Santiago, veintidós de octubre de dos mil veinte.

VISTOS, OÍDOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que compareció doña JESSICA ARLETTE CHAVEZ DORREGO, cesante, domiciliada en Ramón Cortez Nº 41988, comuna de Macul, e interpuso demanda de despido injustificado y cobro de prestaciones en contra de su ex-empleador BANCO DE CHILE, del giro de su denominación, RUT Nº 97.004.000-5, representada por Eduardo Ebensperguer Orrego, domiciliados ambos en AHUMADA Nº 251, Santiago.

Al efecto, señaló que ingresó a trabajar para la demandada como Asistente de Atención al Cliente desde el 1 de enero de 2008 y su última remuneración para los efectos del artículo 172 del Código del Trabajo fue de $1.100.000. Precisó que el día 27 de febrero 2020 se puso término a su contrato de trabajo por la causal establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo, citando el contenido de la carta de despido. Ahondó sobre la correcta inteligencia de la causal de despido aplicada, sosteniendo que ésta tiene naturaleza netamente objetiva, en cuanto su aplicación no obedece a una conducta específica del trabajador sino a una situación de hecho que afecta al empleador, observable y demostrable empíricamente, no bastando la mera constatación de la situación de hecho que la funde, sino que el empleador debe demostrar un nexo causal entre ella y el despido del trabajador. Agregó que un estándar distinto llevaría a contradecir todo el sistema de terminación de contrato de trabajo y, en particular, convertir a la causal “necesidades de la empresa” en una modalidad de libre despido.

Añadió que suscribió finiquito con reserva de derechos y que en dicho instrumento se consignó la indemnización por años de servicio por $10.628.123 y que se le descontó $812.947 por concepto de "seguro de cesantía". Sobre el mencionado descuento, sostuvo que no resulta ajustado a derecho dado que la causal de despido es improcedente, citando jurisprudencia, y solicitando que lo descontado ilegalmente le sea restituido.

Pide declarar injustificado e improcedente el despido del cual fue objeto y condenar a la parte demandada a pagarle las siguientes prestaciones:

a) Recargo legal del 30% por aplicación improcedente del artículo 161 del Código del Trabajo, en conformidad con el artículo 168 del mismo cuerpo legal por la suma de $ 3.630.000.-

b) Pago del descuento ilegalmente efectuado por seguro de cesantía equivalente a $812.947;

c) Reajustes e intereses, en virtud de lo que establece el artículo 173 del Código del Trabajo.

d) Costas.

SEGUNDO: Que, a contestar la demanda compareció don Leandro Rivera Navarro en calidad de mandatario judicial, indicando en primer lugar que niega en su totalidad los hechos que sirven de fundamento a la acción y/o la interpretación que se atribuye a los mismos, a menos que señale expresamente lo contrario.

Al efecto, reconoció como efectivas las siguientes afirmaciones de la demanda: i) fechas de inicio y término de la relación laboral con el Banco de Chile, pero reconociendo el período trabajado desde el 13 de marzo de 2000 para el Citibank N.A.; ii) que fue despedida y separada de su trabajo con fecha 27 de febrero de 2020 por la causal de necesidades de la empresa; iii) que se le pagó la indemnización sustitutiva del aviso previo, por años de servicio y el feriado legal, todo antes de la presentación de la demanda; iv) que su parte descontó de la indemnización por años de servicio la suma de la AFC que se indica en la demanda; v) que la demandante suscribió un finiquito de la relación laboral, en la cual se efectuó la reserva que señala.

Por otra parte, negó que el despido por necesidades de la empresa sea injustificado, indebido o improcedente y, por consiguiente, se le adeude el recargo legal del 30% de la indemnización por años de servicio; así como también que sea improcedente el descuento de las cantidades aportadas por el empleador a la cuenta individual de cesantía de la demandante. También negó que la última remuneración de la demandante haya ascendido a $1.100.000, sino que solo alcanzó $966.193, cuestión que fue definitivamente acordada en el finiquito, por lo que respecto a la última

ORNKRXRRXB

remuneración opuso formalmente en este acto la excepción de finiquito, lo que tiene incidencia en cuanto se demanda como recargo legal una cantidad que no corresponde al 30% de la indemnización por años de servicio que le fue pagada a la demandante.

Luego de transcribir la carta de despido y de precisar que su parte cumplió con las formalidades legales, alegó que el recargo demandado es improcedente ya que la causal de despido fue aceptada por la actora, además de impedirlo la reglamentación del cupo sindical. Al efecto, explicó que la actora omite señalar en su demanda que, además de la indemnización legal por años de servicio, recibió el pago de una indemnización convencional pactada en el convenio colectivo, por la suma de $8.695.737, que corresponde al pago de una remuneración por año, sin el límite de once sueldos; todo ello en virtud del Convenio Colectivo del Trabajo suscrito con el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Citibank N.A., con fecha 30 de enero de 2018 (en adelante el "Convenio Colectivo), ocupando un "cupo sindical" dispuesto para tales efectos.

Añadió que el referido Convenio Colectivo regula el denominado "cupo sindical", en su artículo 9º titulado "Indemnización por término del contrato de trabajo", el cual contiene una serie de requisitos de procedencia. Así, resulta que, con anterioridad a la suscripción del finiquito, la ex trabajadora habría aceptado la causal de término de su contrato de trabajo, pues entre la recepción de la carta de despido (27 de febrero de 2020) y antes de la suscripción del finiquito, esto es, una vez finalizada la relación laboral, la demandante solicitó al Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Citibank N.A. que presentara a la División de Recursos Humanos del Banco de Chile, la solicitud para ser considerada como beneficiaria del denominado "cupo sindical", para los efectos del pago de la indemnización por años de servicios sin el tope legal establecido en el artículo 163, inciso 2°, parte final del Código del Trabajo.

De esta manera, es la actora quien solicita al Sindicato hacer uso a su respecto del cupo sindical, el que necesariamente supone que el despido sea por esa causal, obteniendo así mejores beneficios; consintiendo por tanto en que dicho sindicato la presente a su empleador como un trabajador con derecho a las indemnizaciones pactadas.

ORNKRXRRXB

Luego cita el punto 9° del Convenio y concluye que en 18 casos anuales el sindicato puede resolver que, a un trabajador afiliado, su parte le pague su indemnización sin tope alguno, lo que debe comunicarle para efectos de su pago. De lo anterior se sigue que el trabajador afiliado debe requerir primero al sindicato, aceptando el despido por la causal de necesidades de la empresa y, admitida su solicitud, el Sindicato la eleva al Banco para el posterior pago de las indemnizaciones.

Como el mecanismo antes descrito supone en todo caso el acuerdo del trabajador, quien solicita al sindicato que su empleador le despida con las indemnizaciones voluntarias allí convenidas y, en mérito de ello, obtiene indemnizaciones muy superiores a las legales, carece de toda legitimidad posterior para impugnar la causal, por la sencilla razón de que su conducta contraviene la doctrina de los actos propios. Sostiene que es obvio que, si el trabajador postula a este beneficio es porque acepta la causal de despido "necesidades de la empresa" y no puede aceptar la causal de despido "necesidades de la empresa" para percibir dicho beneficio y, posteriormente, reclamar su procedencia. En esas circunstancias, habiendo requerido la demandante a su Sindicato presentar al Banco su solicitud de "cupo sindical", manifestó su voluntad de aceptar la causal de despido "necesidades de la empresa".

Sin perjuicio que en el caso expuesto hay aceptación expresa de la causal de terminación del contrato por necesidades de la empresa por parte de la demandante, el propio Convenio Colectivo la priva de legitimidad para reclamar el 30% del incremento, pues la cláusula 2.10 en relación al punto 9° del mismo, fuerzan concluir que el beneficio en comento es incompatible con cualquier otra indemnización legal o convencional, dejando constancia expresa que dispone que éste se imputará, compensará o formará parte de cualquier beneficio similar que otorgue la ley, por lo que en el evento de considerarse que tiene derecho al 30% del incremento, éste debe imputarse a éste las indemnizaciones convencionales ya percibidas en mérito del convenio colectivo.

En síntesis, sostuvo que es totalmente improcedente el reclamo sobre falta de justificación de la causal aplicada, porque la demandante en todo caso aceptó la causal y, en mérito de ello, percibió una indemnización

ORNKRXRRXB

voluntaria y, finalmente, es improcedente el recargo que reclama porque el texto normativo aplicable, el Convenio Colectivo, lo prohíbe.

Además, existiría una incompatibilidad establecida por el legislador, entre la indemnización voluntaria y el recargo legal solicitado, de conformidad con los artículos 168 y 176 del Código del Trabajo y los artículos 1545 y siguientes del Código Civil, estos últimos en relación al pacto de incompatibilidad ya referido. En consecuencia, lo que pretende obtener la demandante es una indemnización recargada, no obstante que las partes que celebraron el Convenio Colectivo acordaron que la indemnización convencional era incompatible con cualquier otra y que deberá imputarse a cualquier beneficio similar de origen legal.

Sobre este pacto señaló que es absolutamente lícito, porque en el derecho laboral nada impide que las partes establezcan condiciones superiores a las legales, por consiguiente, si la indemnización convencional es más favorable para el trabajador que la legal, deberá estarse a la primera y será aplicable su regulación, quedando excluida la segunda. Abonaría a dicha conclusión la jurisprudencia que indica, en el sentido de haber declarado que los recargos legales son incompatibles con la indemnización convencional que ya recibió la demandante, razón por la cual su demanda debe ser rechazada.

Por otra parte, alegó que se encuentra justificada la causal de despido invocada, pues la oficina en que la demandante prestaba sus servicios fue objeto de un proceso de restructuración para la modernización de los servicios, determinándose la necesidad de eliminar el cargo de Asistente Atención al Cliente que ejercía la actora.

Finalmente, sostuvo que el descuento del aporte del empleador al fondo de cesantía es procedente, invocando jurisprudencia al efecto, y pidió tener por contestada la demanda y rechazarla en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

TERCERO: Que, en audiencia preparatoria de fecha 21 de abril de 2020, se efectuó el llamado a conciliación, sin que ésta se produjera. Asimismo, se establecieron como pacíficos los siguientes hechos:

ORNKRXRRXB

1. Que entre las partes existió relación laboral que se inició el 01 de enero de 2008 y concluyó el 27 de febrero de 2020, desempeñándose a esa fecha la demandante como Asistente de Atención al Cliente.

2. Que el término de los servicios de la demandante fue por despido de la demandada que invocó la causal del artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, cumpliendo las formalidades legales.

3. Que se suscribió finiquito entre las partes, con reserva de acciones, en el cual se realizó descuento de $812.947, por aporte del empleador al seguro de cesantía.

En la misma oportunidad, se fijaron los siguientes hechos a probar:

1. Efectividad de haber acaecido los hechos invocados en la respectiva comunicación de despido.

2. Efectividad que a la demandante se le reconoció período anterior trabajado en Citibank.

3. Efectividad que a la demandante se le pagó una indemnización convencional, según Convenio Colectivo del que formaba parte, requisitos para su procedencia, en especial, respecto a aceptación de la causal aplicada.

4. Remuneración pactada y percibida por la demandante.

CUARTO: Que, a fin de acreditar sus afirmaciones, la demandante rindió los siguientes medios de prueba en audiencia de juicio desarrollada el 1 de octubre de 2020:

<u>Documental:</u>

1. Carta de aviso de término de la relación laboral, de fecha 27 de febrero de 2020.

2. Finiquito firmado de fecha 04 de marzo de 2020.

3. Liquidación de remuneración del mes de febrero de 2020.

ORNKRXRRXB

Confesional: Compareció a absolver posiciones don Iván Muñoz, Gerente de Administración de Personal y Relaciones Laborales de la demandada, de lo cual existe registro de audio.

Exhibición de Documentos: La demandada exhibió a satisfacción de la demandante los contratos de trabajo que haya efectuado la oficina Huérfanos 740, relativos al cargo que ocupaba la demandante, desde la fecha de despido de la actora a la fecha.

También se tuvo presente la solicitud de apercibimiento hecha valer por la parte actora respecto de la falta de exhibición del documento que acredite que la trabajadora haya solicitado su salida con cupo sindical solicitado por intermedio del sindicato, respecto de lo cual la demandada alegó que no existe.

QUINTO: Que, en la misma oportunidad, la parte demandada incorporó la siguiente evidencia al proceso:

Documental:

1. Contrato de Trabajo suscrito entre la actora y Citibank N.A., de quien el Banco de Chile es continuador legal, con fecha 13 de marzo del año 2000.

2. Anexo actualización del contrato de trabajo suscrito entre la actora y el Banco de Chile con fecha 1 de agosto de 2017.

3. Carta de despido de fecha 27 de febrero de 2020, entregada personalmente a la demandante.

4. Comprobante de aviso del término del contrato de trabajo enviado a la Dirección del Trabajo, con fecha 28 de febrero de 2020.

5. Certificado de Saldo Aporte Empleador al Seguro de Cesantía para Imputar a Indemnización, emitido por la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía de Chile II S.A., con fecha 27 de febrero de 2020.

6. Convenio Colectivo de fecha 30 de enero de 2018, celebrado entre el Banco de Chile y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Citibank N.A.

ORNKRXRRXB

7. Formulario de Solicitud Indemnización por años de Servicio (Cupos Sindicales) a nombre de la actora, recibido por el Banco de Chile con fecha 28 de febrero de 2020.

8. Finiquito de contrato de trabajo de la demandante.

Testimonial: Prestó declaración don Manuel Alejandro Zapata Opazo según consta en el respectivo registro de audio.

SEXTO: Que en el presente caso la trabajadora despedida ha hecho uso del derecho previsto en el artículo 168 del Código del Trabajo, de manera que el primer objeto de la *litis* será establecer si ha sido procedente o no el término de los servicios, calificación que determinará si corresponde aplicar a la suma pagada por concepto de indemnización por años de servicio el recargo del 30% solicitado.

SÉPTIMO: Que atendida la naturaleza protectora de la legislación laboral y, en esa línea, la preferencia normativa por la estabilidad en el empleo, siendo el término de servicios por despido una situación excepcional a dicha preferencia, se exige que la decisión del empleador sea fundada y causada, poniéndose además de cargo del empleador la obligación y carga de demostrar el envío de la comunicación de término y luego lo expresado en ella.

Así lo refleja el numeral 1° en su inciso segundo del artículo 454 del Código del Trabajo, al señalar que 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 del mismo cuerpo de leyes, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido.

OCTAVO: Que en cuanto al cumplimiento de la exigencia formal de la carta de despido, de acuerdo a la comunicación enviada por la empleadora, esta habría estado motivada por una *“restructuración de la Unidad Of. Huérfanos 740 Serv. Clte.”.* Así el contenido del hecho imputado se advierte como carente de los elementos mínimos, resultando vaga y genérica, sin información relevante y de calidad a efectos de justificar la medida.

ORNKRXRRXB

En efecto, en la misiva se alude simplemente a una decisión empresarial, sin justificar por qué ello ha de implicar la eliminación del puesto de trabajo de la demandante o por qué ésta no puede ser asignada a otra función, tornándose en una justificación tautológica de la necesidad subjetiva de la empresa, puesto que no se llena de contenido dicha necesidad para alcanzar un estándar objetivo, que es el que exige la norma y la jurisprudencia.

En resumen, la información que se entrega en la carta de desvinculación no es suficiente para que la actora conozca las razones del término de servicios en términos formales y de manera que esa decisión pueda ser controlada judicialmente, recordando que ello es únicamente posible en la medida que se exijan ciertos mínimos indisponibles para las partes. Pues bien, dentro de los mínimos se exige que el empleador que va a despedir debe indicar en forma clara y precisa en la carta de despido las razones que configuran la causal que invoca. Sólo el cumplimiento de dichos mínimos permite el control jurisdiccional correspondiente.

Por lo demás, a la parte demandante se le exige que en su libelo realice una relación circunstanciada, de modo tal que se haga cargo completamente de la justificación que aduce el empleador en la misisva de desvinculación se ha efectuado; sin embargo, en este caso la "*resstructuración"* es tan genérica que impide a la actora comparar lo que se indica en su comunicación de término y los hechos que pueden servir como motivación para un despido.

A mayor abundamiento, para el caso de sobredotación alegado al contestar la demanda, huelga decir que la propia empleadora reconoce que ha sido su decisión –en virtud de su potestad de mando y dirección– contar en un momento con una determinada cantidad de trabajadores y luego disminuirla, lo que de paso implicó la desvinculación de la demandante, por lo que es únicamente en la demandada en quien deben radicarse los efectos de tal decisión, lo que no viene sino a ratificar la conclusión de declarar injustificado el despido. Por otra parte, la demandada no rindió probanza alguna encaminada a acreditar la causal de despido invocada.

ORNKRXRRXB

NOVENO: Que el inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo 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.

Que en tal sentido se debe concluir que el empleador podrá poner término a los servicios de uno o más trabajadores, cuando se verifiquen situaciones de carácter técnico o de orden económico que le obliguen a tomar decisiones al interior de la empresa para adaptarse a las condiciones fluctuantes de la economía. Con todo, además es necesario que dichas situaciones obliguen a la empresa a que adopte una determinada definición y que ello se exprese, que se deje constancia de por qué se prescinde de un cargo y no de otro, toda vez que de no ser así se haría imposible el control judicial, tornándose el despido en una facultad enteramente potestativa para el empleador.

Que en este caso, la sociedad demandada no ha dado cumplimiento al estándar formal, siendo –además– del todo insuficiente la prueba aportada en la audiencia de juicio para justificar el despido de la actora, razón por la cual éste será calificado de improcedente, dando lugar al recargo reclamado.

DÉCIMO: Que, atento a los puntos de prueba, con mérito en el finiquito allegado por la demandada bajo el N° 8 de su instrumental, se tiene por efectivo que ésta reconoció a la actora el periodo trabajado para CITIBANK (punto de prueba N° 2), lo que además refrendó al pagar indemnización por años de servicio legal y convencional por $10.628.123 y $8.695.737, respectivamente, las que en su conjunto abarcan 20 años de servicio (desde el 13 de marzo de 2000 al 27 de febrero de 2020). Con el mismo documento se acreditó que la última remuneración de la actora ascendía a $966.193 (punto de prueba N° 4), respecto de lo cual no hizo reserva, por lo que resulta forzoso acoger la excepción de finiquito opuesta por la demandada respecto a dicho monto.

ORNKRXRRXB

Sobre el punto de prueba N° 3, como se dijo, se acreditó que la demandada pagó indemnización convencional, pudiendo presumir el tribunal que ello se fundó en la aplicación del convenio colectivo (cláusula 9.1), atendida la contradicción evidente entre lo ofertado en la carta de despido y lo pagado en el finiquito, existiendo evidencia de la solicitud del sindicato en tal sentido, todo ello de conformidad con lo que consta en los documentos indicados rendidos por la demandada bajo los números 3, 6, 7 y 8. Sin perjuicio de lo anterior, no existe evidencia que dicho convenio resulte aplicable a la demandante, pues no se incorpora la nómina de trabajadores afectos al mismo, ni de que la actora haya solicitado dar aplicación al "cupo sindical" establecido en su cláusula 9.1.

UNDÉCIMO: Que, resuelto lo anterior, corresponde hacerse cargo de la improcedencia del mencionado recargo alegada por la demandada, la cual funda en que –a fin de obtener una indemnización adicional por años de servicio sin topes legales, lo que está pactado en el convenio colectivo vigente y fue pagada en el finiquito– la actora habría renunciado al recargo legal que ahora solicita, pues al pedir al sindicato gestionar el denominado "cupo sindical", que sólo procede para el despido por necesidades de la empresa, la actora aceptó tal causal y –por ende– la renuncia tácita al recargo por injustificación.

Sobre el particular, la cláusula del convenio colectivo invocada dispone lo siguiente:

"9.1 Indemnización por años de servicios por necesidades de la empresa (cupos sindicales).

El banco pagará al trabajador cuyo contrato de trabajo termine por la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, y siempre que concurran las condiciones y requisitos señalados en la presente cláusula, una indemnización por años de servicios equivalente a treinta días de la última remuneración bruta mensual devengada, por cada año de servicios y fracción superior a seis meses prestados continuamente al empleador. Esta indemnización no estará afecta a límite o tope legal algunos.

ORNKRXRRXB

En cumplimiento de este beneficio, el Banco otorgará al Sindicato un total de 18 cupos por cada año calendario, y no serán acumulables de un año a otro, si estos cupos no son utilizados.

En todo caso, al término de la vigencia del presente Convenio Colectivo, los referidos cupos expirarán junto con el Convenio Colectivo.

En aquellos años de vigencia del convenio colectivo que no comprendan un año calendario completo, los cupos sindicales se otorgarán en forma proporcional.

Este beneficio es incompatible con cualquier otra indemnización legal o convencional que invoque o que corresponda al trabajador.

Las partes dejan expreso testimonio que este beneficio se imputará, compensará o formará parte de cualquier beneficio similar que se otorgue por ley y/o disposición obligatoria, actual o futura."

De la cláusula transcrita (incisos 1, 2 y 3) no fluye que ésta tenga el efecto de privar al trabajador de impugnar la causal de despido, lo cual requiere una mención expresa ya que se trata de una acción judicial y al momento en que ésta pudo formalizarse, esto es, al firmar finiquito, la trabajadora hizo –por el contrario– expresa reserva de la misma.

A mayor abundamiento, tampoco podría tratarse como una renuncia tácita, desde que no existe prueba que la demandante haya pedido la aplicación del convenio colectivo en lo relativo al "cupo sindical". En efecto, siendo la demandada la que alegó que la trabajadora solicitó acogerse a la cláusula referida del convenio colectivo, correspondía a aquella probar su afirmación, respecto de lo cual no existe evidencia en el proceso. No escapa a la consideración del tribunal que le fuera ncluso solicitada dicha acreditación por su contraparte como exhibición de documento no cumplida (pudiendo perfectamente haberlo obtenido del sindicato respectivo o bien solicitarlo como oficio a la misma entidad como prueba propia de la demandada), por lo que –haciendo efectivo el apercibimiento legal– se tendrá por efectivo que la trabajadora no solicitó acogerse al cupo sindical establecido en el punto 9.1 del Convenio Colectivo.

ORNKRXRRXB

Lo anterior también descarta dar aplicación a la teoría de los actos propios, pues no existe acto contradictorio en la conducta de la demandante, máxime si ella no solicitó ser despedida por necesidades de la empresa, pues como reconoce la propia teoría del caso expuesta por la demandada en su contestación, ello ocurrió por exclusiva decisión empresarial, lo que consta fue refrendado en el texto del formulario de solicitud de cupo sindical (documento N° 7 de la demandada) cuando se deja constancia *"que las desvinculaciones, así como las causales legales invocadas para las mismas, son exclusiva atribución de Banco de Chile".*

DUODÉCIMO: Que, la segunda defensa que planteó la demandada para que se niegue lugar al recargo legal solicitado, consistió en la incompatibilidad del "cupo sindical" y cualquier otra indemnización legal o convencional que correspondiera al trabajador, según lo pactado en la misma cláusula del convenio colectivo ya referida (incisos 6 y 7).

El tribunal discurre en que –desde el punto de vista normativo– el artículo 168 del Código del Trabajo es meridianamente claro en cuanto mandata que cuando se declara injustificada la causal de despido, procede ordenar el pago del recargo detallado en las letras de la misma disposición, por lo que la naturaleza del recargo es sancionatoria, de manera que –atendido el tenor literal de la cláusula ya citada referida a indemnizaciones o beneficios– ésta no resulta aplicable al recargo solicitado en la demanda.

Tampoco obstan a dicha conclusión las alegaciones jurídicas sobre la incompatibilidad alegada. Como primera cuestión se reiterará el carácter imperativo del artículo 168 del Código del Trabajo en cuanto al pago del recargo de la indemnización por años de servicio, sin distinguir entre aquella legal y convencional, por lo que el porcentaje debe calcularse respecto del total de dicha indemnización. Esta interpretación se ve ratificada en el artículo 169 del mismo cuerpo de leyes, el que tampoco distingue la fuente de la indemnización por años de servicio y –en último término– por aplicación del principio pro operario, existiendo más de una interpretación posible debe preferirse la que sea más favorable al trabajador. En segundo lugar, porque los términos utilizados en la cláusula referida no tienen la misma naturaleza que el recargo legal que se pretende excluir, resultando inaplicable a su respecto el artículo 176 del Código del Trabajo.

ORNKRXRRXB

De esta manera, lo estipulado en los inciso 6 y 7 de la cláusula 9.1 del convenio colectivo invocado por la demandada, configura una renuncia anticipada de derechos laborales puesto que considera al “cupo sindical” (que la demandante no invocó pero la demandada sí le aplicó) como incompatible y –por tanto–imputable a cualquier otra indemnización legal o convencional que invoque o que corresponda al trabajador, así como a cualquier otro beneficio similar que se otorgue por ley y/o disposición obligatoria. Lo anterior vulnera derechamente el inciso 2° del artículo 5 del Código del Trabajo, que establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales de los trabajadores mientras subsista la relación laboral, siendo forzoso concluir que la voluntad de los trabajadores manifestada en el convenio colectivo invocado no puede contradecir preceptos normativos que los favorecen, en el caso de autos su derecho a percibir el recargo establecido en el artículo 168 del Estatuto Laboral como consecuencia de la declaración de injustificación del despido.

DÉCIMO TERCERO: Que, en las anotadas circunstancias, deberá darse lugar al recargo del 30% solicitado, el cual debe calcularse respecto al total de la indemnización por años de servicio pagada a la demandante en su finiquito, esto es, sumando los valores indicados en el considerando DÉCIMO por indemnización legal y convencional, lo que totaliza la suma de $19.323.860. Con todo, a fin de evitar incurrir en el vicio de *ultra petita*, el monto otorgado deberá restringirse al solicitado en el libelo, conforme se dirá en lo resolutivo.

DÉCIMO CUARTO: Que en lo relativo al descuento del aporte efectuado por el empleador al fondo de cesantía de la demandante, con mérito en lo actuado en audiencia preparatoria, se tiene por efectivo que dicho aporte alcanzó la suma de $812.947, sin perjuicio de obrar en el proceso el certificado respectivo que lo ratifica..

Sin embargo, no resulta procedente efectuar el descuento de dicho monto respecto de la indemnización por años de servicio, tal como se hizo en el finiquito de la actora, ya que el despido de que fue objeto fue calificado como injustificado en el presente fallo. Al efecto, cabe tener presente que jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, a modo de ejemplo en sentencia de unificación Rol N° 2778-2015, ha puesto de manifiesto que los

ORNKRXRRXB

argumentos aportados por la parte demandante para solicitar la improcedencia del referido descuento tienen asidero legal, por cuanto si bien el artículo 13 de la Ley N° 19.728, señala que: “Si el contrato terminare por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tendrá derecho a la indemnización por años de servicios….. Se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad…”; contemplando la posibilidad de efectuar el descuento del aporte del empleador antes aludido, es innegable también que el legislador en la norma legal antes citada se puso en la situación en que un empleador pusiera termino al contrato de trabajo que lo vinculaba con un trabajador haciendo uso de las causales del artículo 161 antes aludido de manera justificada.

En ningún caso puede pretenderse que sea aceptado por la judicatura laboral que un empleador que a sabiendas que procede al despido de un trabajador en virtud de la causal de necesidades de la empresa, sin justificación alguna, como ocurrió en el caso de autos de conformidad al mérito de los considerandos precedentes, pueda además beneficiarse con una franquicia que le otorgó el legislador en un texto especial. Y así fue resuelto en el fallo de unificación de jurisprudencia citado, advirtiendo que se estaría “validando un aprovechamiento del propio dolo o torpeza”, cuestión proscrita como principio general del derecho, por lo que se procederá a acoger la solicitud de la parte actora en cuanto se declara la improcedencia del descuento del aporte al AFC respecto de su indemnización por años de servicio, ordenando su reintegro.

DÉCIMO QUINTO: Que la prueba ha sido analizada conforme las reglas de la sana crítica y el restante material probatorio en nada altera lo resuelto precedentemente.

DÉCIMO SEXTO: Que no se condenará a la demandada al pago de las costas de la causa por no resultar completamente vencida y estimar que litigó con motivo plausible.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1 a 11, 161, 163, 168, 169, 172, 177, 415, 420, 423, 425 a 432, 434 a 438, 440 a 459,

ORNKRXRRXB

todos del Código del Trabajo, y artículos 13 y 52 de la Ley Nº 19.728; se resuelve:

I.- Que **se acoge, sin costas, la excepción de finiquito** opuesta por la demandada respecto a la última remuneración percibida por la actora.

II.- Que se **acoge íntegramente la demanda** interpuesta por JESSICA ARLETTE CHÁVEZ DORREGO en contra de BANCO DE CHILE, y –en consecuencia– se declara:

A.- Que la decisión de despedir a la actora con fecha 27 de febrero de 2020 resulta injustificada.

B.- Que, en consecuencia, la demandada deberá pagar a la demandante $3.630.000 por concepto de recargo legal sobre la indemnización por años de servicio y $812.947 por concepto de devolución del descuento del aporte a la AFC realizado por la demandada en el finiquito.

III.- Que las sumas antes referidas **serán reajustadas y devengarán intereses** de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

IV.- Que cada parte pagará sus costas.

Ejecutoriada que sea la presente sentencia, cúmplase lo resuelto en ella dentro de quinto día y –en caso contrario– dése inicio a su ejecución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 462 del Código del Trabajo.

Anótese, regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

RIT O-1810-2020.

RUC N° 20-4-0257634-1.

Dictada por Víctor Manuel Covarrubias Suárez, Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

VICTOR MANUEL
COVARRUBIAS SUAREZ
Fecha: 22-10-2020 09:58:44 UTC-4

ORNKRXRRXB

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