

Santiago, nueve de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS:

PRIMERO: Que comparece el **SINDICATO NACIONAL DE VIGILANTES DE LA EMPRESA DE LOS FERROCARRILES DEL ESTADO AFINES Y CONEXOS**, don Claudio Arturo Rosales Cancino, ambos con domicilio para estos efectos en Agustinas 1442, oficina 402, torre A, comuna de Santiago, quien interpone denuncia por Prácticas Antisindicales en Procedimiento de Tutela Laboral en contra de la **EMPRESA DE FERROCARRILES DEL ESTADO**, representada legalmente por don Patricio Pérez Gómez, ambos con domicilio en Morande N° 115, comuna de Santiago, por haber incurrido en actos constitutivos de práctica antisindical, al atentar contra la libertad sindical, de conformidad a los fundamentos de derecho y de hecho que se exponen en su libelo, que se tienen por expresamente reproducidos.

Expone que el Sindicato denunciante es una organización sindical que se constituyó en 1989, y que tiene como afiliados a trabajadores que se desempeñan como vigilantes privados de la empresa denunciada. La actual directiva sindical se encuentra compuesta por el recurrente, como presidente, junto a Humberto Aroca Suarez como tesorero, y Guillermo Vivanco Garabito como secretario, todos por un periodo desde el 7 de enero de 2020 al 7 de enero de 2022.

Respecto del secretario del Sindicato expone que se desempeña como Vigilante Privado desde el año 1986, funciones que desempeña en la Estación de Ferrocarriles de la ciudad de Victoria en la Región de la Araucanía, encontrándose afiliado a la organización sindical desde 1989 y ha sido electo como dirigente sindical desde 2018, por lo que no se puede alegar por la empresa el desconocimiento de su calidad de dirigente sindical.

La jornada ordinaria de trabajo hasta antes de febrero de 2020, de acuerdo al contrato de trabajo era de 45 horas semanales, distribuidas de lunes a domingo con un día de descanso semanal, mediante un sistema de turno rotativo que se detalla a continuación:

- a) de 7 a 15.00 horas con 30 min de colación incluida.
- b) de 15.00 a 23.00 horas con 30 min de colación incluida.



c) de 23.00 a 7.00 con 30 min de colación incluida.

Sin embargo, sostiene que en la práctica desde hace más de 5 años se trabajaba principalmente en turnos nocturnos, y luego desde enero de 2019, realizaba exclusivamente turnos nocturnos desde las 23:00 horas hasta las 07:00 horas y, dado que Guillermo Vivanco realizaba turno nocturno, tenía derecho al pago de ciertos bonos de manera periódica en virtud de su contrato individual y colectivo de trabajo suscrito entre la empresa demandada y los Sindicatos de Trabajadores N°1 Santiago, N°1 San Bernardo y Sindicato Nacional de Vigilantes, siendo este último el sindicato al cual pertenece Guillermo Vivanco, los que corresponden a los siguientes:

a) BONO TURNO NOCTURNO: Se pacta un bono por trabajo en el turno Nocturno equivalente a un 0.18% del sueldo base del trabajador, por cada hora en turno de noche efectivamente trabajado. Se considera Turno Nocturno el que se desarrolla entre las 23.00 y las 07.00 horas del día siguiente. El personal cuya jornada abarque turno diurno y nocturno, tiene derecho al pago del Bono Nocturno en forma proporcional a las horas correspondientes a su jornada ordinaria que cubran el horario ya indicado.

Además, este bono será pagado en los días de descanso que corresponda, siempre que el trabajador haya cumplido la totalidad de su jornada semanal en horario nocturno. En caso de feriado legal y licencia médica, se promedia el pago del bono percibido en los últimos tres meses. Por último, en caso de que prolonguen sus labores más allá de la jornada ordinaria nocturna o mixta señaladas, tendrán derecho a horas extraordinarias considerando en la base del cálculo el monto de la asignación nocturna a que tienen derecho por la jornada nocturna o mixta trabajada.

b) BONO DE UBICABILIDAD: consiste en la obligación del trabajador de permanecer ubicable dentro del radio urbano de su residencia funcionaria, validada por la jefatura directa, por un monto de \$3.870.- pesos diarios, que se paga en relación a los días efectivos en que el trabajador debe permanecer ubicable para la empresa, los cuales no pueden superar los 15 en un mes.



c) HORAS EXTRAORDINARIAS Y ESTADO DE PAGO DE LAS MISMAS:

Desde que se incorporó a la empresa Guillermo Vivanco ha debido realizar horas extraordinarias, las que constituyen gran parte de su remuneración, eso, hasta febrero de este año, donde derechamente ya no se le asignan más horas extraordinarias, mermando su capacidad económica hasta el momento. Esas horas extraordinarias no revisten el carácter de temporal como exige la ley, y además, sobrepasaban con creces el tope diario máximo fijado por ley -2 horas al día-. Ahora, junto con esos incumplimientos –horas extras permanentes que superaban el máximo legal-, el empleador, durante todo el tiempo de la relación laboral no ha dado cumplimiento al pago de cotizaciones de seguridad social por las horas extras trabajadas.

Alega que las asignaciones que se vieron más disminuidas fueron las horas extraordinarias y el bono por turno nocturno o asignación nocturna ya que unilateralmente dejaron de pagarlo, según calculo que en tabla Excel acompaña.

Al efecto sostiene que en el mes de febrero de 2020 unilateralmente la empresa informó el cambio de jornada, la que se modifica a turno día de 08:30 a 16:30 de lunes a sábado. El vigilante recibe un correo electrónico con fecha 2 de febrero de 2020 del Jefe Zonal de Vigilantes Privados de Rancagua- Chillán, don Víctor Sanhueza Orellana, quien le indica la modificación del turno además que ya no tendría horas extraordinarias, bono nocturno y bono de ubicabilidad. Dicha modificación unilateral del contrato fue advertida a la jefatura, quien no hizo eco de las alegaciones de Guillermo Vivanco. El trabajador denunció a la empresa de dicha modificación unilateral ante la Inspección del Trabajo de Victoria con fecha 25 de febrero de 2020, emitiéndose informe de fiscalización el día 25 de marzo de 2020, donde se constata la modificación unilateral del contrato de don Guillermo Vivanco, cursándose multa para la empresa. Además se multa a la empresa por no consignar por escrito modificaciones al contrato de trabajo y no exhibir toda la documentación necesaria para realizar las labores de fiscalización.

De las conclusiones alcanzadas por la Dirección del Trabajo, alega que no solo se refleja la modificación unilateral del contrato de trabajo y el consecuente perjuicio económico, sino que también en la transgresión por parte de la empresa



a la imposibilidad de a ejercer el ius variandi respecto de don Guillermo Vivanco, quien desde enero de 2020 es secretario del sindicato, no pudiendo desconocer su trayectoria como dirigente sindical. El perjuicio económico se refleja en El promedio de pago de horas extraordinarias de los 6 meses anteriores a la modificación unilateral es de \$75.880.- por su parte, el promedio de pago de la asignación nocturna por igual lapso de tiempo es de \$250.193.-, montos muy significativos para cualquier trabajador.

Expone que esta arbitrariedad en la decisión de la empresa, de modificar unilateralmente el contrato de trabajo, perjudica al dirigente sindical económicamente y además se afecta la libertad sindical, pues se ejerce sobre él una facultad que el legislador ha prohibido expresamente, como lo es modificar el contrato de quien trabajadores y trabajadoras que sean dirigentes sindicales.

La modificación del turno, a un horario de día a menoscabado la capacidad económica de Guillermo y a su vez ha afectado a la organización sindical toda vez que quienes se encuentran afiliados temen que ellos sufran modificaciones unilaterales, sin contar con la protección del fuero con que cuenta el dirigente sindical. Asimismo, es una clara señal de no respetar los derechos de las organizaciones sindicales, razón por la que si no se reclama mediante esta denuncia, todos los dirigentes nos vemos, eventualmente, expuestos a modificaciones unilaterales sin respetar nuestros derechos. La jurisprudencia nacional ha señalado la prohibición que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, en ese sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol 1455-2019.

Culmina solicitando acoger la denuncia y ordenar las medidas reparatorias y declaraciones que indica en el petitorio de la demanda.

SEGUNDO: Que la empresa denunciada contestó la demanda, solicitando que ésta fuese rechazada en todas sus partes, con costas, negando cada uno de los hechos enunciados en el libelo como constitutivos de una eventual conducta de su representada contraria a la libertad sindical, sin perjuicio de sostener que en el libelo no han sido expuestos indicios suficientes que permitan sostener la configuración de una conducta de practica antisindical. Asimismo, reconoce que el



Sr. Guillermo Vivanco Garabito ingresó a prestar servicios para su representada el 30 de octubre de 1986, desempeñándose actualmente en calidad de Vigilante Privado en la estación de Victoria y que con fecha 7 de enero de 2020 el Sr. Guillermo Vivanco adquirió la calidad de Secretario del Sindicato Nacional de Vigilantes de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, Afines y Conexos.

Alega que si se revisa detenidamente el contenido de las 17 páginas en que se funda la demanda por práctica antisindical se podrá advertir que la única base sobre la cual se sostiene resultaría ser un proceso de multa administrativa cursado por Inspección del Trabajo de Victoria, que con fecha 25 de marzo de 2020 multó a su representada por estimar que respecto el Sr. Guillermo Vivanco Garabito se verificaban 3 incumplimientos a la normativa laboral, cuyo detalle es el siguiente:

-No dar cumplimiento al contrato de trabajo al alterar unilateral y discrecionalmente el horario de trabajo -distribución de la jornada a contar del mes de febrero de 2020.

-No consignar por escrito en el contrato de trabajo o en documento anexo la modificación de la estipulación referida a horario trabajo-distribución de la jornada.

-No exhibir toda la documentación exigida que deriva de las relaciones de trabajo (registro de control de asistencia de febrero y marzo de 2020).

En dicha instancia no se constatan infracciones a la libertad sindical o la existencia de un menoscabo económico para el Sr. Vivanco a diferencia de lo que se sostiene en la demanda. Finalmente, hace presente que respecto de la multa N° 7467/20/5 su representada interpuso recurso de reconsideración administrativa con fecha 9 de junio de 2020 encontrándose pendiente de resolución ante dicho organismo aún, de modo que no puede servir de base para esta acción. Adicionalmente, si bien la demandante esgrime en su favor que mi representada habría infringido el artículo 289 del Código del Trabajo, no indica en forma alguna de forma o manera se verificó en la especie la supuesta acción que resulta ser atentatoria contra la libertad sindical.

Expone que el Sr. Vivanco, hasta el día 7 de enero del año deberá acreditar que tenía la calidad de dirigente sindical, y se encontraba amparado por fuero ya que prestaba servicios de forma normal en la Estación de Victoria, lugar en donde



su representada se encontraba a cargo de la administración en materia de seguridad de dicho recinto, lo cual se verificó hasta el mes de diciembre de 2019, por cuanto en esa época fue aprobado el nuevo plan de seguridad de la señalada estación, el cual implicó que a contar de enero del año 2020 estaría cargo de la filial de EFE, denominada FESUR, esto es, Ferrocarriles del Sur. Cabe indicar en este punto, que a fines del año 2007, EFE como una manera de mejorar y transparentar su gestión, entra en un proceso de reestructuración, en el que destaca la regionalización de la compañía. En diciembre de ese año la administración concluye, basado en una serie de estudios realizados por expertos en materias de transporte, crear una filial en la región del Biobío, cuya misión sería administrar los trenes de pasajeros en el sur del país y que corresponde a Fesur.

Es preciso indicar, que por resolución N°11 de fecha 2 de diciembre de 2019, la Prefectura de Malleco de Carabineros de Chile, aprobó el plan de seguridad presentado por la empresa FESUR para la administración de la seguridad en la Estación de Victoria. Lo anterior, se debió a una mayor situación de vulnerabilidad existente en la zona en el último tiempo lo que permitiría dar una mayor protección resguardo a las personas, bienes muebles e inmuebles. Estas nuevas medidas de seguridad requeridas por la autoridad respectiva, en la práctica significaron para FESUR implementar lo siguiente:

- Mantener servicios permanentes de seguridad conformada por vigilantes las 24 horas del día, todos los días del año;

- Que los Vigilantes realizaran rondas constantes por el andén, oficinas, vía férrea y otras áreas sensibles de la instalación, con el propósito de detectar y neutralizar la presencia de extraños y/o sospechosos al interior de la instalación.

- Patrullajes esporádicos de la vía férrea con vigilantes privados acreditados y autorizados en conformidad a las decisiones operativas y administrativas correspondientes con el propósito de impedir su ocupación ilegal, actos vandálicos, barricadas, robos de equipos, partes y piezas y en definitiva, todo tipo de ilícitos que afecten su habitual y continuo funcionamiento.



- Coordinar y solicitar a Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones patrullajes preventivos, en especial durante las horas de la noche, madrugada y particularmente los fines de semana.

De acuerdo con lo anterior, en definitiva la administración de la seguridad en la Estación de Victoria cambio a manos de la empresa FESUR y en la cual se implementaron nuevas medidas de seguridad en base al plan aprobado por la autoridad respectiva el cual incluyó la realización de nuevos turnos con nuevos trabajadores. Señala que todos los trabajadores de su representada, a excepción del Sr. Vivanco, que prestaban servicios en la Estación de Victoria fueron reubicados en la Estación de Temuco durante el mes de enero de 2020, el cual aún mantiene administración de EFE en materia de seguridad y que permitió el traslado de todos sus trabajadores.

Alega que el Sr. Vivanco recién en enero del año 2020 adquirió la condición de dirigente sindical al haber sido electo Secretario del Sindicato demandante, proceso que coincidió con la implementación del cambio de administración de la empresa que controlaría la Estación de Victoria en lo relativo a temas de seguridad, saliendo EFE de la misma y pasando a depender única y exclusivamente de FESUR. Durante el año 2019, la jornada habitual de trabajo del Sr. Vivanco (45 horas semanales distribuidas de lunes a domingo) era desde las 23:00 horas hasta las 07:30 horas del día siguiente.

Con motivo del cambio de administración de seguridad en la Estación de Victoria, se le ofreció al Sr. Vivanco - al igual que al resto de los trabajadores de EFE - que se trasladaran a la Estación de Temuco, pero éste no aceptó, producto de lo cual, y atendido a su fuero, la empresa debió modificarle el horario y jornada de trabajo para poder mantenerlo en la Estación de Victoria, pasando a ser ahora un Vigilante Privado (sin porte de armas y sin utilización del uniforme respectivo), ya que como la seguridad está a cargo de otra empresa, EFE no se encuentra autorizada a tener personal portando armas, pues no existe autorización del OS-10 de Carabineros de Chile para ello, de acuerdo a la Ley de Seguridad Privada (Decreto N° 867 de fecha 13 de junio de 2017 que dicta reglamento sobre nuevos



estándares para personas, personal y empresas que reciben servicios o realizan actividades de seguridad privada, y modifica decretos que indica).

Este cambio solamente fue implementado respecto del Sr. Vivanco en el mes de febrero de 2020, al retornar de su feriado anual y se debe a un hecho ajeno a EFE que consiste en el cambio de la empresa a cargo de la seguridad en la Estación de Victoria, todo lo cual fue debidamente informado al Sr. Vivanco, quien rechazó el cambio de lugar de trabajo ofrecido por la empresa, la cual se vio a obligada, en aras a respetarle el contrato proceder a modificarle su horario y jornada de trabajo, máxime si en esa época es el único trabajador de EFE que se encuentra prestando servicios en la mencionada estación.

Alega también que la parte demandante plantea una relación de hechos totalmente falsa, tergiversada y tendenciosa, lo cual es necesario rectificar. El detalle de los beneficios que se le habrían restado al Sr. Vivanco no es correcto, por cuanto basta señalar el bono de ubicabilidad que se menciona, no le había sido pagado en al menos los últimos 6 meses del año 2019. A mayor abundamiento, la mirada que otorga la parte demandante es tendenciosa hacia su demanda, porque no basta con decir que se le ha producido un perjuicio económico al Sr. Vivanco por el simple hecho de que al no poder realizar trabajos nocturnos no es acreedor al pago de determinados bonos establecidos por Convenio Colectivo. Para ello hay que tener una mirada más general, para establecer que basta con revisar el total de remuneraciones que percibió el Sr. Vivanco de forma previa a la supuesta modificación unilateral, para apreciar que no existe perjuicio económico conforme al siguiente detalle:

Septiembre 2019: \$1.223.180

Octubre 2019: \$1.182.157

Noviembre 2019: \$1.130.995

Diciembre 2019: \$1.253.054

Enero 2020: \$1.172.665

Febrero 2020: \$1.295.497

Marzo 2020: \$1.363.238



De acuerdo con la tabla antes transcrita, durante ese periodo (septiembre de año 2019 a marzo de 2020) resulta curioso, al menos, que se pretenda señalarle al Tribunal que existe un perjuicio económico para el Sr. Vivanco, cuando posterior al supuesto cambio “unilateral” de jornada, este recibió los dos mayores ingresos mensuales en el período que abarca los últimos 7 meses. Jamás la empresa ha dejado de cumplir con sus obligaciones de acuerdo con la legislación vigente y si efectivamente no hubo pago de cotizaciones sobre el tiempo trabajado fuera de la jornada ordinaria, fue porque se ciñó única y estrictamente al criterio que mantuvo por más de 20 años vigente la Dirección del Trabajo respecto de la ininponibilidad de las horas extraordinarias.

TERCERO: Que celebrada la audiencia preparatoria con fecha 29 de julio de 2020, las partes fueron llamadas a conciliación, la que no prosperó. Luego en audiencia celebrada con fecha 12 de agosto de 2020, fue fijado como hecho no controvertido el siguiente: “La existencia de relación laboral entre la demandante y la demandada desde el año 1986 como vigilante privado en la estación de Victoria.”.

Asimismo, fue recibida la causa a prueba, fijándose los siguientes hechos a probar:

- 1) Fecha desde la cual el demandante dirigente sindical
- 2) Jornada que debía de cumplir el demandante antes de los hechos que señala en la demandada y con posteridad a los mismos razones de dicho cambio de jornada.
- 3) Remuneración pactada y efectivamente percibida por el demandante previo al cambio de la jornada indicada en la demanda y la remuneración posterior a dicho cambio.

CUARTO: Que para acreditar sus pretensiones la parte denunciante incorporó y rindió los siguientes medios probatorios:

-Documental:

- 1) Set (32) de Liquidaciones de remuneración de diciembre 2017 a julio 2020.
- 2) Caratula de informe de fiscalización, emitido por la Dirección del Trabajo



de Victoria, n°29, junto a su informe de exposición.

3) Informe de Exposición de Dirección del Trabajo, Inspección N°44 año 2020.

4) Certificado de vigencia de la organización sindical.

5) Set (8) Copias de correos enviado por Guillermo Vivanco a Víctor Sanhueza, abril a junio 2020

6) Pauta de servicio Estación Victoria, mayo 2020

7) Copia de Carta de desafiliación, emitido por Isapre Cruz Blanca, de 28 de mayo de 2020

8) Copia de Certificado de afiliación de Guillermo Vivanco Garabito a Fondo Nacional de Salud grupo D, emitido por FONASA, de 01 de julio de 2020.

-Confesional: Absolvió posiciones don Juan Carlos Valenzuela Aguirre, en su calidad de representante legal de la empresa denunciada en la audiencia de juicio respectiva.

-Testimonial: Prestó declaración en calidad de testigo don José Pastenes Espinoza, de conformidad al registro de audio respectivo.

-Oficio: Fue incorporada respuesta de oficio dirigido a la Inspección del Trabajo, según consta del registro de audio respectivo.

QUINTO: Que para acreditar sus pretensiones la parte denunciada incorporó y rindió los siguientes medios probatorios:

-Documental:

1) Contrato de trabajo celebrado entre Guillermo Vivanco y EFE de fecha 30 de octubre de 1986.

2) Anexo de contrato de trabajo celebrado entre Guillermo Vivanco y EFE de fecha 1 de agosto de 2013.

3) Anexo de contrato de trabajo celebrado entre Guillermo Vivanco y EFE de fecha 1 de agosto de 2013.

4) Descripto de cargo de funciones firmado por Guillermo Vivanco que consta de 2 páginas.

5) Reconsideración administrativa presentada por EFE ante IPT Concepción de fecha 9 junio 2020 en relación con multa N° 7467/20/5.



6) Liquidación de remuneraciones del trabajador Guillermo Vivanco del periodo septiembre 2019 a marzo 2020.

7) Registro de asistencia del trabajador Guillermo Vivanco del periodo octubre 2019 a mayo 2020.

8) Certificado de Situación laboral emitido por la Gerencia de Personas.

-Confesional: Absolvió posiciones el demandante don Claudio Arturo Rosales Cancino, según consta del registro de audio de la audiencia de juicio.

-Testimonial: Prestaron declaración en calidad de testigos don Jorge Luis López González, doña Miriam Carolina Valdés Aedo y doña Jaqueline Herrera Orrego, de conformidad al registro de audio respectivo.

-Oficio: Fue incorporada respuesta de oficio dirigido a Ferrocarriles del Sur S.A. y Carabineros de Chile Oficina de Seguridad Privada OS 10 según consta del registro de audio respectivo.

C O N S I D E R A N D O:

SEXTO: Que apreciadas las pruebas incorporadas por las partes, conforme a las reglas de la sana crítica, importando con ello tomar en especial consideración la gravedad, concordancia, multiplicidad y conexión de aquellos medios probatorios incorporados por los intervinientes al proceso, permiten a este tribunal tener por acreditados los siguientes hechos de la causa:

a) Que el trabajador Guillermo Vivanco Garabito ingresó a prestar servicios para la empresa denunciada con fecha 30 de octubre de 1986, para desempeñar la labor de Rondín, pasando a desempeñar a partir del 1º de enero de 1996 la labor de Vigilante Privado en la Unidad de Vigilancia Victoria de conformidad a lo pactado en el anexo contractual de igual fecha; hecho que se tiene por establecido con el mérito del contrato de trabajo y anexo antes aludidos, debidamente incorporados por la parte denunciada, no objetados de contrario.

b) Que de conformidad al anexo contractual suscrito entre el trabajador Guillermo Vivanco Garabito y la empresa denunciada con fecha 1º de agosto de 2013, el primero se obligó con la segunda a desempeñar una jornada ordinaria de trabajo de 45 horas semanales, distribuidas de lunes a domingo, con un día de



descanso semanal, distribuida mediante un sistema de turnos rotativos que corresponde a los siguientes:

- a) de 07:00 a 15.00 horas con 30 min de colación incluida.
- b) de 15.00 a 23.00 horas con 30 min de colación incluida.
- c) de 23.00 a 07.00 con 30 min de colación incluida.

Hecho que no se encuentra controvertido entre las partes y, que se tiene por establecido con el mérito del anexo contractual antes aludido, debidamente incorporado por la parte denunciada, no objetado de contrario.

c) Que el trabajador Guillermo Vivanco Garabito detenta la calidad de Secretario del Sindicato Nacional de Vigilantes de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, Afines y Conexos desde el día 07 de enero de 2020, culminado dicha designación con fecha 07 de enero de 2022, detentando igual cargo en el periodo comprendido entre el 08 de enero de 2018 y el 08 de enero de 2020; hecho que se tiene por establecido con el mérito del certificado emitido por la Unidad de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo incorporado por la parte denunciante, no objetado de contrario, reafirmado con el mérito de la respuesta del oficio dirigido a dicha Unidad a petición de la parte denunciante.

d) Que el trabajador Guillermo Vivanco Garabito cumplió durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2019 a enero de 2020 una jornada de trabajo para su empleadora, que comprendía en términos generales el turno nocturno de 23:00 a 07:00 horas, salvo los días 17 al 20 de abril de 2019, 24 de mayo de 2019, 18 y 19 de junio de 2019, 03 al 06 de julio de 2019, 11 al 13 de septiembre de 2019, 16 al 18 de octubre de 2019 y el día 13 de noviembre de 2019, fechas en las cuales desempeño labores en turno diurno de 07:00 a 15:30 horas; hecho que se tiene por establecido con el mérito del registro de asistencia por el periodo analizado, incorporado por la denunciada, no objetado de contrario.

e) Que con fecha 25 de mayo de 2020, la Dirección del Trabajo inicio proceso de investigación respecto de la empresa denunciada por denuncia por modificación unilateral de contrato y no pago de remuneraciones integras, culminando dicho proceso administrativo en la aplicación en 3 multas, dos por la suma de 40 UTM por infracción a los artículos 5 y 11 del Código del Trabajo



respecto del trabajador Guillermo Vivanco Garabito y por la suma de 20 IMM por infracción a los artículos 31 y 32 del DFL N°2 de 1967, multas que fueron objeto de reconsideración administrativa por la empresa denunciada; hecho que se tiene por establecido con el mérito del informe de exposición y demás antecedentes, debidamente incorporados por ambas partes.

f) Que la empresa Ferrocarriles del Sur S.A. (FESUR) desarrolla su actividad geográficamente entre el Kilómetro 395,6 “Estación Chillan” en la Región del Bío Bío hasta el Kilómetro 1.077,2 “Estación La Paloma” en la Región de Los Lagos, encontrándose a cargo de la seguridad entre otras estaciones a la ubicada en la ciudad de Victoria; hecho que se tiene por establecido con el mérito de la respuesta del oficio dirigido a dicha entidad ferroviaria a petición de la parte denunciada de autos.

g) Que la “Estación Victoria” de ferrocarriles cuenta con Plan de Seguridad aprobado mediante Resolución N° 08 de fecha 09 de octubre de 2018, de la Oficina de Seguridad Privada OS10 de la Prefectura Malleco, considerando en dicho Plan a 4 Vigilantes Privados pertenecientes a la Empresa de Ferrocarriles del Estado y 2 Guardias de Seguridad de la Empresa Prestadora de Recursos Humanos Externa “Sociedad C&A Seguridad Limitada”, la cual cuenta con Directiva de Funcionamiento aprobada, mediante Resolución N°93 de fecha 14 de marzo de 2019, de la misma la Oficina de Seguridad; hecho que se tiene por establecido con el mérito de la respuesta del oficio dirigido a la Autoridad Policial a petición de la parte denunciada de autos.

SEPTIMO: Que el artículo 292 del Código del Trabajo establece que el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se sustancian conforme a las reglas del procedimiento de tutela, teniendo aplicación plenamente lo dispuesto en el artículo 493 del citado cuerpo legal, esto es que “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. De lo cual se concluye que la prueba que se impone a la parte denunciante como exigencia mínima probatoria, es



aportar antecedentes que constituyan indicios suficientes de la ocurrencia de los hechos que se denuncian como constitutivos de la práctica antisindical que se imputa, correspondiéndole acreditar o explicar a la denunciada -cumplida la exigencia antedicha por el denunciante- la justificación, proporcionalidad y lo necesario de las medidas adoptadas.

OCTAVO: Que cabe tener presente que la denuncia deducida por el Sindicato Nacional de Vigilantes de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, Afines y Conexos, tiene por objeto obtener la declaración que la empresa denunciada incurrió en actos vulneratorios a la Libertad Sindical al proceder a la modificación unilateral del contrato de trabajo del Secretario de su organización sindical, el trabajador Guillermo Vivanco Garabito, obligándolo a partir del mes de febrero de 2020 a cumplir solo con un turno diurno, lo que lo ha menoscabado económicamente al no obtener el pago de bonos y horas extras que si recibía al desempeñar el turno nocturno desde hacía 5 años aproximadamente.

Al efecto, correspondía a la parte denunciante sólo aportar indicios de que se ha producido la conducta lesiva denunciada, es decir, debe generar la “sospecha razonable” en el Juzgador que tal situación ha acaecido, esto es, se impone a quien denuncia la presunta vulneración de derechos fundamentales la obligación de acreditar su aserto, pero se aliviana su carga probatoria al exigir un menor estándar de comprobación, al pedírsele que proporcione datos o elementos que puedan servir de base para que lo denunciado se pueda presumir verdadero.

NOVENO: Que conforme a lo anterior, cabe tener presente que si bien la parte denunciada logró acreditar a través de la respuesta del oficio dirigido a FESUR y de la declaración de los testigos presentados en estrados que la Estación de Ferrocarriles ubicada en la comuna de Victoria, -lugar en que desempeñaba y desempeña sus labores el trabajador Guillermo Vivanco Garabito-, paso a ser administrada a partir del mes de enero de 2020 por la Filial de EFE, denominada EFESUR, esto es, Ferrocarriles del Sur, sin embargo, a través de dicha testimonial como tampoco con la respuesta del oficio dirigido al OS 10 de Carabineros de Chile, ha podido acreditar la existencia de la Resolución N°11 de fecha 02 de diciembre de 2019 que invoca en el escrito de contestación



del libelo, que habría sido dictada por la Prefectura de Malleco de Carabineros de Chile, en virtud de la cual habría aprobado el nuevo plan de seguridad presentado por la empresa FESUR para la administración de la seguridad en la Estación de Victoria, sino que sólo consta con el mérito de la respuesta del oficio dirigido a dicha Autoridad Policial que la “Estación Victoria” de ferrocarriles cuenta con Plan de Seguridad aprobado mediante Resolución N° 08 de fecha 09 de octubre de 2018, de la Oficina de Seguridad Privada OS10 de la Prefectura Malleco, considerando en dicho Plan a 4 Vigilantes Privados pertenecientes a la Empresa de Ferrocarriles del Estado y 2 Guardias de Seguridad de la Empresa Prestadora de Recursos Humanos Externa “Sociedad C&A Seguridad Limitada”, la cual cuenta con Directiva de Funcionamiento aprobada, mediante Resolución N°93 de fecha 14 de marzo de 2019, de la misma la Oficina de Seguridad.

DECIMO: Que cabe analizar entonces si la conducta desplegada por la empresa configura una práctica antisindical como lo sostiene la parte denunciante en el libelo. Al efecto cabe tener presente que ha quedado plenamente establecido con el mérito de la prueba rendida por las partes los siguientes hechos:

-Que el trabajador Guillermo Vivanco Garabito ingresó a prestar servicios para la empresa denunciada con fecha 30 de octubre de 1986, para desempeñar la labor de Rondín, pasando a desempeñar a partir del 1° de enero de 1996 la labor de Vigilante Privado en la Unidad de Vigilancia Victoria de conformidad a lo pactado en el anexo contractual de igual fecha;

-Que de conformidad al anexo contractual suscrito entre el trabajador Guillermo Vivanco Garabito y la empresa denunciada con fecha 1° de agosto de 2013, el primero se obligó con la segunda a desempeñar una jornada ordinaria de trabajo de 45 horas semanales, distribuidas de lunes a domingo, con un día de descanso semanal, distribuida mediante un sistema de turnos rotativos que corresponde a los siguientes:

- a) de 07:00 a 15.00 horas con 30 min de colación incluida.
- b) de 15.00 a 23.00 horas con 30 min de colación incluida.
- c) de 23.00 a 07.00 con 30 min de colación incluida.



-Que el trabajador Guillermo Vivanco Garabito cumplió durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2019 a enero de 2020 una jornada de trabajo para su empleadora, que comprendía en términos generales el turno nocturno de 23:00 a 07:00 horas, salvo los días 17 al 20 de abril de 2019, 24 de mayo de 2019, 18 y 19 de junio de 2019, 03 al 06 de julio de 2019, 11 al 13 de septiembre de 2019, 16 al 18 de octubre de 2019 y el día 13 de noviembre de 2019, fechas en las cuales desempeño labores en turno diurno de 07:00 a 15:30 horas;

-Que el trabajador Guillermo Vivanco Garabito detenta la calidad de Secretario del Sindicato Nacional de Vigilantes de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, Afines y Conexos desde el día 07 de enero de 2020, culminado dicha designación con fecha 07 de enero de 2022, detentando igual cargo en el periodo comprendido entre el 08 de enero de 2018 y el 08 de enero de 2020;

-Que con fecha 25 de mayo de 2020, la Dirección del Trabajo inicio proceso de investigación respecto de la empresa denunciada por denuncia por modificación unilateral de contrato y no pago de remuneraciones integras, culminando dicho proceso administrativo en la aplicación en 3 multas, dos por la suma de 40 UTM por infracción a los artículos 5 y 11 del Código del Trabajo respecto del trabajador Guillermo Vivanco Garabito y por la suma de 20 IMM por infracción a los artículos 31 y 32 del DFL N°2 de 1967, multas que fueron objeto de reconsideración administrativa por la empresa denunciada.

DECIMO PRIMERO: Que la parte denunciante si bien ha logrado acreditar que durante el periodo inmediatamente anterior a la modificación de la jornada del trabajador antes aludido producido a contar del mes de febrero de 2020, paso a desempeñar funciones en turno diurno desde las 08:30 a las 16:30 horas de lunes a sábados, desempeñando antes de ello en general un turno nocturno, al menos el año anterior, que es el periodo respecto del cual la empresa denunciada incorporó registro de asistencia, -sin que la denunciante requiriese la exhibición de un periodo anterior-, sin embargo, también es cierto que en varios de los meses de dicho año anterior el trabajador en cuestión desempeño en algunos días de cada mes funciones en turno diurno.



Que uno de los indicios más graves que se denuncian en el libelo, dice relación con el hecho de haber sufrido el trabajador Guillermo Vivanco Garabito menoscabo económico en el pago de sus remuneraciones mensuales con el cambio de jornada de trabajo aplicado de manera unilateral por su empleador, dejando de percibir los bonos denominados “Turno Nocturno” y “de Ubicabilidad”, además de horas extraordinarias, sin embargo, con el mérito de las liquidaciones de sueldo incorporadas sólo por la parte denunciante, ya que si bien la denunciada las ofreció pero no se encuentran debidamente digitalizadas, permite concluir que dicho indicio no resulta efectivo en su totalidad, atendido que sólo percibió durante los meses de marzo, abril y mayo de 2018 el “Bono de Ubicabilidad Diario”, dejando de percibir el Bono Turno Nocturno y el pago de horas extraordinarias como componentes de sus remuneraciones mensuales a partir del mes de marzo de 2020, desprendiéndose del mérito de las liquidaciones acompañadas que el sueldo bruto del trabajador vario bastante a partir del cambio de jornada laboral, como se desprende de los datos que siguen:

- Enero 2019: \$1.057.277
- Febrero de 2019: \$1.105.865
- Marzo de 2019: \$1.628.744
- Mayo de 2019: \$1.132.914
- Junio de 2019: \$1.227.266
- Julio de 2019: \$1.029.325
- Agosto de 2019: \$1.029.788
- Septiembre de 2019: \$1.223.180
- Octubre de 2019: \$1.182.157
- Noviembre de 2019: \$1.130.995
- Diciembre de 2019: \$1.253.054
- Enero 2020: \$1.172.665
- Febrero 2020: \$1.295.497
- Marzo 2020: \$1.363.238
- Mayo 2020: \$787.900
- Junio 2020: \$763.129



-Julio 2020: \$763.129

Al efecto, si bien en el mes de febrero de 2020 aparece aun pagado el bono turno nocturno, este deja de ser percibido por el trabajador a partir del mes de marzo de 2020, al igual que horas extraordinarias, alcanzando un alto sueldo bruto en el mes de marzo de 2020 por el pago por única vez de un bono de Gestión por la suma de \$434.500, sin embargo, a contar al menos del mes de mayo de 2020, desconociéndose que monto fue enterado en el mes de abril de 2020, atendido que la denunciada no cumplió con la digitalización de la documenta ofrecida, los montos de sueldos brutos bajan considerablemente, no pudiendo sino concluirse que efectivamente se produjo un menoscabo económico considerable en las remuneraciones del trabajador Guillermo Vivanco Garabito.

DECIMO SEGUNDO: Que al efecto cabe recordar lo establecido por el legislador laboral en el artículo 243 del Código del Trabajo en específico en su inciso 2º, "...Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, el empleador no podrá, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de los directores sindicales las facultades que establece el artículo 12 de este Código."; haciendo claramente referencia al periodo en que se extiende el fuero laboral de los directores sindicales, fuero que en el caso del trabajador Guillermo Vivanco se ha extendido en el periodo comprendido entre el 08 de enero de 2018 y el 08 de enero de 2020, al detentar el cargo de Secretario de la Organización Sindical denunciante, resultando nuevamente elegido en el mismo cargo, abarcando el periodo comprendido entre el día 07 de enero de 2020, y el 07 de enero de 2022; fuero que si bien la parte denunciada se empeñó en controvertir al contestar el libelo en lo que dice relación al periodo 2018-2020, ha quedado plenamente establecido su vigencia con el mérito de la respuesta del oficio remitida por la Unidad de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo.

También resulta necesario recordar que la empresa denunciada no ha logrado acreditar las circunstancias que fueron invocadas en el escrito de contestación para justificar la medida adoptada relativa a la modificación unilateral de la jornada de trabajo del dirigente sindical Vivanco, según los fundamentos expuestos en los motivos precedentes, estableciéndose como un hecho de la



causa que si le provocó un menoscabo económico en el pago de sus remuneraciones mensuales, por ende, no cabe sino establecer la efectividad de los indicios presentados en el libelo, compartiendo este Tribunal que el artículo 289 del Código del Trabajo, no establece de manera taxativa las acciones que pueden ser consideradas como prácticas antisindicales que afectan la libertad sindical por parte del empleador, sino que de su propia redacción en su inciso 1º, se desprende que se describe a modo de ejemplo 9 conductas, sin embargo, indica “entendiéndose por tales, entre otras, las siguientes”, es decir, el propio legislador deja abierta la posibilidad de invocar una nueva conducta que se estime contraria a la libertad sindical, como la que efectivamente ha sido descrita en el libelo de autos y que ha podido ser acreditada, afectando de esa manera gravemente al Principio de Libertad Sindical, que tal como lo señala textualmente el artículo 10 del Convenio 87 de la OIT, “la organización de los trabajadores, en este caso, tendrá por objeto defender y promover los intereses de los trabajadores.”, sin respetar el principio de Libertad Sindical que consagra el legislador en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y, que el legislador laboral otorga protección a través de la remisión que efectúa del procedimiento de tutela laboral en las normas de prácticas antisindicales, quedando de manera suficientemente acreditada la existencia y veracidad de los indicios expuestos en el libelo, por lo que se procederá a acoger la acción en todas sus partes, desechándose eso si como medida reparatoria el restablecimiento del turno nocturno que desempeña con anterioridad al mes de febrero de 2020 el trabajador Guillermo Vivanco Garabito, atendido que ha quedado establecido que dicho trabajador ya lleva cumpliendo el turno diurno cerca de un año continuo y que la envergadura de la afectación dice más bien relación con el menoscabo económico sufrido, más que propiamente tal con el horario que involucraba dicha modificación.

DECIMO TERCERO: Que la prueba analizada lo ha sido conforme a las reglas de la sana crítica, y el restante material probatorio, en nada altera lo concluido en este fallo.



DECIMO CUARTO: Que habiendo resultado totalmente vencida la parte denunciada, se la condenara en costas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 5, 289, 415, 420, 423, 425 a 432, 434 a 438, 440 a 462 y 485 a 495 del Código del Trabajo; artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República, se resuelve:

I.- Que, se **HACE LUGAR**, en todas sus partes, a la denuncia de práctica antisindical deducida por el **SINDICATO NACIONAL DE VIGILANTES DE LA EMPRESA DE LOS FERROCARRILES DEL ESTADO AFINES Y CONEXOS**, en contra de la **EMPRESA DE FERROCARRILES DEL ESTADO**, en cuanto, se declara que la empresa denunciada ha incurrido en actos y/o conductas constitutivos de práctica antisindical, de conformidad a los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente fallo, al atentar con la libertad sindical, ordenándose en consecuencia, el cese inmediato de dichas conductas.

II.- Que, asimismo, se declara que la empresa denunciada queda condenada una multa de 150 UTM, de conformidad a lo establecido en el artículo 292 del Código del Trabajo, teniendo en especial consideración la gravedad de la infracción y los fundamentos expuestos en el presente fallo.

III.- Que de conformidad a lo establecido en el artículo 495 N°3 del Código del Trabajo, se accede a ordenar las siguientes medidas de reparación en los siguientes términos:

a) La empresa denunciada deberá remitir un comunicado a sus trabajadores, debiendo publicarlo en su página web por un término de 30 días contados desde que quede ejecutoriado el presente fallo. Asimismo, deberá remitir el mismo comunicado a cada una de las Organizaciones Sindicales a través de correos electrónicos utilizados para el envío de los comunicados en el plazo de 10 días hábiles siguientes a que la presente sentencia quede ejecutoriada, manifestando sus disculpas públicas al **SINDICATO NACIONAL DE VIGILANTES DE LA EMPRESA DE LOS FERROCARRILES DEL ESTADO AFINES Y CONEXOS** y al trabajador Guillermo Vivanco Garabito y su compromiso con el respecto al Principio de Libertad Sindical, comunicado, que además deberá ser pagado en diarios murales de todas las sucursales de las denunciadas durante el



término de 30 días hábiles a partir de su publicación en lugar visible a los trabajadores.

b) Que la empresa denunciada deberá igualar la remuneración bruta que percibía el trabajador denunciante a la época de la modificación unilateral de su jornada de trabajo, tomando en consideración los últimos tres meses trabajados en forma íntegra antes del mes de febrero de 2020, aumentando el sueldo base del trabajador Guillermo Vivanco Garabito con el fin de no continuar causándole menoscabo económico en el pago de remuneraciones.

c) Que la empresa denunciada, una vez fijado el monto de remuneración bruta que corresponde percibir al trabajador Guillermo Vivanco Garabito, de acuerdo a lo ordenado en la letra precedente, deberá enterar las diferencias de remuneraciones adeudadas al trabajador antes aludido a partir del mes de abril de 2020 y hasta la fecha en que sea modificada su remuneración bruta de acuerdo a las directrices ordenadas en el presente fallo.

IV.- Que habiendo resultado totalmente vencida la parte denunciada, se la condena en costas, las que se regulan en la suma de \$500.000.

V.- Ejecutoriada que sea la presente sentencia, cúmplase lo resuelto en ella dentro de quinto día, de conformidad a lo establecido en el artículo 462 del Código del Trabajo, debiendo remitir copia autorizada a la Dirección del Trabajo para su registro.

Regístrese y comuníquese.

RIT N° S-43-2020

RUC N° 20-4-0276226-9

Dictada por doña Andrea Soler Merino, Jueza Titular del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

