDERANDO:

**1º:** Comparece Gabriela Cisterna Orellana, abogada C.I. 16.475.158, domiciliada en Agustinas 1442 Oficina 402 A Santiago, en representación de don MARIO JUAN ALBERTO RISECO, C.I. 9.884.330-2, con domicilio en San Martín 25, Chiguayante, quien interpone demanda en contra de EMPRESA DE FERROCARRILES DEL ESTADO, ROL 61.216.000-7 representada legalmente por Patricio Pérez Gómez, ambos con domicilio en Morandé N° 115 Santiago.

Sostiene que su representado comenzó a prestar servicios para la demandada con fecha 08 de febrero de 2006, desempeñando funciones como "vigilante privado", hasta el día 31 de julio de 2019, oportunidad en que fue despedido por la causal del artículo 161 inciso 1º del código del Trabajo. Su remuneración ascendía a la suma de \$982.456.

Señala que el despido es injustificado pues la carta no se basta a sí misma y además contiene hechos abstractos que no son efectivos.

Refiere que desde el inicio de la relación laboral hasta el año 2019 su ex empleador pago mensualmente las horas extraordinarias trabajadas, pero no efectuó pago de imposiciones por las mismas, las que equivalen a un 65% de la remuneración imponible equivalente a un promedio de 79 horas extraordinarias al mes hasta enero de 2018.

Argumenta la procedencia de dichas imposiciones, al haber sido contratado el demandante con posterioridad a la entrada en vigencia del DL 3500.

Pide al Tribunal se de lugar al recargo legal, a la devolución del aporte seguro de cesantía, a la sanción del artículo 162 inciso 5º y siguientes del Código del trabajo, así como el pago de las cotizaciones de seguridad social adeudadas en las instituciones de AFP Capital, AFC Chile y Fonasa.

**2º** Comparece Juan pablo Arriagada en representación de Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) con domicilio en Morandé N° 115, Santiago.

Sostiene que no existe controversia en que el demandante prestó servicios entre el 08 de febrero de 2006 hasta el 31 de julio de 2019, que el término de los servicios se produjo por la causal del artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo y sus funciones eran de vigilante privado. Su remuneración mensual ascendía a la suma de \$798.274, que se firmó finiquito con reserva de acciones y se efectuó el descuento por aporte de seguro de cesantía.



Argumenta que el despido se ajustó a derecho pues desde el año 2018 comenzó una reestructuración del área de seguridad de la empresa. Indica que EFE es una persona jurídica de derecho publico y constituye una empresa autónoma del Estado con patrimonio propio, que se rige por el DFL N° 1 de fecha 03 de agosto de 1993 en donde el Grupo EFE esta constituido por una matriz y siete filiales, así su representada cedió la administración del tráfico ferroviario y que con ello conlleva las funciones de seguridad a una de sus filiales, generándose la necesidad de desvincular al actor.

Respecto de las prestaciones adeudadas señala que en relación a feriado adeudado este le fue pagado, por lo que opone la excepción de pago. Argumenta la improcedencia del concepto descontado por seguro de cesantía.

Refiere la necesidad de tener en consideración el contexto normativo respecto de la no imponibilidad de los estipendios variables, específicamente de las horas extraordinarias, así como la improcedencia de la sanción de nulidad del despido invocada por la demandante. Objeta el número de horas propuestas por el trabajador por dicho concepto.

Pide el rechazo de la demanda con expresa condena en costas.

**3º:** En la audiencia preparatoria de juicio, se llevó a efecto el llamado a conciliación el que resultó infructuoso.

A continuación, se establecieron los hechos pacíficos: 1. Que entre las partes existió relación laboral, con fecha de inicio el 08 de febrero de 2006 y de término el 31 de julio de 2019, desempeñando el demandante la función de vigilante privado. 2. Que el término de los servicios fue por despido de la demandada, que invocó la causal del artículo 161 inc. 1º del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, cumpliendo las formalidades legales al efecto. 3. Que el monto del aporte del empleador al seguro de cesantía del demandante fue de \$1.691.581.

Lugo se mencionaron como hechos controvertidos: 1. Remuneración pactada y percibida por el demandante. 2. Efectividad de haber acaecido los hechos invocados en la carta de despido y si los mismos configuran la causal aplicada. 3. Prestaciones adeudadas al demandante con ocasión del término de los servicios, referida a diferencias de feriados, o, en su caso, si el mismo se encuentra íntegramente pagado. 4. Estado de pago de las cotizaciones previsionales del demandante, en lo que respecta a horas extras laboradas por el demandante. Procedencia de ello conforme al estatuto jurídico aplicable al efecto.

**4º:** Las partes procedieron a incorporar en juicio sus medios de prueba consistente en:

**Prueba demandada:**

Documental:



- 1) Carta de despido entregada al actor de fecha 31 julio 2019 y comprobante de envío por correo certificado.
- 2) Comprobante de carta de aviso para terminación de contrato de trabajo dejada en la Dirección del Trabajo de fecha 1 agosto 2019.
- 3) Finiquito firmado por el actor de fecha 20 agosto 2019.
- 4) Correo electrónico con detalle de vacaciones del actor del periodo 2015 a 2019.
- 5) Calculo de finiquito del actor.
- 6) Seis solicitudes de feriado del actor desde el año 2017 a 2018.
- 7) Certificado de pago de cotizaciones previsionales del actor emitido por Previred de todo el periodo trabajado.
- 8) Copia del contrato de mandato "administración del tráfico ferroviario" y "administración y mantenimiento de la infraestructura EFE" celebrado ente EFE y Trenes Metropolitanos S.A. de fecha 1 agosto 2014 que consta de 35 páginas.
- 9) Anexo de contrato de concesión celebrado ente EFE y Trenes Metropolitanos S.A. de fecha 30 diciembre 2016 que consta de 2 páginas.

**Prueba demandante:**

Documental:

- 1) Carta de despido emitida por la demandada a nombre del demandante.
- 2) Proyecto de finiquito de trabajo emitido por la demandada a nombre del demandante.

Confesional:

Se citó a absolver posiciones a don PATRICIO ENRIQUE PEREZ GOMEZ.

Testimonial:

- 1) Declaración de Claudio Rosales Cancino.
- 2) Declaración de Patricio Alfonso Martínez Torres.

Oficio:

- 1) AFP Capital.



2) AFC Chile.

3) Isapre Consalud.

Exhibición de documentos:

1) Liquidación de remuneraciones del demandante durante toda la relación laboral.

2) Comprobantes de feriado del demandante durante toda la relación laboral.

**5°:** En cuanto al término de la relación laboral, conviene reproducir el contenido de dicha misiva, en relación a los hechos que en aquella imputa al trabajador:

*(sic) “la causal de término invocada se basa en la reorganización y restructuración del área a la que pertenece, conforme a los focos estratégicos de eficiencia y productividad, que nos exigen ajustes internos, lo que obliga a revisar y adecuar los modelos de negocio y de los servicios que se entregan”*

**6°:** Los hechos antes mencionados, en efecto, tal y como lo indica la demandante no cumplen con el estándar de exigencia que establece el artículo 454 numeral primero del Código del Trabajo, norma que señala *“No obstante lo anterior, en los juicios sobre despido corresponderá en primer lugar al demandado la rendición de la prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del artículo 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido”*. El deber que impone el legislador al empleador cuando este decide poner término al vínculo laboral, es el de comunicar tanto la causal o causales de derechos, así como los hechos en que se funda, determinación fáctica de tal relevancia, que incluso antes de la judicialización del proceso pueda tener la capacidad de permitir su comprensión y persuasión de su contenido al trabajador respectivo y que posteriormente durante el proceso determina la posibilidad de admisión y ponderación de los medios de prueba que permitan establecer su efectividad, cuyo fundamento de delimitación descansa en la posibilidad de que el trabajador pueda ejercer una adecuada defensa, que se ajuste a dicho contenido, no encontrándose el empleador exento de esta obligación cuando la causal invocada es la causal de necesidades de la empresa.

En la especie los hechos que se menciona son absolutamente genéricos y abstractos, con capacidad de incorporar en aquellos cualquier argumento fáctico, circunstancia que es precisamente la que se pretende evitar con la normativa antes invocada, por lo que este Tribunal no puede menos que sancionar dicha conducta omitiendo un pronunciamiento incluso en relación a la prueba documental incorporada por la demandada (copia de contrato de mandato y anexo de contrato de concesión) cuya conexión se comprende solo de la contestación de la demanda y no de la



respectiva carta de despido, de manera que la sanción ha dicho incumpliendo debe ser la imposibilidad de ponderar prueba a su respecto.

En tal virtud se hará lugar al recargo legal solicitado, cuyo monto fluye del finiquito acompañado por ambas partes, y no discutido en relación al monto pagado por lo años de servicios.

**7°:** Relativo al feriado legal, la demandada incorpora prueba documental consistente en solicitudes de feriado legal del trabajador del año 2016, 2017 y 2018, la última de las solicitudes del año 2018 corresponde al día 04 de octubre en la que solicita 10 días de feriado, comprobante respectivamente firmado por el trabajador y el empleador, sin perjuicio de aquello, se ignora absolutamente a que periodo corresponden tales días, o cual es el saldo para el año respectivo, pues aunque el formato de solicitud contiene esa información, aquellos espacios figuran sin información. Entre la prueba solicitada exhibir se incorpora una serie de “acuerdos de pago de feriado” con sus respectivas liquidaciones, pero no existe un orden lógico e íntegro de dicha prueba para poder efectuar el cómputo real del feriado adeudado.

Luego, es efectivo que la demandada dio pago en el finiquito de la suma de \$2.457.604.- por este concepto, pero no existe certeza si dicho monto en efecto paga íntegramente todo el periodo adeudado, debiendo a nuestro juicio ser la demandada la encargada de probar esta circunstancia, por tener toda la prueba a su haber, en virtud de este razonamiento se hará lugar a la diferencia solicitada.

**8°:** Relativo al descuento efectuado por aporte al seguro de cesantía, este Tribunal hará lugar al mismo, por adscribir al razonamiento sostenido por la Excm. Corte Suprema en causa Rol N° 2778-2015, en la que el artículo 13 de la ley 19.728, debe ser interpretado en concordancia con el artículo 52 de la misma ley, en el sentido que al ser declarado injustificado el despido, este ya no corresponde a necesidades de la empresa y por lo mismo no puede el empleador, beneficiarse de descontar su aporte realizado a la AFC. Relativo a su monto, este fluye del finiquito y certificado que acompaña la propia demandada.

**9°:** Respecto del pago de las cotizaciones de seguridad adeudadas, por no pago de horas extraordinarias, cabe señalar que el conflicto tiene su origen en la interpretación normativa de leyes de antigua data. En efecto, ambas partes se hacen cargo de contextualizar cronológicamente con las leyes respectivas el origen del desacuerdo. Así, es efectivo que la ley 17273 del año 1971 determinó que para efectos de jubilación y montepío de los obreros y empleados de EFE se computaría la totalidad de las remuneraciones no imponibles, exceptuando expresamente las remuneraciones percibidas por tiempo extraordinario, lo que fue reafirmado por el D.L N° 2440 del año 1978 en su artículo 8°, norma que hace un reenvío a la ley anterior para la determinación de la base de cálculo de las cotizaciones que debe pagar a la caja de retiro y previsión social de los



Ferrocarriles. Sin perjuicio de lo anterior, en el año 1980 se dicta el D.L N° 3 del Ministerio de Transporte y telecomunicaciones, el que dispuso en su artículo 3° que las relaciones de los trabajadores de EFE se regirían por las disposiciones del D.L. N° 2200, es decir por las normas del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, sin que aquello pudiera afectar el régimen previsional de dichos trabajadores. Lo que a juicio de esta judicatura -consistente con la interpretación de la demandante y de diversos organismos de la administración del Estado-, hacía referencia a la de aquellos trabajadores de EFE afectos al antiguo sistema previsional de la Ex caja Ferro. Luego en el año 1992 se dictó la ley 19170 que modificó el antiguo DFL N° 94 de 1960 ya que estableció que la demandada es una empresa autónoma del Estado y sus trabajadores se rigen por las normas del Código de Trabajo y leyes complementarias, considerándose como trabajadores del sector privado.

Por su parte el D.L N° 3500 que instauraba el nuevo sistema de pensiones, señaló en una de su normas, que aquellos trabajadores de que pertenecieran a la Ex caja ferro pudieran mantener su afiliación, reforzando la circunstancia que podrían convivir dos tipos de trabajadores, aquellos que decidieron mantenerse afectos a la Ex caja Ferro, a quienes se aplica las leyes 17273 y DL 2440, y aquellos trabajadores que pertenece al sistema de capitalización individual de la AFP, por su cambio voluntario o por estar adscritos a dicho sistema por el solo ministerio de la ley al ser contratados con posterioridad a su entrada en vigencia.

En este contexto, el trabajador demandante, quien ingresó a prestar servicios en el mes de febrero del año 2006, debió – a nuestro juicio- regirse íntegramente por el DL 3500, entre cuya normativa se encuentra la relativa a la comprensión del concepto de remuneración que se establece en el artículo 41 del Código del trabajo, en cuya letra b) hay expresa mención al pago de las horas extraordinarias. Una interpretación diversa y contraria no se condice con los principios que informan la legislación laboral, en donde un trabajador de una empresa del Estado ha de regirse en todo por las normas del Código del Trabajo, a excepción de sus sistema previsional, en donde la empresa Estatal estará “exenta” de dar pago a las imposiciones generadas por las horas extras desempeñadas por el actor, quien además en su composición remuneratoria desempeña una cantidad absolutamente relevante y determinante de horas extraordinarias, lo anterior sin reportar ningún beneficio para el trabajador demandante.

No es un hecho controvertido que la demandada no diera pago en las instituciones de seguridad social por el concepto de horas extraordinarias, ahora bien surge la necesidad de establecer con certeza cual es el monto exacto que por dicho concepto la demandada deberá enterar, para cuyos efectos la demandante ofrece un promedio de 10963 horas extraordinarias que solo contempla alguno de los años laborados y solicitó la exhibición de las liquidaciones de remuneraciones durante todo el periodo de vigencia de la relación laboral, lo que la demandada cumplió parcialmente al exhibir los comprobantes únicamente desde el año 2012 en adelante. La demandada por su parte



objeta dicha suma, sin embargo, no propone suma diversa ni incorpora todos los medios idóneos de prueba para su determinación. Es dable mencionar, que de las liquidaciones que se incorporan llama la atención que incluso más del 50% de su remuneración en algunos casos lo componen las horas extraordinarias.

En tal virtud, deberá determinarse ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, el monto efectivamente percibido por concepto de horas extraordinarias a fin de que la demandada proceda al entero de las diferencias de cotizaciones de seguridad social en las instituciones previsionales de AFP Capital, AFC Chile y Consalud, lo anterior desde el inicio de la relación laboral.

**10°** Relativo a la sanción de nulidad del despido, este Tribunal habrá de valerse del criterio jurisprudencial establecido a propósito de la declaración de relación laboral con órganos de la administración del Estado, pues a juicio de esta judicatura el no pago de las cotizaciones de seguridad social por concepto de horas extraordinarias por parte de la demandada, no ha sido producto de un actuar caprichoso, doloso ni negligente, sino que obedece a una interpretación hermenéutica fundada, que si bien ha sido objeto de revisión y enmienda en el orden administrativo y jurisprudencial, aun no ha sido objeto de una modificación legal, que establezca con claridad esta circunstancia para la demandada como empresa del Estado, de manera que este Tribunal no hará lugar a la sanción del artículo 165 inciso 5° y siguientes del Código del Trabajo.

**11°:** La demás prueba rendida en nada altera o desvirtúa las conclusiones a las cuales ha arribado este tribunal.

**12°:** No se condenará en costas a la parte demandada por no haber resultado totalmente vencida.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 1, 7, 161, 454, 501 y siguientes del Código del Trabajo, artículo 13 y 52 de la ley 19.728, artículo 1698 del Código Civil, se resuelve:

- I.** Que, se acoge la demanda interpuesta por don MARIO JUAN ALBERTO RISECO, en contra de EMPRESA DE FERROCARRILES DEL ESTADO y se declara que el despido es indebido, improcedente e injustificado por lo cual la demandada deberá dar pago al siguiente concepto:
  - a) \$3.971.922.- por 30% recargo legal.
  - b) \$1.691.581 por descuento del empleador por seguro de cesantía.
  - c) \$415.687 por diferencia de feriado legal y/o proporcional.
- II.** Que la demanda deberá enterar en las instituciones de seguridad social del demandante AFP capital AFC Chile e Isapre Consalud, las diferencias de cotizaciones impagas por concepto de



horas extraordinarias durante toda la vigencia de la relación laboral, esto es desde el 08 de febrero de 2006 hasta el 31 de julio de 2019, cuya liquidación deberá ser efectuada en instancia de cobranza laboral.

**III.** Que en lo demás se rechaza la demanda.

**IV.** Que, cada parte pagará sus costas.

Ejecutoriada que sea la presente sentencia, cúmplase con lo dispuesto en la misma.

**RIT O -6838 – 2019.**

Dictada por la MAGISTRADA LILIANA LUISA LEDEZMA MIRANDA, Juez Titular Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.



A contar del 06 de septiembre de 2020, 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>