

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno.

VISTOS Y OIDOS.

Se interpone acción de tutela laboral de derechos fundamentales por vulneración a la garantía de indemnidad, acción subsidiaria de despido injustificado y acción de nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales, por parte de **HERNÁN MAURICIO MUÑOZ CARRASCO**, cedula de identidad N°10.839.099-9, que comparece a juicio presentado por la abogada María Correa Mondaca; en contra de **AUDAX ITALIANO LA FLORIDA S.A.D.P.**, RUT N°76.670.340-2, representado legalmente por Natalia Antinillo, que comparece a juicio representado por el abogado José del Campo.

Señala la demanda que el actor habría ingresado a trabajar para la demandada el 01 de septiembre de 2015 como diseñador gráfico, mediante la emisión de boletas a honorarios (sic). El 01 de enero de 2016 se suscribe contrato de trabajo entre las partes, en el que se reconoce como fecha de ingreso del actor el 01 de septiembre de 2015.

Explica que debía realizar labores relacionadas con la promoción y difusión del equipo de futbol que administra la demandada, lo que incluía concurrir al estadio de futbol donde juega de *local* (sic) para tomar fotografías de los partidos los fines de semana. Señala que su jornada de trabajo era de lunes a viernes y no se le pagaron los fines de semana que debía concurrir al estadio a trabajar.

Afirma que se pactó una remuneración de \$869.417.- líquidos y \$1.114.640.- brutos, sin que se cumpliera con el pago íntegro durante la relación laboral.



HVYPWGRLJV

Relata que tuvo diversos problemas con su jefatura Mario García, ya que le encomendaba labores que no eran propias de su cargo, como hacer aseo o concurrir a comprar insumos. Sostiene que por lo anterior debió concurrir al médico, quien le otorgó licencia médica. El 02 de agosto de 2019 fue a la Inspección del Trabajo a denunciar acoso laboral, pero le indicaron que debía denunciar al interior de la empresa primero. En esa misma fecha realizó otras 2 denuncias por irregularidades laborales (sic) contra la demandada. el 05 de agosto de ese año envió una carta a la empresa realizando la denuncia por acoso laboral, la que fue respondida el 14 de ese mes indicándole que se realizaría una investigación. Afirma que la investigación nunca se inició. El 16 de agosto del mismo año realiza una nueva denuncia en la Inspección del Trabajo por diferencia de remuneraciones y no pago de horas extraordinarias.

Relata que, al volver de su licencia médica a la empresa, se le informa que lo cambiarían de instalaciones, pasando a trabajar de la comuna de La Florida a la comuna de Las Condes, y que su nueva jefatura sería "La Señora Fanny", realizando las mismas funciones. El 11 de septiembre de 2019 concurre nuevamente a la Inspección del Trabajo a realizar un reclamo y activación de fiscalización por el cambio de lugar de trabajo, debido a que aumentaba el tiempo y los costos de traslado de su hogar -en San José de Maipo- al trabajo -en Las Condes-.

El 01 de octubre se le comunica, nuevamente, que se iniciaría la investigación por acoso laboral, siendo citado a declarar el 03 de octubre de 2019.

El 01 de octubre se cursa multa administrativa a la demandada por no llevar registro de asistencia, en razón del



HVYPWGRLJV

reclamo realizado por el actor, la que fue notificada el 16 de ese mes.

Manifiesta que entre el 21 y el 25 de octubre no pudo concurrir a trabajar debido al denominado *estallido social*, al no existir locomoción que lo trasladará a su trabajo. Respecto de esa situación, afirma que infirmó siempre a su jefatura por mensajes y dejó constancias en la Inspección del Trabajo. Concorre a trabajar el 28 de octubre, informándosele al término de la jornada que se encontraba despedido por ausencias injustificadas los días 23, 24 y 25 de octubre de 2019.

Asegura que el despido se produce como represalia por las denuncias realizadas en la Inspección del Trabajo, vulnerándose la denominada garantía de indemnidad, al producirse el despido 12 días después de notificada la demandada de la multa administrativa.

Luego de algunas referencias de derecho y desarrollo de las prestaciones que pretende, pide se acoja la demanda, se declare la vulneración de derechos fundamentales, se declare que la relación laboral entre las partes inició el 01 de septiembre de 2015 y se condene a la demandada al pago de: \$12.261.040.- como indemnización del artículo 489 del Código del Trabajo; indemnización sustitutiva del aviso previo por \$1.11.60.-; \$4.458.560.- como indemnización por años de servicios; \$3.566.848.- como recargo del 80% sobre la indemnización por años de servicios; \$485.520.- correspondiente a horas extraordinarias; \$4.546.059.- por diferencia de pago de remuneraciones; diferencia de feriado por \$320.498.-; nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales y cotizaciones adeudadas. Todo con intereses, reajustes y costas de la causa.



HVYPWGRLJV

Se intenta acción subsidiaria de despido injustificado y cobro de prestaciones, copiando exactamente el mismo relato de hechos de la acción principal. Solicita la declaración de despido injustificado y se condene a la demandada a las mismas indemnizaciones y prestaciones ya anotadas, salvo la del artículo 489 del Código del Trabajo.

La demandada contesta la demanda señalando que, la relación laboral entre las partes inició el 01 de enero de 2016, contratándose al actor como diseñador gráfico. Su jornada de trabajo era de 45 horas semanales, de lunes a viernes. Su remuneración mensual bruta era de \$869.417.- hasta el 31 de mayo, siendo a partir de esa fecha \$949.733.-.

Niega que existiera malos tratos en contra del demandante.

Respecto de los reclamos realizados por el trabajador, indica que mientras el actor estaba con licencia médica, envía una carta a la empresa denunciando por acoso laboral a otro trabajador de la empresa y señalando que habría realizado un reclamo por ello a la Inspección del Trabajo, de lo que la empresa no estaba enterada. Se le responde al trabajador señalándole que se realizaría una investigación. Agrega que se tomaron medidas inmediatas, consistentes en separar al demandante de quien denunciaba como su agresor, trasladándose al actor a las oficinas de la empresa de la comuna de las Condes, lo que se plasmó en un anexo de contrato de trabajo de 16 de octubre. La investigación se realizó incluyendo una entrevista al demandante, quien habría señalado que se encontraba mejor y más tranquilo por las medidas adoptadas por la empresa. La investigación concluye que no existió acoso laboral, lo que fue comunicado a la Inspección del Trabajo.



HVYPWGRLJV

En relación a la denuncia por diferencia en el pago de las remuneraciones y no pago de horas extraordinarias, indica que se realizó una fiscalización por la Inspección del Trabajo el 01 de octubre de 2019, siendo multada por no tener registro de asistencia. Esa multa se impugnó mediante reconsideración administrativa, rebajándose por haber dado cumplimiento posterior.

En relación al reclamo por cambio de lugar de trabajo, refiere que al presentarse la fiscalizadora en dependencias de la empresa de la comuna de Las Condes, se entrevista con el mismo demandante, quien le indica que estaba contento y más tranquilo con el cambio de lugar de trabajo, sin que posteriormente llegaran alguna comunicación de la Inspección del Trabajo a la empresa.

Manifiesta que, en relación al término de la relación laboral, efectivamente a partir del 21 de octubre el demandante envió mensajes a su jefatura indicándole que no había locomoción para trasladarse al trabajo. El *comité de crisis* que creó la empresa dado los hechos asociados al estallido social, habría determinado que la información que entregaba el actor no era efectiva, ya que si contaba con locomoción colectiva para trasladarse. Sostiene que el actor fue el único trabajador de la empresa que no llegó a trabajar esa semana. Señala que no se consideraron para el despido las ausencias del demandante los días 21 y 22 de octubre, sino únicamente los días 23, 24 y 25 de ese mes. Así, afirma que el despido invocando la causal del artículo 160 N°3 del Código del Trabajo se encuentra debidamente justificado.

Niega que el despido fuera en represalia por denuncias del trabajador en la Inspección del Trabajo.



HVYPWGRLJV

Niega que exista ninguna deuda respecto del actor, encontrándose debidamente pagadas sus cotizaciones previsionales.

Pide el rechazo integro de la demanda, con costas.

CONSIDERANDO.

PRIMERO: Como se expresó en lo expositivo de esta sentencia, la demanda trae varias acciones ejercidas por el demandante en contra de su ex empleador. Se reclama una vulneración a la garantía de indemnidad tratada en la última parte del inciso 3° del artículo 485 del Código del Trabajo, por haber sido despedido el actor en represalia por reclamos ante la Inspección del Trabajo. En subsidio, se impugna el despido fundado en el artículo 160 N°3 del Código del Trabajo -ausencias injustificadas-, reclamándose las indemnizaciones establecidas en el artículo 168 del Código del Trabajo. Conjuntamente tanto con la acción principal como con la subsidiaria, se pide declarar que la relación laboral tuvo una vigencia superior a lo reconocido por el empleador, lo que daría lugar a una deuda de cotizaciones previsionales y la sanción de nulidad de despido por no pago de aquellas cotizaciones (artículo 162 inciso 5°). Se pide también el cobro de prestaciones laborales, correspondientes a diferencias de remuneraciones, horas extraordinarias y feriado. La demandada resiste la procedencia de cada una de las acciones ejercidas por el actor, afirmando que las acciones deben ser rechazadas y que nada adeuda al demandante.

Se revisará primero la acción de tutela laboral.

SEGUNDO: De la acción de tutela laboral de derechos fundamentales por vulneración a la garantía de indemnidad.

Lo denunciado por el actor, es que el empleador demandando habría ejercido el despido como una represalia o venganza por



reclamos realizados por el trabajador ante la Inspección del Trabajo. Esto en relación a lo indicado en el inciso 3° del artículo 485 del Código del Trabajo que indica: "Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo."

El acto vulneratorio -represalia- sería el despido mismo del actor, que según lo descrito por las partes en sus presentaciones fundamentales y la carta de despido que se incorpora a juicio, se produce le día 28 de octubre de 2019, invocándose la causal del artículo 160 N°3 del Código del Trabajo, ausencias injustificadas, en particular los días 23, 24 y 25 de octubre de 2019, según se lee de esa carta traída a juicio.

TERCERO: Para cumplir con las hipótesis de la norma transcrita en el motivo anterior, el demandante señala haber realizado denuncias previas ante la Inspección del Trabajo en contra del empleador. En este sentido se incorpora a juicio varias denuncias realizada por el actor, que son: N°3205 de 02 de agosto de 2019, N°1015 de 02 de agosto de 2019, N°1072 de 16 de agosto de 2019 y N°3895 de 11 de septiembre de 2019. Según consta de estas denuncias traídas a juicio por el demandante, solo en la N°1072 se cursa una multa a la empresa, por no llevar registro de asistencia, que la



demandada acredita haber impugnado solicitando reconsideración administrativa por corrección posterior.

Es necesario con esos antecedentes establecer que el demandante reclamo y solicitó fiscalizaciones a la Inspección del Trabajo previo al despido. De hecho, en un breve periodo el demandante realizó 4 reclamos y solicitudes de fiscalización a la Inspección del Trabajo en contra de su empleador, dos de ellas el mismo día (02 de agosto). Se incorpora por el demandado otra tanta prueba respecto de reclamos interno en la empresa por situaciones de acoso laboral, consistente en una carta de denuncia del actor de fecha 05 de agosto de 2019, que refiere en términos generales haber sido víctima de acoso laboral por su jefe Mario García desde el año 2016, consistente principalmente en el encargo de tareas que no eran parte de sus funciones o fuera del horario laboral. Se incorpora también respuesta de la empresa de fecha 14 de agosto de 2021, en la que se le comunica que se instruirá una investigación, cuyo resultado debe informarse en 30 días y una segunda carta de la empresa de 01 de octubre, en los mismos términos y asegurando que se comunicaría el resultado también en 30 días corridos. El demandante trae a juicio copia de su declaración en ese sumario o investigación interna de 03 de octubre de 2019. Se allega a juicio también la última comunicación de la empresa demandada de fecha 28 de octubre de 2019 respecto de esa denuncia realizada internamente por el actor, que indica no se detectó vulneración de derechos por acoso en contra del demandante, explicándose el procedimiento llevado adelante. Se trae por la demandada esa comunicación referida y el envío de la investigación y resultado a la Inspección del Trabajo el 22 de noviembre de 2019. Toda esta prueba deberá ser entendida como contexto a la vulneración de derechos



HVYPWGRLJV

fundamentales que se denuncia en la demanda, la que se circunscribe únicamente a la garantía de indemnidad y no se extiende a otros derechos como la integridad psíquica o acoso laboral. En ese sentido se traen también licencia médica del actor, 3 recetas médicas, resumen informativo de paciente, 2 certificados de reposo, informe de atención médica de 30 de julio de 2019, interconsulta psiquiátrica de 02 de agosto de 2019, certificado de término de reposo laboral, y certificado de atención de psicóloga y psiquiatra de 12 de noviembre de 2019, todos antecedentes que no se refieren directamente a la garantía de indemnidad reclamada.

De la prueba que allega el demandante a juicio no se logra realizar la vinculación suficiente entre los reclamos realizados ante la Inspección del Trabajo y el despido del actor como represalia. La garantía de indemnidad que trata el transcrito inciso 3° del artículo 485 del código del Trabajo, no establece un fuero o inamovilidad en relación a ese trabajador que ejerce derechos ante un tribunal o en sede administrativa, como este caso, sino que dota de una especial protección a ese trabajador para no ser sujeto de represalias por su obrar ante la autoridad respectiva reclamando sus derechos. Aquello implicará que el trabajador podrá sufrir amonestaciones u otras medidas, incluido el despido, pero que aquello no debe vincularse con el reclamo que previamente realizó y que es la razón de la protección. El demandante se conforma en el presente caso con acreditar el ejercicio de acciones o reclamos ante la Inspección del Trabajo, pero no se avanza ni aun indiciariamente -artículo 493- en acreditar la vinculación del despido con esos reclamos.

La prueba de los reclamos realizados al interior de la empresa da cuenta de haberse seguido un procedimiento de investigación de los hechos denunciados, más allá de los



resultados negativos para las pretensiones del trabajador, sin perjuicio de lo cual, el empleador adoptó acciones de resguardo del trabajador denunciante, como fue separarlo de quien identificaba como el agente acosador. Tanto es así que, no obstante el reclamo que hace el demandante en la Inspección del Trabajo, declara ante en la investigación interna de la empresa, que el cambio de lugar de trabajo lo hacía estar más tranquilo (*"Mauricio Vargas (fiscal): Las medidas que hemos tomado, en cuanto a que sus funciones hoy sean vistas directamente con la gerencia de marketing y que esté trabajando solo en su lugar de trabajo, ¿lo han llevado a tener mayor tranquilidad? Indica don Hernán Muñoz: Reconoce que sí, que hoy trabaja muy tranquilo. Que antes tenía que salir mucho, ir a buscar carpetas a la bodega, entonces sus tiempos se acortaban, ya que se fue auto presionando para finalmente colapsar."*).

Que el despido del demandante se produce luego de sus ausencias al lugar de trabajo, no es una cuestión discutida en la demanda. Otra cosa es que el trabajador reclame que esas ausencias están debidamente justificadas. Lo anterior implica que el empleador al ejercer la decisión de despido lo hace frente a inasistencias ciertas del actor, sin perjuicio de su justificación. Desde ya se adelanta que no se comparte esa decisión de despido dada las justificaciones del trabajador para las ausencias, como se revisará luego en detalle. Sin embargo, la decisión de despido, aun siendo injustificada, tiene contexto a partir de las ausencias del demandante, y no se devela como una simple cobertura a la venganza del empleador por los reclamos realizados por el actor ante la Inspección del Trabajo.

CUARTO: De las denuncias que el demandante intenta -4-, solo una multa se cursa a la empresa por no llevar libro de



asistencia en el lugar donde el actor trabajaba, luego del cambio de lugar de trabajo, cuestión que ni siquiera el demandante había denunciado y que la empresa asume y corrige intentando la reconsideración administrativa de la multa. Por otra parte, el actuar del trabajador para realizar esos reclamos en un corto tiempo, se manifiesta casi compulsiva, sin éxito en lo reclamado y sin que se pueda dotar de una suerte de inamovilidad o inmunidad a todo evento al trabajador por el solo hechos de denunciar.

Como se ha dicho, la garantía de indemnidad busca la protección de los y las trabajadoras que realizan reclamos en sede administrativa o judicial, o participan como testigos en juicio, siendo fundamental la vinculación entre el actuar del trabajador y el acto tildado como represalia, cuestión con la que en el presente caso no se cumple, lo que obligará al rechazo de esta acción de tutela laboral, según puede anticiparse.

QUINTO: De la acción subsidiaria de despido injustificado.

El término de la relación laboral entre las partes se produce el día 28 de octubre de 2019, invocándose por el empleador la causal del artículo 160 N°3 del Código del Trabajo, como ya se ha dicho y como se corrobora con la carta de despido que se trae a juicio. Las ausencias injustificadas del trabajador que se le reprochan en la carta de despido, corresponden a los días 23, 24 y 25 de octubre de 2019.

Si bien el artículo 454 N°1 inciso 2° del Código del Trabajo impone al empleador la obligación de acreditar los hechos contenidos en la carta de despido, en el presente caso, las ausencias del trabajador demandante se encuentran aceptadas en la demanda. No obstante lo anterior, se incorpora registro de asistencia de ese periodo, que da



cuenta de las ausencias. Sin embargo, esta causal en particular impone que las ausencias por las cuales el empleador se puede ver legitimado para ejercer el despido deben ser injustificadas, o sea, establecidas las ausencias, le cabe aún al trabajador la posibilidad de justificarlas. Es en este predicamento en el que se desenvuelve la discusión entre las partes, en ser suficiente la justificación que pretende el trabajador para ausentarse de sus funciones los días indicados en la carta de despido, lo que importa juzgar la valoración que realizó el empleador al estimarlas como carentes de mérito para justificar las ausencias y proceder al despido de demandante.

SEXTO: La justificación para las ausencias que sostiene el demandante, es la imposibilidad de llegar a su lugar de trabajo por la falta de locomoción que lo trasladara, todo en el contexto del denominado estallido social que tiene como fecha o día de inicio de las mayores alteraciones en la ciudad de Santiago el 18 de octubre de 2019, hecho público y notorio.

Para acreditar tal justificación, el demandante incorpora a juicio comunicaciones por mensajería de la aplicación *whatsapp*, de los días 21 al 25 de octubre con su jefatura. En cada una de ellas el demandante explica que no se movilizó debido a la falta de locomoción colectiva por el funcionamiento anormal de esos días en que se desenvolvía el denominado estallido social, que se ha sentado ya como un hecho público y notorio. La jefatura del demandante de cada una de las comunicaciones toma conocimiento, indicándole los primeros días que no se preocupara. El demandante además incorpora constancias en la inspección del Trabajo por la imposibilidad de asistir a trabajar esos días. Se incorpora también por el demandante, copia de imágenes de pantalla de



la red social del usuario "nuestro Cajón del Maipo", localidad en la que vive el actor según certificado de residencia que se trae también a juicio. Esas imágenes van dando cuenta de las alteraciones de aquellos días, como la falta de combustible en las bombas de bencina, y la falta de circulación regular de la movilización colectiva, anotándose en los diversos mensajes o publicaciones el termino anticipado de los recorridos o la falta de los mismos. Dentro de las publicaciones aparece también una en que los conductores del recorrido de micros entre esa localidad y el resto de la ciudad anuncias que no continuaran trabajando en los turnos de madrugada por la falta de seguridad, que habría tenido como consecuencia que uno de los choferes recibiera un disparo. También en las publicaciones se invita a ser solidarios con los vecinos del sector para ayudarlos a trasladarse, debido a la falta de movilización colectiva.

La demandada pone en duda las justificaciones del trabajador, incorporando a juicio imágenes también de una red social, del usuario "Turmaipo Sa", que correspondería al recorrido de micros que se acerca al domicilio dela actor. En estos mensajes se anota en los días domingo 21, lunes 22 y martes 23 los horarios de los recorridos de buses, con algunas alteraciones, al indicarse que se avisará la salida del ultimo transporte o anotándose pocos horarios, que varían en los mensajes, por ejemplo, el día 23, donde en uno se informan 2 recorridos y luego, en otro mensaje o publicación, se informan muchos más. Los días posteriores, 24 y 25 se informan muchos más recorridos de los buses para aquellos días, dejándose listados de horarios. Además, declaran como testigos de esa parte demandada Mauricio Vargas Pérez, gerente de finanzas de la demandada, quien respecto del punto



HVYPWGRLJV

declara que para los días del estallido social se entendía que era complejo el traslado y que no hubo inasistencias en la empresa. El testigo Nemesio Páez, jefe de finanzas y recursos humanos, declara que para los días del estallido social fue complejo como en todos lados, pero se fueron acomodando con las facilidades de horarios que entregó la empresa.

SÉPTIMO: De la prueba señalada en el considerando previo, es posible establecer que el demandante comunicó al empleador su imposibilidad de trasladarse, comunicación recepcionada y conocida por la empresa. La razón esgrimida por el demandante se contextualiza en los hechos de denominado estallido social, al ocurrir las ausencias días próximos al 18 de octubre de 2019. La situación de anormalidad de esos días, que afectaban especialmente al transporte público en la ciudad, es suficientemente reafirmada por el demandante con las publicaciones referidas, que dan cuenta de la escasez a lo menos el funcionamiento anómalo del transporte hasta la localidad de San José de Maipo donde tiene su domicilio el demandante, quien debía trasladarse hasta la comuna de Las Condes. El único antecedente que trae la empresa para poner en duda la justificación del demandante, es una copia de horarios de salidas de buses, cuestión que se encuentra en entredicho con la prueba del demandante y que en cualquier caso no da cuenta de haberse cumplido efectivamente con ese itinerario aquellos días. Los mismos testigos de la demandada indican que en esos días se sabía que la situación de movilidad era muy compleja, y respecto de no haber existido otras ausencias en la empresa, el argumento no permite derivar que como todos los demás trabajadores no se vieron imposibilitados para llegar al trabajo, el demandante debía estar necesariamente en la



misma situación, además de ser insuficiente los dichos generales de los testigos en relación al punto, existiendo otra tanta prueba idónea a los efectos, que no se trae al juicio.

El empleador conoció la justificación de demandante, conoció necesariamente la situación de la ciudad en aquellos días, no da cuenta de haber intentado alguna comunicación con el trabajador para conocer la veracidad de la justificación y buscar alguna solución a las dificultades que se hacían evidentes. El empleador demandando sencillamente no cree la veracidad de los dichos del trabajador, busca un antecedente al que le asigna mayor credibilidad y decide el despido. Yerra entonces en la valoración de la justificación, que se muestra como suficiente a la luz de la prueba y los hechos que se han ido estableciendo, y decide el despido del demandante, pese a la justificación de las ausencias.

Con lo que ha venido razonándose, el despido se califica como injustificado, lo que importará acoger esta acción subsidiaria. Se concederán en este sentido las indemnizaciones contempladas en el artículo 168 del código del trabajo, esto es, indemnización sustitutiva del aviso previo, indemnización por años de servicios y recargo sobre esa última de un 80% (artículos 162, 163 y 168 letra c) del Código del Trabajo, respectivamente.

OCTAVO: Respecto de la extensión de la relación laboral entre las partes.

La declaración de una vigencia mayor de la relación laboral entre las partes tiene incidencia para la determinación de las indemnizaciones por termino injustificado del contrato, como para la acción de nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales.



La demanda plantea que entre las partes existió una relación laboral iniciada en 01 de septiembre de 2015 y no desde el 01 de enero de 2016, fecha en la que se firma contrato de trabajo.

Se incorporan juicio boletas a honorarios del actor de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2019, las que son por el mismo monto y se anota como glosa "diseñador gráfico." Declara por el demandante el testigo Manuel Cabrera Salas, quien señala que habría trabajado con el actor el último trimestre de 2015 (en este punto se muestra muy dubitativo), y que el demandante llegó a ocupar el lugar de diseñador gráfico, por lo que, al igual que el testigo, debía ir algunos fines de semana al estadio cuando el equipo jugaba de local (sic), lo que no se le pagó como horas extraordinarias. Señala el testigo desconocer de qué forma el demandante estaba contratado.

Se incorpora también contrato de trabajo del actor, que señala en su cláusula octava que "el presente contrato comenzó a regir el 01 de septiembre de 2015, y tendrá una duración indefinida.

Del certificado de cotizaciones previsionales y certificado de pagos en PREVIRED que se traen a juicio, se desprende claramente que la demandada soluciona las cotizaciones solo a partir de enero de 2016.

NOVENO: El principal antecedente que el demandante destaca para la declaración de contrato de trabajo por el periodo previo a la firma del contrato de trabajo, es lo indicado en el contrato de trabajo.

Si bien ese antecedente es relevante, el demandante abandona cualquier esfuerzo probatorio por acreditar cuáles eran funciones y principalmente de qué forma ejercía esas funciones. Sencillamente no hay prueba que diga relación con



las labores que en esa época ejecutaba y menos si estas eran ejecutadas bajo subordinación y dependencia.

Lo particular del contrato de trabajo, que lo distingue de otros contratos de prestación de servicios personales, no es necesariamente las labores que se prestan por el trabajador al empleador, sino la forma subordinada en que se ejecutan dichas labores. Dependiendo de si esas labores implican la obediencia del trabajador a las directrices del empleador, quien organiza y decide la forma en que se ejecutaran las labores, lo que se manifiesta a través del cumplimiento de jornada laboral, la entrega de elementos materiales para la ejecución de los servicios, la supervisión, etcétera, la relación entre esos particulares será un contrato de trabajo o uno de otra naturaleza jurídica. Ese esencial elemento del contrato de trabajo no es acreditado por el demandante de ninguna forma en juicio, sin que la declaración de único testigo sobre el punto en juicio entregue antecedentes concretos respecto de un vínculo subordinado del actor a la demandada en ese periodo.

La declaración que realiza el contrato de trabajo en la citada cláusula octava, logra ser entendida desde que el demandante efectivamente presto servicios desde esa fecha previa para la demandada, sin solución de continuidad con el contrato de trabajo, pero como trabajador a honorarios, como dan cuenta las boletas que se traen a juicio. Ese antecedente del contrato de trabajo es un antecedente relevante de suyo, pero no autoriza al demandante que pretende obtener tal declaración, a desentenderse de explicar a través de la prueba la forma subordinada en que ejecutaba esas labores, elemento que no puede faltar en cualquier vínculo laboral.

Así, la acción de declaración de relación laboral será rechazada, circunscribiéndose la vigencia del contrato de



trabajo entre el 01 de enero de 2016 y el 28 de octubre de 2019.

DÉCIMO: De la determinación de la remuneración del actor y la nulidad de despido.

La demanda reclama que durante toda la relación laboral se habría pagado una remuneración menor a la acordada, pactándose una remuneración líquida de \$869.417.-, (percibiendo el último tiempo de relación laboral \$949.733.-), en circunstancia que debía percibir \$1.114.640.-, por corresponder aquello a la remuneración bruta, lo que habría generado una deuda por \$4.546.059.-. Esto también daría origen a la acción de nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales, según la demanda.

La única prueba que respecto de este asunto se trae a juicio, es el contrato de trabajo mismo, que en su cláusula tercera señala que la demandada *"se compromete a remunerar los servicios del Trabajador con un sueldo liquido mensual de \$869.471.-. el que liquidará por periodos mensuales."*

Efectivamente, el contrato al indicar el monto de remuneración señala expresamente que corresponde a un sueldo *líquido*, esto es, aquello que efectivamente el trabajador percibirá, luego de realizado los descuentos legales y contractuales. Sin embargo, de la lectura de esa cláusula íntegra y de la ejecución pacífica del contrato, aparece de manifiesto que la referencia a remuneración líquida es un error, tratándose ese monto en realidad de la remuneración bruta o previa a los descuentos.

La segunda parte de esa cláusula tercera, indica que el empleador *retendrá de las remuneraciones los porcentajes correspondientes a cotizaciones previsionales, impuestos y demás descuentos legales*. Habla así de los descuentos en las remuneraciones, inmediatamente después de establecer el monto



HVYPWGRLJV

de remuneración, lo que se comprende cuando se asume el monto antes señalado como la remuneración bruta. O sea, en la primera parte habla de la remuneración antes de los descuentos, y en la segunda parte de los descuentos que se impondrán. Las cotizaciones previsionales del actor se pagaron siempre en razón de la remuneración pactada en la cláusula tercera entendida como bruta según los certificados de cotizaciones que se traen a juicio, la que además se incrementó con el tiempo, como es de estilo en base a los reajustes anuales, ejecutando el contrato desde el primer mes de esa forma las partes.

Sin duda la subordinación a la que se encuentra siempre sometido el trabajador en una relación laboral, puede implicar en determinados casos que se vea forzado a asumir condiciones de trabajo distintas y desmejoradas en relación a las pactas, como una remuneración menor. Sin embargo, no puede establecerse aquello como una máxima de la experiencia en relación a la remuneración pactada, como si comúnmente se pagara menos remuneración de la pactada desde el primer mes de trabajo y por toda la relación laboral, obligándose al trabajador a asumir tal acción. Al no ser posible validar esa suposición por la experiencia, deberá acreditarse de alguna forma que el empleador falta al contrato, como con un reclamo de cualquier tipo realizado en los tiempos en que se comienza a producir este hecho o haberse reclamado consistentemente en el tiempo el hecho, o argumentarse de alguna forma cómo se produjo esa situación y por qué en este caso particular el trabajador debió someterse a ese injusto; por qué no se lo representó a este empleador en particular. En la demandada sencillamente nada se dice, solo se afirma que el contrato dice remuneración liquida, por lo que se le adeuda una



HVYPWGRLJV

diferencia desde siempre. Sencillamente no hay una historia o relación de hechos contada al respecto.

La referencia a remuneración líquida se devela como un mero error en la redacción, siendo evidente que se intentaba referir a la remuneración bruta, ejecutándose con normalidad y sin reclamos el contrato de esa forma entendido.

Así, se tendrá como remuneración del actor \$949.733.-, número indicado en demandada y contestación y validado con las liquidaciones de remuneraciones incorporadas a juicio, en base a la cual se condenará al pago de las indemnizaciones derivadas de la declaración de despido injustificado. Lo anterior también implica que, necesariamente, se descarta la acción de nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales en relación a esta deuda inexistente.

Lo anterior también obliga al rechazo de la diferencia de feriado por \$320.498.-, ya que el sustento de esa pretensión era que el feriado se había calculado sobre una remuneración menor a la efectivamente pactada, cuestión recién descartada.

UNDÉCIMO: De las horas extraordinarias.

Lo indicado en la demanda a este respecto es que, pese a que el demandante pactó jornada de 45 horas mensuales distribuidas de lunes a viernes, debía realizar trabajos los fines de semana, en particular concurrir al estadio donde el equipo de fútbol que administraba la demanda, de manera de tomar fotografías y realizar otras labores asociadas a la difusión del equipo. Se apuntan en la demanda una serie de partidos de fútbol en los que habría participado el equipo de fútbol varios días de fines de semana de 2019, en los que habría trabajado el actor días.

El contrato de trabajo efectivamente indica que el trabajador se desempeñaba de lunes a viernes en jornada de 45



horas. Declara por la parte demandante Manuel Cabrera, quien indica haber trabajado también para la demandada junto con el actor la última parte del año 2015, indicando que también debió trabajar fines de semana cuando el equipo de futbol jugaba de local, concurriendo al estadio o desde su domicilio cuando jugaba de *visita*, lo que habría implicado un trabajo de 4 o 5 horas cada uno de esos días. Dentro de los reclamos que el demandante realiza en el mes de agosto de 2019, se encuentra el no pago de horas extraordinarias, cuestión no constatada por la Inspección del Trabajo.

Pues bien, aunque se intentara dar crédito a esos escasos antecedentes probatorios traídos por el demandante, lo cierto es que es de tal manera indeterminada la petición, que impide ser acogida con esa escasa prueba. La demanda en esto está plagada de impresiones, indicando, por ejemplo, que debía prestar esos servicios "*sábados o domingos*", que esas obligaciones significaban concurrir "*en promedio cada fin de semana*" al estadio, que debía estar en el lugar "*más o menos una hora antes del inicio del partido*", que cuando el equipo debía jugar de visita (en un estadio distinto del que hace de local), debía conectarse desde su casa, durando los servicios "*aproximadamente 2 horas*". El mayor obstáculo, además de la escasa prueba y la imprecisión anotada, es que se indica un listado de partidos de futbol a los que habría estado obligado a concurrir por jugar de local (sic) el equipo Audax Italiano durante el año 2019, no obstante, no existe ningún intento probatorio que permita establecer siquiera que esos encuentro deportivos existieron o se jugaron en aquellas fechas, tanto menos que el demandante concurren al estadio aquellos días específicos. La credencial del demandante asociada a la demandada, que indica "*personal full cancha*" y que explica el mismo elemento que su portador puede ingresar



HVYPWGRLJV

libremente a cualquier estadios, no permite derivar que el actor coocurrió a determinados partidos de futbol específicos a trabajador u determinado día sábado o domingo, puesto que el medio de prueba no entrega aquella información.

Así, las horas extraordinarias que se reclaman en la demanda no son acreditadas como trabajadas. Deberá rechazarse necesariamente ante la falta de prueba suficiente esta prestación, lo que impondrá el rechazo definitivo de la acción de nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales, al ser el último argumento que daría lugar a tal acción.

Visto además lo dispuesto en los artículos 1, 3, 5, 7, 9, 63, 160, 162, 163, 172, 173, 420, 446 y siguientes, 453, 454, 456, 459, 485 y 489 todos del Código del Trabajo, y demás normas legales pertinentes **SE RESUELVE:**

I.- Se **rechaza** la acción principal de tutela laboral de derechos fundamentales por vulneración a la garantía de indemnidad con ocasión del despido;

II.- Se **acoge** la acción subsidiaria de despido injustificado interpuesta por **HERNÁN MAURICIO MUÑOZ CARRASCO** en contra de **AUDAX ITALIANO LA FLORIDA S.A.D.P.**, declarándose que el despido del demandante de 18 de octubre de 2019 es injustificado;

III.- Se **condena** a la demandada **AUDAX ITALIANO LA FLORIDA S.A.D.P.** a pagar al demandante **HERNÁN MAURICIO MUÑOZ CARRASCO:**

1. Indemnización sustitutiva del aviso previo, correspondiente a \$949.733.-
2. Indemnización por años de servicios (3 años y fracción de año superior a 6 meses), correspondiente a \$3.798.932.-;



3. Recargo del 80% sobre la indemnización por años de servicios, correspondiente a \$3.039.145.-;

IV.- Las cantidades señaladas en el punto anterior deberán ser objeto de reajustes e intereses, según dispone el artículo 173 del Código del Trabajo;

V.- Se rechaza la demanda respecto de la declaración de relación laboral, el cobro de diferencia de remuneración y feriado, el cobro de horas extraordinarias y la acción de nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales;

VI.- Cada parte soportará sus costas;

VII.- Una vez firme y ejecutoriada la presente sentencia, remítanse los antecedentes al juzgado de Cobranza Laboral y previsional de Santiago para su ejecución, en los tiempos y forma indicados en el artículo 462 del Código del Trabajo.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

RIT T-43-2020

RUC 20-4-0243001-0

Dirigió la audiencia y dictó sentencia VICTOR MANUEL RIFFO ORELLANA, Juez Titular del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.



HVYPWGRLJV

A contar del 05 de septiembre de 2021, 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>