

Santiago, nueve de octubre de dos mil diecinueve.

**VISTO:**

En estos autos Rit T-1769-2018, seguidos ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de esta ciudad, caratulados “Mena con Central de Compras La Calera S.A”, por sentencia de veintisiete de mayo del año en curso, en lo que interesa, se rechazó la demanda en cuanto solicitó la declaración de que durante ciertos meses, lo pagado como asignación de movilización corresponde a un incentivo por ventas, con la subsecuente condena del demandado a la sanción que contempla el artículo 162 del Código del Trabajo respecto de dicha partida. Asimismo, el referido fallo hizo lugar a la pretensión en cuanto ordenó el pago de la suma de \$1.066.928 por concepto de semana corrida devengada entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 y, como consecuencia de dicha determinación, acogió la nulidad del despido.

En contra de este fallo ambas partes dedujeron recurso de nulidad, invocando el actor la causal del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo y el demandado aquella del artículo 477 del mismo código, en la hipótesis de infracción de ley.

Declarado admisible el arbitrio, se escuchó a los abogados que, en su oportunidad, concurrieron a la vista de la causa.

**CONSIDERANDO:**

**I- EN CUANTO AL RECURSO DEDUCIDO POR LA DENUNCIANTE:**

1º.- Que se dice por la demandante que el fallo vulneró las reglas de la sana crítica, al apartarse de las máximas de la experiencia, atendido que si bien el contrato de trabajo establece en su cláusula cuarta letra g) que la empresa otorgará una asignación por gasto de movilización sujeta a rendición, sin embargo el demandado no cumplió con la exhibición solicitada respecto de la rendición de esos gastos, en original, con la inclusión de todas las boletas o facturas de los meses de marzo de 2017 y junio y julio de 2018, debidamente suscritas. En consecuencia se conculcaron las máximas de la experiencia, por cuanto conforme a los argumentos de las partes, la asignación de movilización



depende de las rendiciones que haga el trabajador, pero en la audiencia de juicio la contraria no exhibió los documentos que contrastados con las liquidaciones de remuneraciones que registran el pago por concepto de asignación de movilización mensual por la suma de \$130.000; rebeldía que permite concluir que se modificó tácitamente el contrato a dicho monto fijo, sin necesidad de rendición para acceder a ella, por lo que las diferencias de los meses en cuestión demuestran una remuneración encubierta – incentivo por ventas – cuestión que es habitual en los empleadores, tal como se desprende de las máximas de la experiencia.

2º.- Que no puede olvidarse que, como toda nulidad, este arbitrio también responde al imperativo de la relevancia, en el sentido que no basta la verificación de un vicio para disponer la invalidación de un fallo. Esto que se dice está expresado en el mismo artículo 478 del Código del Trabajo, cuando allí se indica que “No producirán nulidad aquellos defectos que no influyan en lo dispositivo del fallo...”. Ello significa que la labor del recurrente no se agota en la sindicación del vicio sino que comprende también el deber de demostrar la incidencia que tiene en la decisión.

3º.- Que en este sentido, a la luz de la materia específica que ataca el recurso y que apunta exclusivamente a la declaración de la nulidad de despido a propósito del no pago de las cotizaciones de seguridad social por parte del bono de movilización que entiende el recurrente debe considerarse dentro de su remuneración, la que en último término estaría encubierta bajo la referida asignación, debe decirse cualquiera sea la resolución en esta materia, esto es si forma o no parte de la remuneración, el resultado en ningún caso conlleva el pretendido por el actor, según se pasa a explicar en coherencia con el recurso del demandado.

## **II.- En cuanto al recurso deducido por la demandada:**

3º.- Que la empresa sostiene que la sentencia interpretó incorrectamente el artículo 162 del Código del Trabajo, por cuanto la sanción que contempla dicha disposición ha sido prevista para el empleador que ha efectuado la retención y no entera los fondos en el



organismo respectivo, es decir, que no ha cumplido su rol de agente intermediario y ha distraído los dineros que no le pertenecen en finalidades distintas de aquellas para las cuales fueron retenidos. Luego, tal disposición no resulta aplicable cuando a través de la sentencia se determina que la remuneración del trabajador es superior a la efectivamente pagada y respecto de cuya diferencia establecida en su favor no se ha retenido ni enterado las cotizaciones previsionales, que es justamente lo que ocurre en el caso de autos.

4°.- Que como se sabe la causal de nulidad en examen, exige mantener inalterables los hechos asentados en el proceso, pues a través de ella se pretende exclusivamente determinar la correcta aplicación de las normas al supuesto fáctico propuesto en el fallo.

5°.- Que en este sentido, la sentencia de base concluyó que la trabajadora demandante tenía derecho al pago de la semana corrida por el periodo reclamado, tal como se lee en el motivo 12° de la misma, ordenando consecuentemente a la demandada satisfacer dicha acreencia. Acto seguido, reconoció que por dicho rubro no se había enterado lo correspondiente a las cotizaciones de seguridad social, de manera que además de disponer su entero en las instituciones respectivas, aplicó por ese diferencial declarado la sanción que contempla el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo.

6°.- Que como se avizora, no se discute mediante el arbitrio del demandado la procedencia del pago de la semana corrida a que tenía derecho la actora, sino exclusivamente la aplicación por dicho concepto de la llamada Ley Bustos.

En este punto debe señalarse que de los incisos quinto a séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo, se desprende que la ley impone al empleador la obligación de que al momento del despido se encuentren pagadas las cotizaciones previsionales correspondientes al mes anterior a aquél en que se produjo la desvinculación.

7°.- Que, en el caso en estudio, fue materia de la controversia si era procedente el pago del beneficio de la semana corrida respecto del periodo reclamado, dilucidándose solo a través de la sentencia recurrida el derecho de la trabajadora a percibir tal estipendio, de



manera que antes de aquello, no concurría la circunstancia esencial para la aplicación de la hipótesis a que se viene en aludir, esto es, que el empleador hubiera retenido parte de las remuneraciones de la dependiente sin enterarlas en el ente de seguridad social respectivo, que constituye justamente el fundamento jurídico para aplicar la sanción que contempló el legislador, en atención a su carácter de agente retenedor.

8°.- Que, por consiguiente, no cabe duda que la naturaleza de la nulidad del despido de una sanción, lo que impone que su interpretación debe ser apegada al tenor de la norma, esto es de manera restrictiva, para los casos expresamente previstos en la misma.

En este entendido, cabe traer a colación que el artículo 17 del Decreto Ley 3.500 obliga al empleador a efectuar las retenciones de las cotizaciones y el artículo 19 del mismo texto, obliga a declararlas y enterarlas para cuyo efecto deberá deducirlas de las remuneraciones del trabajador, debe examinarse la situación del empleador que no ha retenido las cotizaciones previsionales. En este sentido, la presunción de derecho del artículo 3° de la Ley N° 17.322 está establecida para otro fin, pues mira exclusivamente los efectos del artículo anterior, es decir, aquel que se refiere a las facultades de los jefes de la institución previsional, en general, para dictar resoluciones a las que el artículo 4° asigna mérito ejecutivo y en que ha tenido que determinarse el monto de las imposiciones adeudadas por los empleadores y que no hubieren sido enteradas oportunamente, descontadas o que no lo fueron debiendo serlo. Siempre desde esta perspectiva, demostración de lo anterior es que el artículo 19 del citado Decreto Ley señala que será aplicable esa norma -artículo 3° de la Ley 17.322- entre otras, al cobro de las cotizaciones, reajustes e intereses adeudados a una Administradora de Fondos de Pensiones, incluso las sanciones penales establecidas en dicho cuerpo legal para los empleadores que no consignen las cotizaciones que hubieren retenido o debido retener. Sabido es que en materia penal, no puede presumirse de derecho la responsabilidad y por tanto el hecho de la retención. Tanto así que, para sancionar penalmente al empleador con las penas del artículo 467



del Código Penal, se requiere que éste distraiga o se apropie el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador. En otras palabras, la finalidad en el Decreto Ley 3.500 está dada en relación al cobro de las cotizaciones por parte de una AFP.

9°.- Que en concordancia con lo razonado, el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo, ordena pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo, durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación al trabajador, a que se refiere el inciso sexto, o sea, la comunicación del hecho del pago de las imposiciones morosas. Para enterarlas ha debido el empleador retenerlas, porque esa es una de las obligaciones que establece la ley, según se ha visto; de lo contrario estará sujeto en el cobro mismo por las instituciones correspondientes a la presunción de derecho señalada, pero ninguna norma permite que sin la retención de las cotizaciones correspondientes –lo que puede ocurrir en varias hipótesis- se aplique esta sanción consistente en el pago de remuneraciones entre la fecha del despido- que para estos efectos no pone fin al contrato de trabajo- y la fecha de convalidación, lo cual se encuentra en el inciso sexto en relación con el inciso quinto del mismo precepto legal.

10°.- Que del contexto normativo relacionado, forzoso es concluir que la sentencia al disponer la sanción en comento, aplicó erróneamente el artículo 162 del Código del Trabajo a los hechos asentados, pues no cabía en la especie su consideración, yerro que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en tanto se acogió una pretensión que debió desestimarse.

11°.- Que como corolario de lo que se viene diciendo, corresponde desestimar el recurso del demandante y admitir el del demandado.

Por estas razones y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 477 a 482 del Código del Trabajo, se declara:

I.- Que **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la parte demandante contra la sentencia definitiva de veintisiete de mayo último,



recaída en la causa RIT T-1769-2018 del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de esta ciudad;

**II.-** Que **se acoge** el arbitrio de la demandada respecto del referido fallo, el que se anula y se reemplaza por el que se dicta a continuación pero sin nueva vista;

**III.-** Que cada parte pagará sus costas.

**Se previene que la ministra Leyton Varela** si bien concurre a la decisión de rechazar el recurso de nulidad que dedujo el actor, no comparte los motivos 2º y 3º del fallo de nulidad, pues en su opinión y entrando derechamente en la causal interpuesta, cabía rechazarla por considerar exclusivamente que esta no se configura, en tanto a pesar de denunciarse la vulneración de las reglas de las máximas de la experiencia, lo que hace es revelar una disconformidad con la decisión recurrida, en tanto el sustento de esa regla pasa exclusivamente por una opinión de parte que no se centra en el razonamiento que en esta materia entrega el fallo, pues este apunta exclusivamente a la ausencia de prueba, en tanto la cláusula que contempla el pago del bono por movilización no determina un monto fijo sino uno que depende de la ruta asignada, por lo que la ausencia de exhibición por parte de la empresa de la documental justificante de los gastos de movilización resulta inocua para el efecto requerido, pues ellos por sí solos no permiten demostrar la modificación tácita del contrato que en la materia se enarbola.

Asimismo, la decisión de acoger el recurso del demandado fue acordado **con el voto en contra de la ministra Leyton**, pues en su concepto cabía desestimarlos, en tanto no ha existido una errónea aplicación del artículo 162 del Código laboral. Para ello, tiene en consideración lo siguiente:

Uno) Que el Código del Trabajo, en su capítulo VI del Título I del Libro I, contiene una serie de normas destinadas a proteger las remuneraciones. Así, el artículo 58, impone, entre otras, la siguiente obligación: “El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social”.

Tal descuento a la remuneración de un trabajador para los efectos de la seguridad social, es obligatorio según lo estipula el artículo 17 del



Decreto Ley 3.500. Además, el mismo cuerpo legal al determinar el nuevo sistema de pensiones, en su artículo 19 estipula que: “Las cotizaciones establecidas en este Título deberán ser declaradas y pagadas por el empleador en la Administradora de Fondos de Pensiones a que se encuentre afiliado el trabajador, dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones y rentas afectas a aquéllas”. El inciso 2° de la misma disposición agrega: “Para este efecto, el empleador deducirá las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador y pagará las que sean de su cargo”.

Dos) Que como es advertible, la cotización previsional es un gravamen que pesa sobre las remuneraciones de los trabajadores, que es descontado por el empleador con la finalidad de ser enterado ante el órgano previsional al que se encuentren afiliados sus dependientes, junto al aporte para el seguro de cesantía que le corresponde a él mismo sufragar, dentro del plazo que la ley fija.

Tres) Que, de esta manera, la naturaleza imponible de los haberes los determina la ley y que se presume por todos conocida, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8° del Código Civil, de modo que el estipendio adeudado derivado del beneficio de la semana corrida siempre revistieron dicho carácter, lo que lleva a sostener que el empleador debe hacer las deducciones pertinentes y enterarlas en los organismos previsionales respectivos y al no cumplir con esta exigencia se hace acreedor de la sanción establecida en el artículo 162, incisos 5°, 6° y 7°, del Código del Trabajo que no distingue si ha existido o no retención.

Tal conclusión por lo demás se condice con la naturaleza del fallo que se examina, que no viene a constituir derechos sino a declarar mediante la constatación una situación preexistente, de manera que solo cabe afirmar que la obligación se encontraba vigente desde que se generó el beneficio que se cobra en este juicio.

Cuarto) Que, en este contexto, conforme a lo razonado en la sentencia de la instancia, el empleador no dio cumplimiento a la obligación establecida en el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, de modo que corresponde aplicar la sanción que la misma contempla, esto es, el pago de las remuneraciones y demás prestaciones



del trabajador que se devenguen desde la fecha del despido hasta la fecha de su convalidación, mediante el entero de las cotizaciones adeudadas en relación con la semana corrida.

Regístrese y comuníquese.

Redactó la ministra Lilian Leyton Varela.

No firma el ministro señor Vázquez, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y del acuerdo, por ausencia.

Rol N° 1715-2019

MARISOL ANDREA ROJAS MOYA  
MINISTRO  
Fecha: 09/10/2019 13:52:36

LILIAN ATENAS LEYTON VARELA  
MINISTRO  
Fecha: 09/10/2019 13:55:49





Pronunciado por la Duodécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Marisol Andrea Rojas M., Lilian A. Leyton V. Santiago, nueve de octubre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a nueve de octubre de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 08 de septiembre de 2019, 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>

Santiago, nueve de octubre de dos mil diecinueve.

En cumplimiento a lo ordenado en el artículo 477 del Código del Trabajo, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTO:

De la sentencia invalidada se mantienen sus citas legales, su parte expositiva y considerativa, con excepción del considerando 13°, que se elimina.

Y teniendo además presente lo razonado en los motivos 3° a 9° de fallo de nulidad, a los que cabe remitirse para evitar repeticiones innecesarias, se declara:

I.- Que no se hace lugar al apercibimiento del artículo 453 N° 5 del Código del Trabajo, respecto de los instrumentos no exhibidos por la demandada.

II.- Que se rechaza la denuncia de tutela laboral.

III.- Que se acoge la demanda subsidiaria y siendo injustificado el despido de que fue objeto la demandante con fecha 3 de octubre de 2018 por la causal de necesidades de la empresa del artículo 161 del Código del Trabajo, se condena a la demandada al pago de la suma de \$625.438 por concepto de recargo legal del 30% a la indemnización por años de servicios, de acuerdo a lo previsto en la letra a) del artículo 168 del Código del Trabajo.

IV.- Que no procede el descuento por parte del empleador por aporte al Seguro de Cesantía y se ordena la restitución al trabajador de la suma de \$381.749.

V.- Que no procede el denominado descuento en el finiquito denominado anticipo año de servicio por lo que se ordena a la demandada el pago de la suma de \$820.656 por dicho concepto.

VI.- Que se acoge la demanda en cuanto se solicita el pago de la suma de \$1.066.928 por concepto de remuneraciones de semana corrida no pagadas en el periodo comprendido entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018.

VII.- Que se rechaza la demanda en lo demás pedido.



VIII.- Que las sumas que esta sentencia ordene pagar se reajustarán y devengarán intereses de acuerdo a lo previsto en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

IX.- Que cada parte pagará sus costas.

Acordada la decisión de rechazar la acción de nulidad del despido respecto del monto no pagado por concepto de semana corrida, con el voto en contra de la ministra Leyton Varela, quien fue de opinión de acoger tal pretensión, en virtud de los fundamentos expresados en el voto en contra de la sentencia de nulidad.

Regístrese y comuníquese.

Redactó la ministra Lilian Leyton Varela.

No firma el ministro señor Vázquez, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y del acuerdo, por ausencia.

Rol N° 1715-2019

MARISOL ANDREA ROJAS MOYA  
MINISTRO  
Fecha: 09/10/2019 13:52:37

LILIAN ATENAS LEYTON VARELA  
MINISTRO  
Fecha: 09/10/2019 13:55:55



Pronunciado por la Duodécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Marisol Andrea Rojas M., Lilian A. Leyton V. Santiago, nueve de octubre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a nueve de octubre de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 08 de septiembre de 2019, 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>