C.A. de Santiago

Santiago, tres de enero de dos mil veinte.

Visto:

Se substanció esta causa RIT O-4964-2018, del 1° Juzgado de Letras de Santiago, sobre despido injustificado y cobro de prestaciones laborales, caratulada "González con Transportes Aéreos S.A.".

Por sentencia de dos de mayo de dos mil diecinueve, dictada por el juez Ramón Danilo Barría Cárcamo, rechazó la demanda de despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones interpuesta por Macarena Paz González González en contra de Transportes Aéreos S.A., acogiendo la excepción de pago que interpuso la demandada, respecto de la prestación de remuneración por días trabajados, sin costas.

Contra este fallo la parte demandante dedujo recurso de nulidad, fundada en la causal del artículo 477, por infracción al artículo 160 Número 7. En subsidio, 478 letra c); 477 por infracción al artículo 45; y 477, por infracción al artículo 162 incisos 5 y 7, todas disposiciones del Código del Trabajo.

Declarado admisible el recurso, se procedió a su vista, oportunidad en la que se escucharon alegatos de ambas partes.

Considerando:

Primero: Que, por la causal de artículo 477 del Código del Trabajo, alega infringido el articulo 160 número 7 del Código del Trabajo, porque si bien se trató de un hecho no controvertido que la actora reprobó los exámenes de revalidación de su licencia de vuelo, no se trató de una infracción grave a sus obligaciones contractuales, más allá de lo que se escriturara en el contrato de trabajo. En la especie, bastaba aplicar el principio de gradualidad para acoger la demanda, porque una tripulante que ha servido con lealtad y eficiencia por más de 22 años a la empresa demandada, no era razonable que se le despida por no contestar correctamente una o dos preguntas. A lo que se agrega la reprochabilidad, porque tampoco existe en el proceso ningún antecedente que lleve a pensar que la demandante reprobara su revalidación dolosamente, premeditada o culposamente, por negligencia o descuido, si se piensa que había aprobado antes 21 revalidaciones anuales, sin problemas. Podría

CSROKMFXZB

haberla despedido por necesidades de la empresa, pero no por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, como se hizo en la causa Rit T-1871-2018, “Cebulj Catherine con Latam”, lo que no se hizo presente en esta causa, porque el despido ocurrió en fecha posterior al de la actora.

Segundo: Que, en subsidio de la anterior, y respecto a la misma materia, opuso la causal del artículo 478 letra c) del Código del Trabajo, cuando sea necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior, la que funda en los mismos argumentos anteriormente expuestos, por lo que pide que acogiéndose el recurso, se declare que no se trató de un incumplimiento contractual grave, lo que influye en lo dispositivo del fallo, porque si la calificación jurídica hubiese sido la correcta, el juez habría concluido que no existió un incumplimiento contractual grave.

Tercero: Que, la actora alega infracción al artículo 45 del Código del Trabajo, por estimar que el incumplimiento de las obligaciones que le imponía el contrato de trabajo, por haber reprobado el examen de revalidación de su licencia de vuelo, no se trató de un incumplimiento grave, pero no considera que la causal impetrada exige respectar los hechos asentados en la sentencia, y el establecimiento de dicha circunstancia -la gravedad del incumplimiento-, corresponde a una cuestión de hecho, para cuyo establecimiento el juez de fondo es soberano, no correspondiendo que por medio de este recurso, se entre a analizar si para haber arribado a dicha conclusión fáctica, el tribunal *a quo* se conformó o no al principio de proporcionalidad o la reprochabilidad de la conducta, siendo éstas, alegaciones que no se corresponden con el motivo de invalidación invocado, porque se pide realizar no sólo un contraste entre los hechos asentados y la norma jurídica que se invoca infringida, sino que considerar además otras circunstancias y antecedentes anexos, extraños a lo establecido en la sentencia .

Cuarto: Que, la sentencia asentó en el considerando octavo, que la demandante era tripulante de cabina, lo que implicaba que sus funciones debía realizarlas a bordo de aviones de la compañía, para lo cual requería una licencia de vuelo. Agregando para establecer la gravedad, que una

CSROKMFXZB

tripulante de cabina no podía subir a un avión sin su licencia de vuelo, y si se diera tal situación, implicaría sanciones tanto para la aerolínea, como para el infractor, por parte de la Dirección de Aeronáutica Civil. El hecho de no haber revalidado la actora su licencia de vuelo, implicaba necesariamente que no podía desempeñar la función principal para la que fue contratada, por lo que no se trataba de una obligación accesoria del contrato, sino más bien un incumplimiento que impedía totalmente ejercer la función principal para la cual fue contratada la trabajadora.

Quinto: Que, por lo mismo, exigiendo también la causal subsidiaria del artículo 478 letra c) del Código del Trabajo, que no se modifiquen las conclusiones fácticas del tribunal inferior, habiendo establecido la sentencia recurrida, no solo el incumplimiento del contrato de trabajo, sino también que la reprobación del examen para obtener la licencia de vuelo, constituía un hecho grave –lo que ponderó el juez a quo-, independiente que ello no se comparta por el recurrente, considerando que la actora en su calidad de tripulante de cabina, debía contar con ella, para desempeñar la función para la cual fue contratada, también se rechazará esta segunda causal.

Sexto: Que, en segundo lugar la actora dedujo la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, alegando infringido el artículo 45 del mismo cuerpo legal, lo que funda en que la sentencia rechazó el beneficio de la semana corrida, porque si bien estableció que la trabajadora tenía una remuneración mixta y que ella se devengaban diariamente -en cada vuelo-, siendo además ordinaria, argumentó que no se trataba de una remuneración principal sino que accesoria, ya que el promedio de las comisiones devengadas por la demandante en los últimos tres meses trabajados, alcanzó solo $ 22.191 mensuales. Es decir, el sentenciador fundamentó su aserto, en que una remuneración es principal cuando, "*dentro de los ítems que conforman la remuneración en su totalidad, ésta se encuentra dentro de las de mayor cuantía*", reduciendo el concepto "*principal"*, al monto de la remuneración variable, lo que es erróneo, porque el concepto "principal", no dice relación con el monto de la remuneración variable, como lo ha declarado la jurisprudencia administrativa, en el dictamen N° 3262/066, de 05 de agosto de 2008, el que sólo exige que "*se*

CSROKMFXZB

trate de remuneraciones que subsistan por sí mismas, independientemente de otra remuneración, no procediendo considerar para efectos de la semana corrida, aquellos de carácter accesorio o que no subsistan por sí mismas, ni aquellas excepciones o infrecuentes". Este concepto de "principal" es citado en los mismos términos en el fallo dictado por esta Corte, Rit O-2422-2017, del 29 de agosto de 2017, redactado por el mismo magistrado, en recurso de nulidad deducido contra esta sentencia que fue rechazado por la Corte de Santiago en ingreso N° 1985-2017. En definitiva, el sentenciador incurre en error de derecho al declarar que las comisiones por ventas devengadas por la actora, no cumplen uno de los requisitos del artículo 45 del Código del Trabajo, porque en realidad se trata de remuneraciones principales, esto es, subsisten por sí mismas y no tienen el carácter de accesorias o infrecuentes.

Séptimo: Que, al igual que en el caso anterior, el recurrente para fundar esta segunda causal de nulidad, invoca hechos que no asienta la sentencia, alegando que las comisiones que percibía la actora, se trataba de una remuneración que además de devengarse diariamente y ser ordinaria, debió estimarse era "principal", según los criterios que ha establecido el dictamen que cita, lo que no asienta la sentencia, señalando el tribunal a quo en el considerando octavo, que las ventas que se realizaban a bordo, "solo son una remuneración de carácter accesorio, y no principal".

Octavo: Que, en tercer lugar, señala que al declarar la sentencia que no procede la nulidad del despido, incurre en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, alegando infringido el artículo 162 incisos 5° y 7° del mismo cuerpo legal, porque ello deviene como una consecuencia directa, del error jurídico que se denuncia en la causal anterior, es decir, por haber declarado el fallo que no se adeudan remuneraciones por concepto de semana corrida, tampoco existen cotizaciones previsionales no enteradas por este concepto. Por lo tanto, al anularse la sentencia por el motivo anterior, y declararse en la de reemplazo, que se hace lugar al pago de las remuneraciones por semana corrida, debe también ordenarse que se enteren las cotizaciones previsionales pertinentes. No es óbice para estarse a la declaración de nulidad, el hecho que la deuda de cotizaciones

CSROKMFXZB

previsionales se declaren sólo en la sentencia, porque se trata de una declarativa, no constitutiva, que sólo reconoce la existencia de la obligación al momento de devengarse. Al no pagar la demandada las sumas demandadas por semana corrida, se ha apropiado no solo de dichas remuneraciones, sino que también de las cotizaciones previsionales, pues los montos que corresponde enterar, se descuentan de las mismas remuneraciones.

Noveno: Que, como lo reconoce el mismo recurrente, la causal invocada exige como antecedente fáctico, el que se estableciera en el fallo que la demandada adeudaba remuneraciones por concepto de semana corrida, respecto de lo cual, la demandada no habría enterado las correspondientes cotizaciones previsionales, todo lo cual, no fue asentado en la sentencia en contra la cual se recurre, ni se ha efectuado la declaración que prevenía el recurrente se hubiere podido efectuar en esta sentencia, por lo que también se rechazará esta causal de nulidad.

Décimo: Que, en consecuencia, al no haber establecido la sentencia, los hechos en que la actora funda todas las infracciones de ley que reclama, y la diferente calificación jurídica, corresponde rechazar el recurso de nulidad impetrado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 482 del Código del Trabajo, **se rechaza,** el recurso de nulidad deducido por la parte demandante en contra la sentencia de dos de mayo de dos mil diecinueve, recaída en la causa caratulada “González con Transportes Aéreos S.A.”, sobre despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de esta ciudad.

Acordada con el **voto en contra** del Fiscal Judicial, señor Norambuena Carrillo, quien fue de opinión de acoger en todas sus partes el recurso de nulidad interpuesto por la actora, por estimar que existió infracción de ley, anulando la sentencia, dictando una de reemplazo, que efectuando una diferente calificación jurídica, declare que el despido fue injustificado, dando lugar a las indemnizaciones legales que tienen como consecuencia dicha declaración, acogiéndose demás lo que correspondía por remuneración no pagada por semana corrida, las consecuentes

CSROKMFXZB

cotizaciones previsionales y la nulidad del despido, considerando para ello lo siguiente:

a).- Que, si bien por la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, efectivamente no es posible alterar los hechos asentados en el fallo, ni considerar circunstancias externas a lo establecido en el mismo, se considera que por la causal subsidiaria invocada por la recurrente, del artículo 478 letra c) del mismo cuerpo legal, es posible efectuar una calificación jurídica diferente de esos hechos inamovibles, calidad que reviste la apreciación de "*la gravedad*" que se pide por el recurrente, de esos hechos asentados, por lo que el recurso cumple los requisitos que exige el motivo de nulidad invocado, por lo que no se alteran las conclusiones fácticas del tribunal inferior.

b).- Que, tal calificación jurídica que exige la norma adquiere relevancia, cuando el juez de fondo aduce como argumento para estimar "*la gravedad*" de la conducta que infringe el contrato de trabajo, el mismo incumplimiento contractual que atribuye el empleador a la trabajadora, como acontece en el presente caso, en que estimó que es grave que la trabajadora haya reprobado el examen para obtener la licencia de vuelo, porque dentro de su contrato de trabajo, se estipulaba la obligación de aprobarlo para tener la licencia de vuelo que le permitiera desempeñar su función, lo que deviene en definitiva, en subsumir el sustrato fáctico que exige la causal del artículo 160 número 7 del Código del Trabajo –referido a la gravedad-, en cuanto valoración que efectivamente debe hacer el juez de fondo, al mero incumplimiento contractual, sin realizar el a quo, la valoración que la ley exige de la conducta que se reprocha a la trabajadora, dado que en el presente caso, se limitó a señalar que el incumplimiento era grave, porque tener licencia de vuelo, era una obligación principal, parte de la función de la trabajadora, la que no podría desempeñar si no lo tenía. Ergo, si el juez a quo, al argumentar de esa forma, renunció a efectuar la calificación de mérito que le pide la ley, fundado en elementos diferentes y ajenos al mero incumplimiento contractual –que fue establecido-, faltó asentar en el fallo, de manera independiente a dicho sustrato fáctico, el elemento "gravedad, exigido por la causal invocada, por lo que correspondía declarar ilegal el despido.

CSROKMFXZB

c).- Que, por otro lado, considera este disidente, que lo único que considera grave, el que se admita que un empleador estipule en un contrato de trabajo, requisitos o condiciones, que con el paso de los años –o en cualquier momento determinado, por factores de salud o concentración- puedan afectar al trabajador, al mermar ciertas habilidades, aptitudes o capacidades, máxime si se considera la presión a la puede verse expuesto un trabajador, de perder su empleo, luego de 22 años de servicio, sin ningún tipo de indemnización legal, si reprueba un examen, al cometer un error en dos preguntas, para lo cual, siempre el trabajador tiene la posibilidad de recurrir a la justicia laboral, para que analice ese tipo de obligaciones estipuladas, para determinar no solo su exigibilidad -considerando los factores que puedan concurrir-, sino que también la gravedad de su incumplimiento, considerando para ello la entidad del mismo, si existió algún perjuicio para el empleador, la proporcionalidad de la medida y la reprochabilidad de la conducta, como lo alegó el recurrente, sin perjuicio de las consecuencias que puede generar una sanción de este tipo -la pérdida del empleo-, no solo para el trabajador en particular, que le priva de todas las indemnizaciones legales después de 22 años de servicio, sino que también, la presión que se genera para otros trabajadores.

d).- Que, en lo que respecta a la semana corrida, se considera que lo impugnado por el recurrente, es el argumento que dio el juez a quo, para asentar el sustrato fáctico referido a que la remuneración que recibía la actora, era principal, y no accesoria, por lo que ataca el argumento "cuantía" de esa remuneración mixta establecida, más que los hechos asentados, dado que ello habría permitido determinar que, en la especie, se trataba de una remuneración que además de devengarse diariamente y ser ordinaria, subsistía por sí misma, independiente de toda otra remuneración, por lo que no era accesoria como concluyó el juez a quo, caso en que el artículo 45 inciso 2° del Código del Trabajo excluye de este beneficio.

e).- Que, por lo mismo, determinándose que la demandada no pagó las remuneraciones que correspondían a la actora por concepto de semana corrida, también es posible determinar en la sentencia de

CSROKMFXZB

reemplazo –como lo solicita el recurrente-, que tampoco se pagaron las cotizaciones previsionales, por lo que la consecuencia que establece el artículo 162 incisos 5° y 7° del Código del Trabajo, se aviene con lo pedido en su recurso.

Redacción del Fiscal Judicial señor Norambuena Carrillo.

Regístrese y comuníquese.

N°Laboral - Cobranza-1419-2019.

Pronunciada por la **Décima Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Hernán Crisosto Greisse e integrada por Ministro señor Mario Rojas González y por el Fiscal Judicial señor Jorge Norambuena Carrillo. No firma el Ministro Mario Rojas González, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

HERNAN ALEJANDRO CRISOSTO GREISSE
MINISTRO
Fecha: 03/01/2020 12:04:29

JORGE LUIS NORAMBUENA CARRILLO
FISCAL
Fecha: 03/01/2020 11:47:22

CSROKMFXZB

Pronunciado por la Décima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Hernan Alejandro Crisosto G. y Fiscal Judicial Jorge Luis Norambuena C. Santiago, tres de enero de dos mil veinte.

En Santiago, a tres de enero de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

CSROKMFXZB

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