

Concepción, cinco de agosto de dos mil diecinueve.

VISTO, OIDOS Y TENIENDO PRESENTE:

I.- ANTECEDENTES GENERALES

1.- DEMANDA

En estos autos **RIT O-5-2018** del Ingreso del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Procedimiento de Aplicación General por despido improcedente y cobro de prestaciones, compareció doña **ESTER YOLANDA HUENTECURA GARRIDO**, enfermera, domiciliada en la comuna de Hualpén, calle Coyhaique n°8680, quien deduce demanda en contra de su ex empleadora **HOSPITAL CLINICO DEL SUR SPA** representada legalmente por don **Juan Pablo Stemberga Cruz**, ambos con domicilio en Concepción, calle Cardenio Avello N°36, fundada en las siguientes consideraciones:

1.1.- Antecedentes de la relación laboral

Indica que habría sido contratada por la demandada con fecha 1 de julio de 2009 en calidad de enfermera para desempeñarse en el cargo de Coordinadora de Servicios de Urgencia.

Agrega que su remuneración mensual era la suma de \$1.822.917.

2.2.- Antecedentes del despido

Señala que su ex empleadora el día 3 de diciembre de 2018 le comunicó el término de la relación laboral señalando como causal legal la contemplada en el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, esto es, “necesidades de la empresa”.

Suscribió finiquito haciendo reserva de derechos, oportunidad en la cual le pagaron los siguientes conceptos:

-Indemnización por años de servicios	\$16.406.253.
-Indemnización sustitutiva del aviso previo	\$1.822.917.
-Feriado legal y proporcional	\$1.997.521.



Expresa que los hechos en que se funda la causal de despido no serían tales, pues carecen de la objetividad y necesidad suficiente para justificar las necesidades de la empresa.

Asimismo, señala que en su finiquito le retuvieron indebidamente un monto por concepto de aporte del empleador al Fondo de Cesantía.

1.3.- Prestaciones reclamadas

Dado lo anterior, pide se declare que el despido es improcedente, y se condene a la demandada al pago de las siguientes prestaciones:

1).- La suma de \$4.921.875 correspondiente al recargo del 30% de la indemnización por años de servicios.

2).- La suma de \$3.352.206 por concepto de devolución de descuento indebido del AFC.

3).- Las sumas anteriores con los intereses y reajustes respectivos, y las costas de la causa.

2.- CONTESTACION

2.1.- Relación laboral y su término

La demandada reconoce la relación laboral bajo subordinación y dependencia, la fecha de inicio de la misma, las funciones para la cual fue contratada la actora, el término de la misma por la causal de necesidades de la empresa y la suscripción de un finiquito en el que se le pagaron las sumas indicadas haciendo también el descuento por concepto de aporte al AFC por parte del empleador.

2.2.- En cuanto a los motivos del despido

En cuanto a la causal invocada dice que fue por necesidades de la empresa y los hechos en que ella se funda estarían contenidos en la carta de despido en forma detallada, siendo hechos objetivos que se fundan en una racionalización y reestructuración del área en que se desempeñaba la actora debido a las bajas en las consultas de urgencia en un 9.1% en



relación a los años 2016 y 2017 lo que redundaría en un menor número de recursos disponibles para la administración de la Clínica.

Dice que con la carta conteniendo la causal invocada y los hechos fundantes, se habría cumplido con las formalidades del despido y éste no sería improcedente como alega la actora en su demanda.

Se trataría de hechos objetivos y específicos, y no como indica la demandante que alega la subjetividad de los hechos contenidos en la carta de despido para fundar el pago del recargo legal.

En cuanto al descuento del aporte que realizó el empleador en el AFC, estaría plenamente justificado por autorizarlo el artículo 13 de la Ley 19.728 dado la causal legal invocada para el despido.

Dado lo anterior pide el rechazo de la demanda en todas sus partes con costas.

3.- LOS HECHOS DE LA CAUSA

En la audiencia preparatoria, se llamó a las partes a conciliación, la que no se produjo, razón por la cual se fijaron los hechos no controvertidos y los hechos a probar, en los términos que se indica a continuación.

3.1.- Hechos no controvertidos

1.- Existencia de relación laboral entre las partes desde el 1 de julio de 2009 hasta el 3 de diciembre de 2018, fecha última en que la trabajadora fue despedida por la causal del artículo 161 inciso 1° del Código de Trabajo, esto es, necesidades de la empresa.

2.- La trabajadora se desempeñaba como enfermera coordinadora del Servicio de Urgencia del Hospital Clínico del Sur.

3.- La indemnización por años de servicio de la trabajadora corresponde a la suma de \$16.406.253.



4.- A la actora se le descontó de sus indemnizaciones por término de contrato el aporte del empleador al seguro cesantía por la cantidad de \$3.352.206.

3.2.- Hechos controvertidos

1.- Contenido de la carta de despido y cumplimiento de formalidades legales.

2.- Efectividad de los hechos señalados en la carta de despido como fundamento de desvinculación de la demandante. Pormenores y circunstancias de lo anterior.

4.- PRUEBA RENDIDA POR LAS PARTES

4.1.- Prueba de la parte demandada

-Documental

1.- Contrato de trabajo suscrito entre las partes el 1 de julio de 2009.

2.- Carta de despido de fecha 3 de diciembre de 2018 enviada por su representada a la demandante.

3.- Comprobante de carta de aviso de término de contrato de trabajo emitido por la Dirección del Trabajo de fecha 3 de diciembre de 2018.

4.- Finiquito de trabajo de fecha 4 de diciembre de 2018 suscrito entre las partes.

5.- Certificado de Saldo de Aporte Empleador al Seguro de Cesantía para imputar a indemnización de fecha 29 de noviembre de 2018.

6.- Acta de comparendo de conciliación en la inspección del trabajo de fecha 18 de diciembre de 2018.

7.- Estadísticas de nivel de actividad del servicio de Urgencia del Hospital Clínico del Sur SpA entro los años 2016 y 2018.

8.- Carta de aviso de término de contrato de trabajo del médico cirujano, don Gino Alejandro Caselli Morgado.

9.- Detalle de los profesionales que prestaban servicios en la unidad de urgencia que fueron desvinculados en el mes de noviembre de 2018.



-Confesional:

Absolvió posiciones la demandante doña Ester Yolanda Huentecura Garrido, Rut 8.052.508-7, quien fue exhortada a decir verdad. Su declaración consta en forma íntegra en el registro de audio de la audiencia de juicio.

-Testimonial:

Declararon en juicio bajo juramento los siguientes testigos:

- 1.- **Guillermo Esteban Aguedo Veliz. Rut 13.499.602-1**
- 2.- **Lilia Cristina Queirolo Salinas. Rut 7.725.258-4**
- 3.- **Andrés Eduardo Prieto Avalos. Rut 15.097.782-7**
- 4.- **Maribel Julieta Raddatz Tereucan. Rut 7.482.832-9**

El testimonio íntegro de los testigos consta en el registro de audio de la audiencia de juicio.

4.2.- Prueba de la parte demandante

-Documental

- 1.- Se adhiere a la incorporación de la carta de despido de fecha 3 de diciembre de 2018 enviada a la actora.
- 2.- Se adhiere a la incorporación del finiquito suscrito por la actora.

-Testimonial

Declararon bajo juramento en la audiencia de juicio los siguientes testigos:

- 1.- **Lircy Elena Chavez Ramos, Rut 15.945.243-3.**
- 2.- **Karoll Alejandra Vega Sanhueza, Rut 15.671.533-6.**

El testimonio de ambas testigos consta en forma íntegra en el registro de audio de la audiencia de juicio.

II.- EN CUANTO AL DESPIDO Y SU JUSTIFICACIÓN



1.- Cuestiones asentadas en la causa

En estos autos no hay discusión acerca de la existencia de la relación laboral bajo subordinación y dependencia a partir del 1 de julio de 2009, la naturaleza indefinida del contrato de trabajo que unía a las partes y las funciones que desarrollaba la actora en virtud de dicho contrato de trabajo, esto es, enfermera Coordinadora de la Unidad de Urgencia del Hospital Clínico del Sur.

De igual forma es un hecho no controvertido que la remuneración de la actora a la fecha del despido alcanzaba la suma de \$1.822.917; así consta además en la copia del finiquito de trabajo suscrito por las partes fechado el 4 de diciembre de 2018.

Tampoco resulta ser un hecho controvertido la circunstancia del despido el día 3 de diciembre de 2018 por la casual señalada en el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa.

De igual forma no es un hecho controvertido que se suscribió finiquito por parte de la actora y en dicha oportunidad se pagaron, entre otros conceptos, la indemnización sustitutiva del aviso previo y la indemnización por años de servicios. Haciéndose en dicha oportunidad el descuento por concepto de aporte del empleador al Fondo de cesantía por la suma de \$3.352.206.

O sea, la controversia se centra fundamentalmente en la procedencia de la causal del despido esgrimida por la demandada y lo indebido o no del descuento que se hizo por concepto de aporte del empleador al Fondo de Cesantía AFC, cuyo monto no se encuentra controvertido.

2.- Contenido de la carta de despido

La actora ha controvertido la causal de despido utilizada por la demandada, esto es, las supuesta necesidades de la empresa argüidas por la demandada en su carta de despido de fecha 3 de diciembre 2018.

En la referida carta se señala por parte de la demandada que las necesidades de la empresa se justificarían en lo siguiente: "*Como es de su*



conocimiento, Hospital Clínico del Sur SPA se encuentra actualmente en una etapa de cambio de administración y gestión, lo que ha derivado en la necesidad de comenzar un proceso de racionalización y reestructuración de todas las unidades al interior de la Clínica” “La razón de lo anterior son las continuas bajas en nuestros servicios, así por ejemplo las consultas de urgencia han disminuido en un 9,1%, lo anterior comparando los años 2016 y 2017. Asimismo, para el año 2018 las consultas de urgencia han disminuido en un 3,6% en relación al año 2017. Lo anterior necesariamente redundará en un menor número de recursos disponibles para la administración de los mismos” “En tal contexto se ha tomado la decisión de prescindir de los servicios de un número importante de colaboradores dentro de los que se encuentra Ud., por la causal de necesidades de la empresa, por las razones que se han expresado precedentemente”.

De la transcripción anterior se desprende con meridiana claridad que el motivo del despido, es decir, la situación de hecho en que se sustenta la causal invocada por la demandada, las necesidades de la empresa aludida, es el cambio de administración y gestión que ha derivado en un proceso de racionalización y reestructuración debido a las continuas bajas en los servicios, y cita, al respecto, la disminución de consultas en el Servicio de Urgencia en un 9,1% entre 2016-2017 y en un 3,6% entre 2017-2018.

Situación de hecho que la parte demandante ha cuestionado por no ser efectiva, ya que no serían hechos objetivos que hayan necesariamente obligado a la empresa a prescindir de sus servicios.

3.- Necesidades de la empresa: causal objetiva de despido

Al respecto, cabe señalar que el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, en su actual redacción, dispone que “...el empleador podrá poner



término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones de mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores...”

La norma legal citada, en la redacción que le dio la ley 19.759 de 5 de octubre de 2001, da cuenta de una causal objetiva, no se trata de una de desahucio camuflado o de un despido sin causal, como se entendió por los empleadores en la redacción anterior; es una causal de despido que está sujeta al cumplimiento de las formalidades del artículo 162 del Código del Trabajo, es decir, requiere aviso previo, en el cual se enuncie la norma y se detalle la circunstancia de hecho que la sustenta. En el caso sub lite, estos requisitos se encuentran cumplidos, hubo aviso, comunicado a la trabajadora en la forma indicada y en él se indican las circunstancias de hecho en que se fundamenta el despido.

Ahora bien, como se ha dicho, el problema de este despido se presenta en el contenido de las circunstancias de hecho que esgrime el empleador para la desvinculación.

Hemos dicho que el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo regula una causal legal que debe sustentarse en circunstancias objetivas que hayan obligado al empleador a despedir al trabajador, permitiendo en esa sola circunstancia atentar en contra del principio de estabilidad en el empleo que inspira la legislación laboral nacional.

Así se desprende de los propios ejemplos que cita la norma para justificar las necesidades de la empresa, racionalización, modernización de los servicios, bajas en la productividad, cambios en las condiciones de mercado. O sea, hechos objetivos que conllevan como proceso natural el hecho de modificar la planta de trabajadores de la empresa, pues de no adoptar esas medidas se pondría en riesgo la supervivencia de la empresa misma. Es decir, una medida que escapa a la mera voluntad unilateral del empleador.



Esta resulta ser la racionalidad que debe darle el intérprete a la norma, la que es coherente con la definición misma de “necesidad” que nos da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que señala que dicha palabra proviene del latín *necessitas*, *-ātis*. Dando como acepción, entre otras, las siguientes: 1. f. Impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido; 2. f. Aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir; 3. f. Peligro o riesgo ante el cual se precisa auxilio urgente”.

Aplicando dicha definición a las “necesidades de la empresa” que regula el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, se debe concluir que un hecho que justificaría la separación de un trabajador amparado en esta causal, es aquél que para el empleador resulta imposible, irresistible o riesgoso de omitir sin que se vea afectada la estabilidad de la empresa. En definitiva se trata de hechos objetivos que van más allá de la mera voluntad del empleador.

Así también lo ha entendido en forma reiterada la jurisprudencia nacional. “...la causal en análisis, además, parte de la premisa que la terminación del contrato debe estar asociada no a la sola voluntad del empleador sino, se insiste, a hechos objetivos que hagan inevitable la separación del trabajador...”¹

Una reciente sentencia de Unificación de Jurisprudencia insiste en la misma interpretación, al decir que dada la naturaleza tutelar del derecho del trabajo y siendo una manifestación de la misma el principio de continuidad o estabilidad laboral, que en la relación laboral se proyecta en una de carácter indefinida y en la consagración de causales específicas para poder finiquitarla, la sola voluntad del empleador manifestada en ese sentido es excepcional. Y en cuanto al artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, citando a diversos autores, señala que los hechos en que se funda esta causal deben ser ajenos a la voluntad de las partes, pues apunta a que

¹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia dictada en causa rol 573-2011, sentencia de fecha 26 de diciembre de 2011.



el trabajador debe ser despedido por razones objetivas; también la causal se relaciona con razones de índole económico, tecnológico o estructural, no relacionados a la persona del trabajador –capacidad– sino con el funcionamiento de la empresa, derivadas de un excedente de mano de obra o reducción de los puestos de trabajo por razones económicas o técnicas; debe tratarse de una situación objetiva que afecta a la empresa, establecimiento o servicio, por ende, no puede invocarse por simple arbitrio del empleador o por capricho, caso en el que operaría como un mero despido libre o desahucio; la necesidad tiene que ser grave o de envergadura, por lo que debe tratarse de una situación de tal amplitud que ponga en peligro la subsistencia de la empresa una no meramente una rebaja en sus ganancias, y permanente. Finalmente concluye “...atendido los términos de la norma citada, interpretada a la luz de los principios señalados en el motivo 3°, el empleador sólo puede invocar la causal de que se trata aludiendo a aspectos de carácter técnico o económico referidos a la empresa, establecimiento o servicio, y es una de tipo objetiva, por ende, no se relaciona con la conducta desplegada por el trabajador, y excede la mera voluntad del empleador; razón por la que debe probar los supuestos de hecho que den cuenta de la configuración de aquellas situaciones que lo forzaron a adoptar procesos de modernización o racionalización en el funcionamiento de la empresa, o de eventos económicos, como son las bajas en la productividad o cambio en las condiciones de mercado, señalados a título ejemplar”²

Corresponde ahora analizar los hechos contenidos en la carta que remitió Hospital Clínico del Sur a la trabajadora de autos y determinar si cumple con el estándar exigido por el legislador y consecuentemente si sus despido fue procedente o no.

4.- Racionalización y reestructuración en el caso sub lite como justificación del despido de la actora

² Corte Suprema; sentencia de fecha 8 de enero de 2018 en causa rol 35.742-2017.



La carta de despido señala como hecho fundante de las necesidades de la empresa que justificaron la separación de la trabajadora por el “cambio de administración y gestión” de la Unidad de Urgencia del Hospital que habría obligado a ejecutar una racionalización y reestructuración de la misma por las presuntas bajas de atención, existiendo una merma de un 9.1% para el periodo 2016–2017 y un 3.6% para el año 2017–2018.

Dice la carta de despido que la racionalización y reestructuración de la Unidad de Urgencia se habría debido a las bajas de la atención en dicha Unidad en los porcentajes que ya se indicaron.

Sin embargo, este hecho no resultó acreditado en modo alguno por parte de la demandada, más allá de las cifras genéricas que señala en la misma carta.

En efecto, en cuanto a la prueba documental, el único antecedente que pudiera referirse a ello es el denominado “Estadísticas de nivel de actividad del Servicio de Urgencia del Hospital Clínico del Sur SpA”, el que no resulta idóneo para dar por acreditado el hecho de las mermas en la atención de público, pues en primer lugar, se trata de un documento emanado de la parte que lo presenta, que además no se encuentra suscrito por persona alguna ni indica de donde fue obtenido, tampoco fue reconocido por ninguno de los testigos que declararon en audiencia, y que permitiera dar certeza a las cifras allí indicadas.

En cuanto a la prueba testimonial, si bien es cierto que los cuatro testigos que declararon en favor de la demandada señalaron que hubo bajas en la atención en la Unidad de Urgencia, se trata de afirmaciones genéricas que no pudieron ser contrastadas con datos objetivos que se hayan aportado por la parte que alega dichas bajas de atención.

Por otro lado, es un hecho público y notorio que los Servicios de Urgencia de los distintos Hospitales y Clínicas de la conurbación Concepción–Talcahuano–Hualpen–Chiguayante viven un colapso permanente que se debe precisamente a la alta afluencia de público, según



dan cuenta en forma constante los distintos medios de comunicación regional, tanto escritos como audiovisuales.

Entonces, no se entiende como el Hospital Clínico del Sur escapa a esta circunstancia que afecta a todos los servicios de salud, tanto públicos como privados.

En todo caso y estimando que las cifras dadas en la carta pudieran ser efectivas, si las tomamos en cuenta son contradictorias con la tesis de la demandada, pues da cuenta de una presunta baja en un 9.1 para el período 2016/2017 y de un 3.1% para 2017/2018, o sea, al contrario de lo que se indica en la carta, esa merma o baja habría disminuido y se habría producido un repunte de la atención de usuarios.

También se quiso justificar que hubo otros despidos a parte del de la actora, no obstante dicha circunstancia no fue debidamente acreditada por la demandada, pues no basta para ello una simple carta de despido ni un listado innominado de presuntos trabajadores desvinculados, pues este último documento adolece del mismo vicio que el relativo a las estadísticas a que se hizo referencia previamente. No hay un dato objetivo, como finiquitos suscritos por los trabajadores despedidos que acredite fehacientemente la desvinculación.

Empero, aun dándole algo de sentido a tales antecedentes, ello queda desvirtuado por las declaraciones de los mismos testigos de la demandada, quienes contrainterrogados e incluso en el interrogatorio directo, dan cuenta que si bien hubo desvinculaciones que afectaron principalmente a los médicos especialistas que se desempeñaban en la Urgencia, estos fueron reemplazados por un número igual de médicos generales, manteniendo el mismo número de profesionales, y además a las 4 enfermeras que existían antes del despido de la actora.

Y es más, se contrató a honorarios a una quinta enfermera, doña Rina Paredes, que al decir de doña Karoll Alejandra Vega Sanhueza, testigo de la demandante, desempeña actualmente funciones similares a las de la actora, lo que le consta porque se fue a atender al Servicio y pidió hablar



con la Coordinadora y se le habría derivado a ella para un reclamo por retardo de atención. Si bien los testigos de la demandada minimizaron esta contratación, no deja de ser cierto que existe una quinta enfermera contratada con fecha posterior al despido, por cierto bajo la modalidad de prestación de servicios, empero la contratación es tal y presta servicios similares a los que ejecutaba la actora. También se ha querido desvirtuar este hecho, al decir de los testigos que se contrata para cubrir situaciones eventuales; lo cierto es que ello no se condice entonces con la mentada necesidad de la empresa aludida.

Lo que sí ha quedado claro, a juicio de este sentenciador, es que la demandada lo que implementó fue un nuevo “modelo de atención estratégica” en la Unidad de Urgencia con el objeto de abaratar costos, así lo expresaron todos los testigos de la demandada.

Así, el testigo **Guillermo Aguedo Veliz** dijo que el despido se debió a una “reestructuración de la Unidad de Urgencia” por “cambio en la modalidad de atención”, así, “...en términos generales la Urgencia hasta el año 2018 mantenía tres tipos de profesionales médicos; médico traumatólogo, cirujano y médico general y además mantenía un equipo de personal no médico entre enfermeras y técnicos paramédicos y también gente del mesón de atención; era un Unidad que atendía principalmente urgencias tanto del mundo laboral y gente particular que se iba a atender en la Urgencia. Dentro del análisis que hace la empresa considera que ha venido a la baja la atención de urgencia en los últimos tres años y además tenía una estructura muy grande que era muy costosa en término de honorarios de los médicos y de la baja en los pacientes por lo tanto se toma una determinación de hacer esta reestructuración general de la Urgencia, donde salen los médicos, la enfermera coordinadora y otra serie de trabajadores, y hoy en día tenemos una estructura bastante más liviana donde solamente hay médicos generales lo que hace más liviano y a un costo que podemos mantener en el tiempo las atenciones...” “...Eso se ubica en la economía propia de la clínica...”



Por su parte doña **Lilia Queirolo Salinas** también redunda en la misma idea anterior, haciendo hincapié precisamente en la evaluación que hizo la Gerencia Corporativa respecto de este modelo de atención que presuntamente traía pérdida a la empresa por la baja en las atenciones, agrega que la sucursal de Concepción habría sido la peor evaluada por la estructura de costos que tenía, entre otros aspectos, lo que habría motivado la implementación de un modelo de atención distinto

Lo mismo señala el testigo **Andrés Prieto**, quien indicó que “...se hizo una reestructuración en la Unidad de Urgencia que abarcó cambiar un modelo de atención y eso considero la desvinculación de varias personas en varias posiciones en pro de un nuevo foco estratégico que se le está dando al Servicio...”

Del análisis de estos cuatro testimonios queda en evidencia que el despido de la actora obedeció a un cambio en el modelo de atención de la Unidad de Urgencia, desde una atención más especializada a una de menor complejidad, reemplazando a los médicos especialistas por médicos generales, en atención a una análisis costo beneficio para la empresa, y no precisamente a una necesidad de la misma en los términos regulados en el artículo 161 del Código del Trabajo. O sea, se trató de una medida más bien de carácter economicista con miras a mejorar los retornos económicos de la empresa disminuyendo los costos de atención; es decir, una decisión empresarial y como tal, de cargo del propio empresario, pues dada la ajenidad del trabajo bajo subordinación y dependencia, las pérdidas como las ganancias son de cargo del empleador y no las puede transmitir al trabajador, menos amparada causal objetiva como lo es la del artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo.

O sea, no se visualiza en la decisión del empleador consignada en la carta de despido de qué modo se vio compelido por factores objetivos y externos a ella para despedir a la actora, sino más bien una medida estratégica que cambia el foco de atención del servicio a uno de menor costo para la empresa, con lo que queda claro que lo determinante en la



decisión del empleador fueron hechos que dependieron de su voluntad y únicamente estuvieron encaminados a incrementar las utilidades generales del negocio.

Finalmente, cabe tener presente, que no se incorporó antecedente alguno por parte de la demandada en orden a evaluar el impacto que tenían las remuneraciones de la actora en la estructura de costos del Hospital y que pudiera dar luces que la medida adoptada por el empleador se situaba dentro de aquellas que configuran las necesidades de la empresa, en los términos descrito en el párrafo 3° de este capítulo.

Por todas estas consideraciones, es que la demanda incoada por la actora debe ser acogida.

III.- EN CUANTO A LA DEVOLUCIÓN DEL APOORTE DEL EMPLEADOR AL AFC

En lo que respecta al capítulo de devolución de los dineros descontados e imputados a la AFC por parte del empleador, según consta en finiquito acompañado en autos, corresponde también acoger esta pretensión, toda vez que dado lo señalado precedentemente, al ser el despido improcedente, no se cumple con los requisitos exigidos por el legislador para que éste sea procedente.

En efecto, el artículo 13 de la ley 19.728 autoriza al empleador a descontar el aporte de su cargo en el Fondo de Cesantía en el evento que el despido de sustente en la causal contemplada en el artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo, lo que en el caso sub lite así ocurrió, lo que a la fecha la hace una erogación legítima de su parte, no obstante, dado los antecedentes que se han ventilado en estos autos se llegó a la convicción que el empleador hizo una aplicación improcedente de la referida causal de despido lo que hace que el descuento que hizo del aporte al Fondo de Cesantía también lo sea.

Así se ha resuelto por la jurisprudencia, entre ellos, cabe citar los fallos roles 36-2015, 104-2015 de la Corte de Apelaciones de Chillán;



181-2015 de la Corte de Apelaciones de La Serena y el fallo de Unificación dictado en causa Rol 2778-2015 de la Corte Suprema, que al respecto señala que en el evento que el despido sea declarado “injustificado” por el juez, no corresponde aplicar la hipótesis del artículo 13 de la Ley 19.728, cuyo es el causa de autos.

En cuanto a la jurisprudencia de la Exma. Corte Suprema que cita la demandada para justificar el descuento del AFC, cabe señalar que opera a su respecto lo dispuesto en el artículo 3° del Código Civil, esto es, el efecto relativo de las sentencias, que producen efecto respecto de las partes que intervinieron en el juicio respectivo.

En todo caso esta jurisprudencia no es unánime, pues recientemente en una sentencia dictada en marzo de 2019 la Exma. Corte mantiene el criterio que ha venido sosteniendo en el último tiempo.

Así se señala “... (3°) Que, como lo señaló esta Corte en los autos Rol N° 2.778-15, “una condición sine qua non para que opere –el descuento– es que el contrato de trabajo haya terminado por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo”, y que “la sentencia que declara injustificado el despido por necesidades de la empresa priva de base a la aplicación del inciso segundo del artículo 13 de la ley ya tantas veces citada”; (4°) Que, entonces, la indemnización por años de servicio como la imputación de la parte del saldo de la cuenta individual por cesantía, constituyen un efecto que emana de la exoneración prevista en el artículo 161 del Código del Trabajo, por ende, si el término del contrato por necesidades de la empresa fue considerado injustificado, simplemente no se satisface la condición, en la medida que el despido no tuvo por fundamento una de las causales que prevé el artículo 13 de la Ley N° 19.728. Además, si se adopta la postura contraria, constituiría un incentivo a invocar una causal errada validando un aprovechamiento del propio dolo o torpeza, por cuanto implicaría que un despido injustificado, en razón de una causal impropia, generaría efectos que benefician a quien lo practica, a pesar que la sentencia declare la causal improcedente e



injustificada. Mal podría validarse la imputación a la indemnización si lo que lo sustenta fue declarado improcedente, 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; (5°) Que, con todo, se debe tener en consideración el objetivo que tuvo el legislador al establecer el inciso 2° del artículo 13 de la Ley N° 19.728, que fue favorecer al empleador enfrentado a problemas en relación con la subsistencia de la empresa, con una suerte de beneficio cuando debe responder de las indemnizaciones legales pertinentes. Así, tratándose de una prerrogativa, ha de ser considerada como una excepción, por lo tanto, su aplicación tiene que hacerse en forma restrictiva, lo que lleva a concluir que solo procede cuando se configuran los presupuestos del artículo 161 del Código del Trabajo, 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 se declara que tal despido carece de causa, no es posible que se autorice al empleador para imputar a la indemnización por años de servicio, lo aportado al seguro de cesantía...”³

Y dado el principio protector del derecho laboral, existiendo más de una interpretación respecto de una norma, debe estarse aquella que sea más favorable al trabajador, en cuyo caso corresponde aplicar el criterio sostenido por la Exma. Corte Suprema en orden a la devolución del aporte del empleador al Fondo de Cesantía cuando el despido haya sido declarado improcedente, que es precisamente el caso de autos.

Por estas consideraciones corresponde también acoger esta petición de la actora en los términos que se indicará en la parte resolutive del fallo.

³ Sentencia de reemplazo dictada por la Exma. Corte Suprema en los autos rol 1073-2018 de fecha 20 de marzo de 2019.



IV.- EN CUANTO A LAS PRESTACIONES DEMANDADAS

1.- Base de cálculo de las prestaciones demandadas

No hay controversia en cuanto a la base de cálculo de las indemnizaciones a que haya lugar, que corresponde a la última remuneración de la actora contemplada en el respectivo finiquito que asciende a la suma de \$1.822.917, ni tampoco en cuanto al monto de la indemnización por años de servicios que correspondía a la actora, esto es, la suma total de \$16.406.253, que es la base de cálculo del recargo legal.

2.- Recargo legal

Dado lo razonado precedentemente, específicamente en cuanto a que el despido de que fue objeto la actora no se justificó debidamente en la carta de aviso, lo que deviene en un despido improcedente, corresponde acoger esta pretensión en cuanto al recargo legal 30% sobre la indemnización por años de servicios, acorde lo prescrito en el artículo 168 letra b), dado que el despido se hizo por necesidades de la empresa.

3.- Devolución del aporte del empleador al AFC

Corresponde que la demandada haga devolución de la suma de \$3.352.206 por concepto AFC descontado improcedentemente en el finiquito, acorde lo ya razonado en el capítulo III de este fallo.

V.- VALORACION DE LA PRUEBA

La prueba ha sido valorada conforme a las reglas de la sana crítica al tenor de lo prescrito en el artículo 356 del Código del Trabajo.

La que no ha sido expresamente analizada, no será valorada por cuanto no altera lo ya razonado en esta sentencia.

VI.- DECISION



Por estas consideraciones y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil; artículos 63, 68, 73, 161, 162, 168, 446 a 462 del Código del Trabajo, y 13 de la ley 19.728, se resuelve:

I).- Que, **HA LUGAR** a la demanda deducida por doña **ESTER YOLANDA HUENTECURA GARRIDO**, en contra de su ex empleador **HOSPITAL CLÍNICO DEL SUR**, representada legalmente por don **Juan Pablo Stemberga Cruz**, todos ya individualizados en la parte expositiva de este fallo, y siendo improcedente el despido de que fuera objeto la actora el día 3 diciembre de 2018, se ordena pagar a la demandada las siguientes prestaciones:

1º) La suma de \$4.921.875 por concepto de recargo del 30% de la indemnización por años de servicios.

2º) La suma de \$3.352.206 por concepto de devolución del AFC descontados del finiquito.

II) Que, las sumas ordenadas pagar lo serán con los intereses y reajustes legales correspondientes.

III).- Que, se condena en costa a la demandada por haber sido totalmente vencida, fijando las personales en la suma de \$1.654.816 equivalente al 20% de lo pedido.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

RIT O-5-2019

Dictada por **ELIECER ALFONSO CAYUL GALLEGOS**, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

