

Osorno, veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve.

**VISTOS:**

En esta causa **RIT O-99-2019** compareció doña **MARITZA DEL CARMEN CASAS OJEDA**, empleada, domiciliada en la comuna de Entre lagos, calle Las Garzas N° 446, interponiendo demanda en contra de su ex empleadora la sociedad **ASEMAX SPA**, sociedad del giro de su denominación, representada legalmente por don Miguel Ángel Torres Anuch, factor de comercio, ambos con domicilio en esta ciudad, calle Bilbao N° 1129, oficina 902-B y en forma solidaria y/o subsidiaria en contra del **FISCO DE CHILE – GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE OSORNO**, dueña de la obra o faena, Persona Jurídica de Derecho Público, representado legalmente por el Consejo de Defensa del Estado, representado a su vez por el Abogado Procurador Fiscal de Valdivia don Natalio Vodanovic Schnake, Abogado, ambos con domicilio, para estos efectos, en calle Independencia N° 630, oficina N° 311, de la ciudad y comuna de Valdivia. Pide que se declare que el despido es nulo e improcedente y en su mérito se obligue a las demandadas al pago de las prestaciones que señala en su demanda. Dice que la Gobernación Provincial de Osorno, es un organismo desconcentrado territorialmente de la Intendencia, por lo que el Gobernador es el representante del Intendente en la Provincia, pudiendo recibir funciones delegadas de este último, para el mejor ejercicio de sus labores; regulada por la ley 19.175, sobre el gobierno y la administración regional. Dentro de sus atribuciones, la Gobernación Provincial procedió a la licitación del contrato para la “*Servicio General de Apoyo a la Mantención, Limpieza áreas verdes, Servicios Higiénicos e Infraestructura del Complejo Fronterizo Cardenal Antonio Samoré*”; lo anterior a través de la licitación pública ID 1515-12-LR17, contratando finalmente a la empresa ASEMEX SPA. La contratación no se efectúa para el cumplimiento de sus fines públicos, sino que por el contrario se trata simplemente de la contratación de servicios de aseo, mantención y alimentación del personal, por lo que su regulación queda entregada al derecho privado laboral, excluyendo la normativa de carácter administrativo y público. El 01 de marzo de 2018, fue contratada por la sociedad ASEMEX SPA - contratista de la Gobernación Provincial - para cumplir funciones de encargada de cocina, manipuladora de alimentos, aseo y lavado de ropas dentro del contrato licitado ya indicado, según se dejó expresa constancia en el mismo contrato. Las funciones las cumplía en dependencias del Complejo Fronterizo ya señalado, para lo cual su ex empleador los trasladaba diariamente. En cuanto a sus remuneraciones, éstas se pactaron en un sueldo base equivalente al ingreso mínimo, más gratificación en los términos del artículo 50 del Código del Trabajo, más un bono de responsabilidad por \$50.000; así las cosas, la remuneración bruta mensual ascendía a la suma de \$438.750. Deja constancia que la última de sus remuneraciones fue pagada directamente por la Gobernación Provincial. En cuanto a la vigencia del contrato, su ex empleador le señaló que se trataría de un contrato



con la misma vigencia del contrato con la Gobernación Provincial, esto es, tendría duración hasta el 31.03.2020, por lo que ciertamente el contrato tenía una vigencia mínima pactada por las partes, sin perjuicio de los máximos legales para este tipo de contratos, tratándose de un pacto válido celebrado entre las partes. En cuanto al término de la relación laboral, dice que con fecha 24.01.2019, el ex empleador simplemente no se presentó en el lugar habitual para ser trasladados al Complejo Fronterizo a cumplir sus funciones. Ante ello, junto a otros colegas con fecha 29.01.2019 concurrieron a la Inspección del Trabajo a fin de ingresar la constancia correspondiente. El 25 de enero, su ex empleador le remitió un whatsapp indicando que tenía problemas con la Gobernación y era probable que los despidieran. Con fecha 01.02.2019 recibió en su domicilio una carta de despido, señalando que se ponía término a su contrato con fecha 30.01.2019, por la causal del artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo, esto es por Necesidades de la Empresa. Luego, la carta señala que: “Los hechos en que se funda la causal invocada consisten en la baja de la productividad de la empresa, y que obligan a su separación” Luego la carta señala que se le pagaría un mes de pre aviso por la suma de \$422.500. Como se observa, su ex empleador pretende fundar su despido en que la empresa se ve en la obligación de despedirme por baja productividad de la empresa, sin aducir o siquiera intentar fundar el despido en hechos concretos, sino que simplemente se limita a señalar una de las hipótesis que contempla el artículo 161 inciso 1º. Se refiere a los trámites administrativos posteriores al despido. Alega que su despido es improcedente. Dice que en la misma carta de despido su ex empleador no señaló hecho alguno que permita configurar la causal legal, por lo que no se ajusta a los parámetros de lo dispuesto en el artículo 161 inciso 1º. En efecto, la carta sólo contiene una referencia a la baja de la productividad de la empresa. Hasta ahí el despido es desde luego improcedente por cuanto como ya se ha señalado fue contratada y las funciones que cumplían eran de encargada de cocina, manipuladora de alimentos, aseo y lavado de ropas, funciones de suyo genéricas e inherentes al desarrollo comercial de la demandada. Como se observa, su ex empleador se limita a intentar fundar el despido en alguna de las hipótesis de la norma legal, sin que se contenga un detalle de la supuesta baja de productividad. Así, lo cierto es que la demandada pretende fundar el despido pero sin que existan hechos concretos y ciertos distintos de la mera voluntad del empleador; en suma, sin hechos, y a través de una falacia argumentativa circular, que se produce cuando la proposición por ser probada se incluye implícita o explícitamente entre las premisas. En efecto, el artículo 162 del Código del Trabajo, ordena enviar o entregar al trabajador una carta de aviso de término de contrato de trabajo indicando la causal legal que se invoca, los hechos en que se fundamenta y el estado de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. En lo que respecta a la fundamentación del despido, como



se indicó, la causal invocada por su ex empleador no se ajusta a la realidad fáctica del término de la relación laboral; además, el empleador no ha procedido a fundar el despido en la forma exigida por el legislador. Invoca y transcribe jurisprudencia judicial. No existe discusión doctrinal sobre la naturaleza de las afectaciones o necesidades de la empresa, que habiliten a los empleadores a despedir a sus trabajadores, en orden a que ello no puede ser producto de la mala gestión de la propia empresa o a las modificaciones permanentes que sufren los mercados, pues ello significaría una suerte de sociedad entre el empleador y sus trabajadores, quienes participarían de los riesgos asociados al negocio, lo que ciertamente no corresponde. Lo que importa es que exista una causal económica objetiva que obliga al empleador a despedir un trabajador. No procede cuando el empleador quiere hacer cambios de gestión porque tiene problemas de gestión o mala administración de la empresa. Tampoco procede cuando *“le está yendo mal en su negocio”* o cuando tiene problemas financieros. En estos dos casos la jurisprudencia ha sostenido dice que no procede el despido por necesidades de la empresa. O sea, el empleador no puede despedir cuando el problema económico se ha producido por el mismo en una mala gestión: no puede invocar una razón de economía objetiva cuando ha sido el mismo quien gatilló esa situación. Así la jurisprudencia ha señalado que la causal de necesidades de la empresa exige un trasfondo económico que implique o genere una situación que haga insegura la marcha de la empresa, en forma grave y permanente. Asimismo, que la causal del artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo sólo se aplica para el caso de una empresa que pierde viabilidad económica y que por ello deben despedirse trabajadores. Invoca y transcribe jurisprudencia en sede de Unificación de Jurisprudencia. Invoca el artículo 454 número 1º inciso segundo, del Código del Trabajo. En cuanto a la nulidad del despido, dice que el Código Laboral en su artículo 41 inciso 1º, dispone que se entiende remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie valuables en dinero. Por otra parte el artículo 58 primera parte preceptúa que *“El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social, las cuotas sindicales en conformidad a la legislación respectiva y las obligaciones con instituciones de previsión o con organismos públicos.”* En el caso sub judice, su ex empleador no procedió al pago de las cotizaciones correspondientes a los meses de diciembre de 2018 y enero de 2019 en AFP CAPITAL, AFC Chile y FONASA, las que sólo fueron declaradas. El Código del Trabajo en su artículo 162 inciso 5º, es claro al establecer que si el empleador pone término al contrato de trabajo sin cumplir con el pago íntegro de las cotizaciones previsionales, el despido no producirá el efecto que le es propio, esto es, producir el término de la relación contractual, de tal manera que la relación laboral se entiende subsistente en cuanto a la obligación de pagar remuneraciones y cotizaciones previsionales posteriores al despido. Invoca y transcribe el inciso 7º del artículo 162



del Código del Trabajo. Lo anterior importa que mientras el empleador no cumple con lo prevenido en el inciso 5° antes citado, éste se encuentra obligado a hacer pago de las remuneraciones y demás prestaciones que se surgen del contrato de trabajo durante el período a que se hace referencia en el inciso en comento, esto es, desde la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación a que se refiere el inciso 6° del artículo 162, constituyendo lo anterior no solo una sanción impuesta por el legislador para con el empleador por el incumplimiento, sino que un beneficio para el trabajador afectado por la infracción. Hace presente que la expresión cotizaciones previsionales utilizada en el artículo 162 inciso 5° y 7°, debe entenderse en el sentido dado por el artículo 177 inciso 3°, que señala expresamente la obligación de constatar, para los efectos del artículo 162 inciso 5°, el pago íntegro de las cotizaciones para fondos de pensiones, de salud y de seguro de desempleo si correspondiera, hasta el último día del mes anterior al del despido y dejar constancia de que el finiquito no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales. En cuanto a la responsabilidad solidaria y/o subsidiaria de los demandados, dice que en el caso de autos, las entidades demandadas son solidariamente responsables de las obligaciones dinerarias, toda vez que fue contratada para prestar servicios, para una empresa principal, cual fue la mandante o dueña de la obra, estando entonces dentro de la hipótesis de la norma del artículo 183-A del Código del Trabajo, norma que define y establece cuales son los elementos que por ley se exigen para encontrarse con un trabajo en régimen de subcontratación. El mismo Código del Trabajo deja expresamente contemplada la aplicación de las normas de subcontratación en las obras construidas o encargadas por personas jurídicas, públicas o privadas; en efecto, en el inciso final del artículo 183-B, señala que la responsabilidad solidaria o subsidiaria no procederá en los casos de construcción de edificaciones por un precio único pre fijado, pero ello sólo en los casos en que quien contrate tales obras sea una persona natural, lo que no ocurre en la especie. Así, fue contratada por la empresa ASEMAX SPA, como contratista de la dueña de la obra o empresa principal, el FISCO de Chile - Gobernación Provincial de Osorno. De esta forma, la empresa ASEMAX SPA, tiene la calidad de su empleador directo y a su vez contratista del Fisco de Chile – Gobernación Provincial de Osorno, quienes dueña de la obra y, por tanto empresa principal. Invoca y transcribe el artículo 183-B del Código del Trabajo. De la norma transcrita, se colige el tipo de responsabilidad que afecta a las empresas para conmigo, las cuales deben responder solidariamente de las prestaciones adeudadas. Conforme al artículo 183-B del Código del Trabajo, la empresa principal es solidariamente responsable de los incumplimientos laborales y previsionales en que incurran sus contratistas y subcontratistas para con sus trabajadores, pero el mismo legislador en los artículos 183-C y 183-D, del mismo cuerpo legal, establece de que la empresa principal goza de ciertos derechos,



a saber, el derecho de información, de retención y de pago por subrogación, cuyo ejercicio conforme a la ley le permite elegir el grado de responsabilidad con que responderá de las obligaciones incumplidas por el contratista o subcontratista. Así, sí la empresa principal hace uso correcto de estos derechos, será sólo responsable subsidiario de las obligaciones laborales de los trabajadores de sus contratistas, en los términos a que se refiere el artículo 183-D, del Código del Trabajo. Por otra lado, a juicio de esta parte, si a la fecha no se ha efectuado el pago de las prestaciones adeudadas por el demandado principal, y nada se ha hecho por parte de la empresa principal y/o la contratista, es demostración de que éstas no han hecho uso debido de los derechos antes señalados, debiendo considerarse por ahora, como responsables solidarias de lo demandado en estos autos. Todo ello sin perjuicio del derecho a reclamar que tiene el responsable solidario, para demostrar a este tribunal cuales el régimen de responsabilidad que le es aplicable. Finalmente en relación a la calidad de dueña de la obra y faena y de la aplicación de las normas de subcontratación a los órganos públicos, cabe tener presente que la Excelentísima Corte Suprema en fallo de unificación de fecha 19 de noviembre de 2015, estableció que a los órganos que integran la administración pública les corresponde la calidad de dueña de la obra o faena y, por ello de empresa principal y, por ende quedan comprendidos en el régimen legal de la subcontratación del Código del Trabajo. Invoca y transcribe jurisprudencia judicial. En razón de lo anterior, solicita que se sirva tener por interpuesta esta demanda, en contra de la empresa contratista y solidariamente en contra de la empresa principal y, en subsidio, en forma subsidiaria en contra de la empresa principal, para el evento que ésta, haya hecho uso de los derechos señalados anteriormente. En cuanto a la representación del Fisco, dice que teniendo presente que las obras o servicios contratados corresponden a servicios licitados y contratados por la Gobernación Provincial de Osorno, hace presente que esta institución, por tratarse de un servicio público desconcentrado territorialmente, que no posee personalidad jurídica ni patrimonio propio. Así las cosas, los actos ejecutados por esta institución lo son por el Estado, cuya representación patrimonial no es otra que el Fisco de Chile, todo ello además como lo establece el artículo 3° de la ley 19.175. La representación judicial del Fisco está radicada en el Presidente del Consejo del Defensa del Estado o los Abogados Procuradores Fiscales, según lo disponen los artículos 2°, 3°, 18 N° 1 y 24 N° 1 del DFL 1 de 1993, que contiene la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. En cuanto al feriado dice que el artículo 73 establece el derecho al pago del denominado feriado proporcional, al señalar que si el contrato terminare antes de completar un año de servicio, percibirá una indemnización por ese beneficio, por el período que medie entre el último cumplimiento de anualidad y la fecha de término de funciones. En el presente caso, corresponde el pago del feriado proporcional por el período comprendido entre el 01.03.2018 al 30.01.20189, que equivalen a 13,75 días hábiles, que equivalen a 19,75 días corridos



(desde el 31.01 al 19.02), lo que asciende a la suma de \$288.844. En cuanto al pago de las remuneraciones hasta el término del contrato. En relación de los mismos hechos, y al violar unilateralmente la ley del contrato, el ex empleador demandado ha causado un perjuicio que debe ser reparado en relación con la legítima utilidad que habría recibido de no haberse incumplido aquel, por el demandado. Así las cosas, del claro tenor del contrato de trabajo suscrito por las partes, se puede constatar que la vigencia del contrato estaba establecida hasta el 30 de marzo de 2020. Es así como en conformidad al artículo 7, 10, 159 número 4º del Código del Trabajo, 1545 y 1556 del Código Civil, procede que el demandado paguen las remuneraciones hasta el término del contrato, esto es, desde el 31.01.2019 al 20.03.2020, por cuanto el incumplimiento del contrato por parte del empleador en orden a otorgar el trabajo convenido y pagar las correspondientes remuneraciones hasta el vencimiento que las partes habían acordado voluntariamente, lo hacen un contratante no diligente que habilita a la contraparte a reclamar la remuneración que hubiere legítimamente percibido, si no se hubiere producido tal violación del contrato. La aplicación de las normas del Código Civil por sobre las normas del propio código del ramo se asila en el principio protector del derecho del trabajo y, especialmente en el principio laboral reconocido por la doctrina como el de la “norma más favorable”, que expresa que ante la concurrencia de normas actualmente vigentes sobre una misma materia, el juez debe aplicar la que resulte más favorable al trabajador, sin atender a los principios de jerarquía ni de especialidad. En este caso la norma a aplicar y la más favorable, qué duda cabe, son las del Código Civil. En cuanto a la compatibilidad del lucro cesante y el pre aviso dice que nuestra Jurisprudencia ha establecido que las indemnizaciones por lucro cesante y la de aviso previo, son plenamente compatibles entre sí, pues no responden a indemnizaciones de la misma naturaleza y, por ello no resulta aplicable la limitación del artículo 176 del Código del ramo. Invoca y transcribe jurisprudencia judicial. En cuanto a las prestaciones demandadas, dice que como consecuencia de lo anterior, las demandadas deberán pagarle las siguientes cantidades: a) Pago de todas las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral desde la fecha de término de ésta (31.01.2019) hasta el entero pago de la cotizaciones previsionales atrasadas o la convalidación del despido, a razón de \$438.750 mensuales, en el caso que el Tribunal así lo estimare procedente; b) Cotizaciones previsionales en FONASA, AFC Chile y AFP Capital por los meses de diciembre de 2018 y enero de 2019. c) Indemnización por falta de aviso previo, por la suma de \$438.750. d) Feriado proporcional, por 19,75 días corridos, por la suma de \$288.844. e) Indemnización por concepto de remuneraciones no percibidas y que se habrían devengado hasta el término del contrato, correspondiente al período del 31 de enero de 2019 al 31 de marzo 2020 (14 meses y 1 día), ascendente a la suma total de \$6.157.125 o la suma que el tribunal estime conforme al mérito del proceso; f) Todo lo anterior con los



intereses y reajustes en conformidad a la ley. En definitiva pide que se acoja la demanda y se condene a las demandadas al pago de las prestaciones que detalla, más reajustes, intereses y costas.

La demandada Asemex Spa no contestó la demanda.

El Fisco de Chile al contestar la demanda dijo que pide el rechazo de la demanda, con costas. Dice que la Gobernación Provincial de Osorno fue demandada en estos autos en calidad de "empresa principal". Como se dirá, el órgano señalado ha ejercido cabalmente el derecho de información y de retención y, como promete acreditar, nada se adeuda a la demandante, pues la remuneración se encuentra pagada; lo mismo ocurre con las cotizaciones previsionales. Los hechos que relata, en todo caso, son de exclusiva responsabilidad de la demandada principal y en caso alguno pueden ser imputables a la Gobernación Provincial de Osorno. En todo caso, si asistiera alguna responsabilidad a la Gobernación concernida, solo sería subsidiaria. Controvierte formal, material, sustancial y expresamente todos y cada uno de los hechos que sirven de respaldo a la demanda, por no constarle, como también los fundamentos de derecho en que se apoyan las pretensiones económicas demandadas, principalmente en lo que respecta a este demandado, debiendo entenderse todos éstos como negados para los efectos del artículo 453 N° 1 del Código del Trabajo. En particular, controvierte y niega: 1. Que, sean efectivas las circunstancias y elementos de hecho narrados por la actora y, que hayan ocurrido en la forma y detalles que la actora describe en su libelo. 2. Que, su remuneración ascienda a la suma de \$438.750. 3. Que haya existido un despido, mucho menos injustificado. 4. Que se encuentren pendientes de pago las cotizaciones previsionales y de salud. 5. Que se haya suscrito un contrato de trabajo con vigencia hasta el 31 de marzo de 2020. 6. Todo otro hecho no expresamente reconocido en esta contestación. En cuanto a las excepciones, alegaciones y defensas dice que la empresa ASEMEX SPA presta Servicios Generales de Apoyo a la Mantención, Limpieza de Áreas Verdes, Servicios Higiénicos e Infraestructura del Complejo Fronterizo Cardenal Antonio Samoré, para la Gobernación Provincial de Osorno, en virtud de la Resolución Exenta N° 29 de 06 de febrero de 2018, que adjudicó a aquélla tales servicios. El plazo de tales servicios era de 24 meses. La licitación y el contrato respectivo se rigieron por las normas de la Ley N° 19.886 y su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Advierte que en la especie se trata de un contrato administrativo que no es de aquellos contemplados en el artículo 183-A del Código del Trabajo, para hacer extensiva la responsabilidad a la empresa principal por aplicación de un régimen de subcontratación. En consecuencia, no cabe más que concluir que la relación laboral es entre particulares y que las obligaciones que de ella emanan involucran exclusivamente a las partes interesadas, es decir, los particulares que estuvieron vinculados a propósito de esa relación laboral; lo anterior sin perjuicio de la existencia del contrato (administrativo) de prestación de servicios en virtud de una licitación pública. Invoca y transcribe el artículo 1° de la



Ley 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Los contratos suscritos por la Gobernación participan, entre otras, de las siguientes características, propias de la Administración Activa: a) Se está frente a un sistema en que son aplicables normas de derecho público para los órganos de la Administración del Estado, y de derecho privado para los particulares; b) El adjudicatario acepta las condiciones establecidas en el contrato con miras a obtener un legítimo lucro y el Estado obtiene, como contrapartida, la satisfacción de necesidades públicas concretas junto a un ahorro de los recursos que administra, mediante la gestión del particular. C) La licitación o concurso público de un contrato como el de autos, constituye un sistema abierto a la competencia, sólo en lo que dice relación con la aludida fase de licitación. La circunstancia que los servicios sean ejecutados por un particular, no implica una alteración de su naturaleza “pública”, manteniendo la Administración sus facultades esenciales, dentro de ellas: 1.- Poder para definir las condiciones de la licitación: es la Administración la que, en una fase preliminar al llamado a licitación, elabora unilateralmente el pliego de condiciones o bases del contrato, sobre todo en sus aspectos administrativos o jurídicos, técnicos y económicos. Esta es una fase preparatoria, puramente interna de la Administración, en la que no interviene particular alguno. Las bases de licitación o del contrato cumplen una doble función: antes de nacer el contrato, indican a los interesados las condiciones que deben cumplir sus proposiciones y las características de la prestación cuyo cumplimiento se demanda; después de nacer el contrato o cuando éste ya nace, estas bases o pliego de condiciones se convierten en la matriz contractual o elemento rector de los efectos jurídicos del vínculo. En suma, las bases de licitación son la fuente principal de los derechos y obligaciones que se imponen las partes en un contrato administrativo. 2.- Poder de término unilateral del contrato: constituye una manifestación de las facultades exorbitantes que tiene la Administración y sin forma de juicio, administrativamente puede poner término unilateralmente al contrato, si se dan las condiciones para ello, fijadas en las bases de licitación y en el mismo contrato. 3.- Potestad sancionadora: La normativa aplicable contempla la facultad del Estado de aplicar sanciones frente a incumplimientos del contrato por parte del ente Adjudicatario. Como se observa entonces, los contratos como el de la especie se rigen por un conjunto de normas jurídicas de derecho público, de modo tal que no obedecen a un vínculo contractual de naturaleza civil o comercial mediante el cual se encargue la ejecución de una obra, o la prestación de un servicio, como lo exige el artículo 183-A del Código del Trabajo para la configuración de un régimen de subcontratación, lo cual lleva a la ineludible conclusión que ante una licitación como la de la especie no es posible configurar dicho régimen, motivo por el cual, a todo evento, debe rechazarse la demanda contra la Gobernación Provincial de Osorno. Consiguientemente, la esencia del contrato es administrativo, y consiguientemente no puede caracterizar como “empresa” al órgano





público, entendiéndose que todas las referencias que dicho contrato hace respecto de las normas de subcontratación, se orientan a establecer los deberes del contratista y las facultades de información y retención que ostentará el órgano. Son referencias prácticas. Alega la improcedencia de solidaridad en el caso de autos por ejercicio de los derechos de retención e información. A todo evento, y para efectos del cumplimiento de lo establecido en los artículos 183-C y 183-D, del Código Laboral, debe tenerse presente que en todos los estados de pago que se cursaron a lo largo del contrato administrativo se hizo valer el derecho de información, pues se contó con certificado de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, y se tuvo a la vista tanto las liquidaciones de sueldo de la trabajadora, como el pago de sus cotizaciones previsionales y de salud. Además, se ha practicado retención respecto del pago de las últimas facturas presentadas a cobro por la empresa demandada, destinándose dichos fondos al cumplimiento de las obligaciones laborales adeudadas a los trabajadores. En consecuencia, la responsabilidad que le asistiría a la Gobernación concernida es meramente subsidiaria y, en caso alguno, solidaria. Alega que no procede aplicar la sanción de nulidad del despido existente en los incisos 5° y 7° del Código del Trabajo a la Gobernación Provincial de Osorno. Dice que se demandó la nulidad del despido fundado en el no pago de las cotizaciones previsionales. Además, en el no pago de ciertas remuneraciones. En consecuencia, por aplicación de los incisos 5° y 7° del artículo 162 del Código Laboral, se declararía nulo el despido y se condenaría a las demandadas al pago de las remuneraciones pendientes y demás que se generen por el despido hasta la fecha de la convalidación del mismo, mediante el entero oportuno de las cotizaciones adeudadas. En primer término, debe tenerse presente que la sanción de nulidad y sus efectos, no alcanzan o afectan a la Gobernación, pues en el caso de ser aplicable el régimen de subcontratación, como se reclama respecto del servicio público, las únicas sanciones que podrían afectarle serían las contempladas en los artículos 183 B, C y D del Código del Trabajo. En efecto, por tratarse de sanciones, estas deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto, siendo la sanción del artículo 162 del Código del Trabajo de carácter especial y contemplada para el empleador que, al momento de desvincular a un trabajador, no ha enterado el pago de cotizaciones previsionales y de seguridad. Tal sanción, como he señalado, no resulta aplicable a la Gobernación de Osorno, la que no tiene carácter de empleador, no descontó cotizaciones de las remuneraciones mensuales del trabajador, ni mucho menos cursó despido alguno. Invoca y transcribe jurisprudencia judicial, algunas incluso en sede de unificación de jurisprudencia. Alega la improcedencia del lucro cesante, diciendo que jamás resultaría procedente el pago de un lucro cesante. En efecto, la demandante no justifica la procedencia de tal indemnización, ni menos explica la base de cálculo a partir de la cual solicita el monto que indica en el petitorio (\$ 6.157.125). Simplemente señala que *“mi ex empleador nos señaló que se trataría de un contrato con la misma*



*vigencia del contrato con la Gobernación Provincial, esto es, tendría duración hasta el 31.03.2020...".* No cabe duda que una afirmación de tal magnitud, deberá ser acreditada por la demandante. En todo caso, si se concediera tal indemnización, no podría afectar al Fisco, puesto que, como la ha consignado la jurisprudencia presente, en el evento de estimarse que concorra responsabilidad por subcontratación, *"Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o periodo durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena"*; es decir, no podrían indemnizarse meses futuros, posteriores al término del contrato, por la "empresa principal", sino sólo por el empleador. Alega la improcedencia de los reajustes e intereses, diciendo que atendido a que se demanda en este caso la declaración de despido injustificado y la nulidad del despido, sólo una vez que se pronuncie la sentencia y, en el evento que se acojan dichas peticiones, nacerá la obligación civil de pagarla, no procede la aplicación de reajustes e intereses sobre ella. En efecto, mientras no exista una sentencia ejecutoriada que disponga el pago, ninguna obligación tiene la parte demandada fiscal y, por lo tanto, ninguna suma existe que deba generar reajustes e intereses, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1551 del Código Civil, que establece que el deudor no está en mora sino cuando ha sido judicialmente reconvenido y ha retardado el cumplimiento de la sentencia. Sostener lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa para el acreedor, por cuanto la sentencia al ser pronunciada contempla el valor adquisitivo vigente de la moneda sobre la cual fija la cifra a pagar. Por consiguiente, en el evento en que se dicte sentencia disponiendo el pago, los reajustes e intereses sólo podrán devengarse desde que la sentencia condenatoria se encuentre firme o ejecutoriada. En cuanto a las costas dice que en el evento que se resuelva que este compareciente es vencido total o parcialmente, se solicita se le exima del pago de las costas de la causa, por estimar que tuvo motivo plausible para litigar, conforme a los argumentos esgrimidos en esta defensa. En definitiva pide el rechazo de la demanda, con costas.

En la audiencia preparatoria las partes no arribaron a conciliación.

En la audiencia de juicio la demandada Fisco acompañó los siguientes documentos: 1) Resolución Afecta N° 1 de 30 de enero del 2019. 2) Resolución Exenta N° 500 de 15 de noviembre del 2018. 3) Resolución Exenta N° 578 de 14 de diciembre del 2018. 4) Resolución Exenta N° 8 de 14 de enero del 2019.

La demandante acompañó los siguientes documentos: 1) Contrato de trabajo de trabajo a plazo fijo, de 01 de marzo del 2018. 2) Constancia ingresada ante la Inspección Provincial del Trabajo de Osorno de 29 de enero del 2019. 3) Copia de comprobante carta de aviso de terminación de contrato de trabajo de 30 de enero del 2019 y carta de despido de 30 de enero de 2019. 4) Comprobante de Correos de Chile, por despacho de la carta de despido, de 31 de enero del 2018. 5) Liquidaciones de remuneraciones correspondientes a los



meses de los meses de septiembre, octubre y noviembre del 2018.6) Presentación de reclamo administrativo ante la Inspección Provincial del Trabajo de Osorno de 27 de febrero del 2019. 7) Acta de comparendo de conciliación ante la Inspección Provincial del Trabajo de Osorno de 19 de marzo del 2019. 8) Resolución Exenta N° 63 de 21 de marzo del 2019. 9) Impresión de aclaración/rectificación respecto de Licitación Pública ID 151512LR 2017 de 26 de enero del 2018.

La parte demandante rindió prueba confesional. Citado a absolver posiciones el representante de la sociedad Asemex Spa, éste no compareció.

La demandada rindió prueba testimonial consistente en las declaraciones de doña Romina Lucero Cheuquián Cheuquián y doña Camila Fernanda Godoy Cheuquián.

Las partes formularon observaciones a la prueba.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en la audiencia preparatoria las partes presentes, esto es, demandante y Fisco de Chile, establecieron como hechos no controvertidos los siguientes:

- 1) Que la demandante prestó servicios como trabajador dependiente de ASEMEX SPA en la obra “Servicio General de Apoyo a la Mantención, Limpieza áreas verdes, Servicios Higiénicos e Infraestructura del Complejo Fronterizo Cardenal Antonio Samoré”, hasta el 31 de enero del 2019.
- 2) Que el Fisco de Chile pagó las cotizaciones previsionales de salud, AFP y AFC de la demandante de los meses de diciembre del 2018 y enero del 2019 el día 15 de abril del 2019.
- 3) Que la demandada suscribió con ASEMEX SPA, contrato de “Servicio General de Apoyo a la Mantención, Limpieza áreas verdes, Servicios Higiénicos e Infraestructura del Complejo Fronterizo Cardenal Antonio Samoré” mediante licitación ID 1515-12-LR17.

**SEGUNDO:** Que la parte demandante rindió prueba testimonial consistente en las declaraciones de doña Romina Cheuquián Cheuquián y doña Camila Godoy Cheuquián.

Doña Romina Cheuquián Cheuquián dijo que conoce a la demandante porque trabajaron para la misma empresa la testigo trabajó desde diciembre 2018 a enero 2019. Trabajaron en el paso fronterizo para Asemex. La testigo era informadora es decir daba información en la garita de acceso a los vehículos y le entregaba esa información a un funcionario de Aduanas; La empresa prestaba además servicios de aseo en todo el recinto. La demandante estaba en la cocina y cocinaba para todos los de la empresa Asemex en la cocina. Tenían un supervisor de la empresa Asemex. La testigo prestó servicios hasta el 31 de enero de 2019. La demandante dejó de prestar servicios porque la empresa se fue a la quiebra Después de un mes la Gobernación le pagó lo que quedaron adeudando, porque ellos tenían un cheque de garantía y le pagaron directamente.



Doña Camila Godoy Cheuquian dijo que conoce a la demandante, trabajó con ella en el complejo Cardenal Samoré; trabajaron para Asemex y Gobernación. Asemex les hizo el contrato. Tuvo que ir a la Gobernación durante 3 meses por temas de atraso de pagos. La testigo trabajó hasta el 31 de enero de 2019; tenía contrato mensual y en esa época se terminó el contrato. Las remuneraciones de enero de 2019 le fueron pagadas con atraso por la empresa. La demandante era la cocinera en el complejo y hacía el aseo del área donde comía el personal de Asemex. La demandante tenía un contrato indefinido, tenía otro tipo de contrato.

**TERCERO:** Que con la prueba documental consistente en contrato de trabajo suscrito entre la demandante y Asemex Spa y liquidaciones de remuneración de la actora, acompañados por su parte y apreciados de acuerdo con las reglas de la sana crítica se encuentra acreditado lo siguiente:

1) Que desde el 1 de marzo de 2018 hasta el 30 de enero de 2019 la demandante prestó servicios de *"encargada de cocina, comedor, manipuladora de alimentos y lavado de ropas"* en la obra denominada *"servicios generales de apoyo a la mantención, limpieza en áreas verdes, servicios higiénicos e infraestructura del complejo fronterizo Cardenal Samoré, provincia de Osorno, Región de Los Lagos según licitación N°1515-12-LR17 de la Gobernación Provincial de Osorno, la cual será desarrollada en el complejo fronterizo Cardenal Samoré ubicada en el kilómetro 95 de la ruta internacional 215, comuna de Puyehue, Región de Los Lagos"*. Ello está acreditado con el contrato de trabajo acompañado.

2) Que la remuneración de la demandante, para los efectos del artículo 172 del Código del Trabajo es de \$424.099, correspondiente al promedio de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2018, (excluyéndose las horas extras y aguinaldo según dan cuenta las liquidaciones de remuneraciones acompañadas; y no los \$438.750 que se indican en la demanda.

3) Que el 30 de enero de 2019 la demandante fue despedida invocando el empleador la causal del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa. En ella se indican como hechos lo siguiente: *"baja de la productividad de la empresa y que obligan a su separación"*. Dicha carta fue enviada por Correo a la trabajadora y se comunicó de ello a la Inspección del Trabajo. Ello está acreditado con la carta de despido, comprobante de envío acompañada por la demandante.

**CUARTO:** Que era de cargo del empleador demandado acreditar los hechos en los que funda la causal de despido que invocó, lo que no ha hecho, por lo que el despido de que fue objeto la actora, ocurrido el 30 de enero de 2019, necesariamente deberá ser declarado injustificado.

Por ello la demandante tiene derecho a la indemnización sustitutiva que demanda, la que asciende a \$424.099.

**QUINTO:** Que no obstante el hecho no controvertido n°1 concordado por las partes en la audiencia preparatoria, en orden a que la demandante prestó servicios para su empleador hasta el 31 de enero



de 2019, lo cierto es que no se expresa así en la demanda; en efecto, dice la actora que el 24 de enero de 2019 su empleador no se presentó en el lugar habitual para trasladar a los trabajadores a la faena.

Así, la fecha de término de los servicios (30 de enero de 2018) es concordante con lo señalado por la trabajadora en la constancia realizada en la Inspección del Trabajo, en su presentación de reclamo y en el acta del comparendo de conciliación.

**SEXTO:** Que como aparece del hecho no controvertido n°2, concordado por la parte demandante y el Fisco de Chile, el 15 de abril de 2019 este demandado pagó las cotizaciones previsionales, de salud, AFP y AFC de diciembre de 2018 y enero de 2019; cotizaciones en las que la actora, según se indica en la demanda, funda la nulidad del despido.

Así las cosas, se concluye que a la fecha del despido, ocurrido el 30 de enero de 2019, dichas cotizaciones aún no se encontraban pagadas.

**SEPTIMO:** Que como se desprende del artículo 162 inciso 4° del Código del Trabajo, la sanción de nulidad se funda en el no pago íntegro, al momento del despido, de *"las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido"*; por lo que para los efectos de la sanción de nulidad solo debe considerarse el no pago de las cotizaciones de diciembre de 2018.

Las cotizaciones correspondientes a enero de 2019 no deben ser consideradas para estos efectos pues ellas se devengaron el mismo mes en que ocurrió el despido y no en el mes anterior. Además, éstas al momento del despido no se encontraban morosas desde que el artículo 19 del DL 3500 establece como plazo para su pago hasta el día 10 del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones.

**OCTAVO:** Que por lo expuesto en los considerandos precedentes, se declarará además que el despido de la demandante es nulo, debiendo el empleador pagar las remuneraciones posteriores al despido nulo a razón de una remuneración mensual bruta de \$424.099 hasta el 15 de abril de 2019, fecha de pago de las cotizaciones adeudadas.

**NOVENO:** Que no se dará lugar a la demanda de autos en cuanto en ella se pide el pago de las cotizaciones previsionales de Fonasa, AFC Chile y AFP de diciembre de 2018 y enero de 2019 desde que se estableció como hecho no controvertido que ellas fueron pagadas por el demandado Fisco de Chile.

**DECIMO:** Que conforme lo establece el artículo 73 del Código del Trabajo, el empleador demandado deberá pagar la indemnización por feriado proporcional, el que en la especie asciende a \$279.198 por el período que duró la relación laboral, esto es, 1 de marzo de 2018 hasta el 30 de enero de 2019.

**DECIMO PRIMERO:** Que la demandante sostiene que al violar unilateralmente la ley del contrato, el empleador le ha causado un perjuicio que debe ser reparado en relación con la legítima utilidad que habría recibido de no haberse incumplido aquel por el demandado.



Dice que atendido que la vigencia del contrato estaba establecida hasta el 30 de marzo de 2020 su empleador debe pagarle las remuneraciones posteriores al despido y hasta esa fecha.

Que en el contrato de trabajo suscrito por la demandante y su empleador, las partes lo denominan "*contrato de trabajo a plazo fijo de faena terminada*". Además en la cláusula primera acuerdan que el trabajador se compromete y obliga a desempeñar sus labores en la obra denominada "*Servicios Generales de apoyo a la mantención, limpieza de áreas verdes, servicios higiénicos e infraestructura del complejo fronterizo Cardenal Samoré, provincia de Osorno, Región de Los Lagos*" según Licitación Pública N°1515-12-LR17. Luego en la cláusula octava las partes disponen que el contrato tiene el carácter de plazo fijo de faena terminada, la que será "*Servicios Generales de apoyo a la mantención, limpieza de áreas verdes, servicios higiénicos e infraestructura del complejo fronterizo Cardenal Samoré, provincia de Osorno, Región de Los Lagos*", "la cual tiene una duración de 25 meses, esto es, desde el 1 de marzo de 2018 hasta el 31 de marzo de 2020".

**DECIMO SEGUNDO:** Que atendida la naturaleza del contrato de trabajo suscrito entre la trabajadora y su empleador, y el despido injustificado de que fue objeto, se accederá la demanda en cuanto en ella se pide el pago de las remuneraciones posteriores al despido y hasta el 31 de marzo de 2020, por infracción a los artículos 1545 y 1556 del Código del Trabajo.

Para el cálculo de esta indemnización por lucro cesante, que persigue que se indemnice el daño sufrido por el trabajador al no poder percibir aquellas remuneraciones que legítimamente habría obtenido de mantenerse el contrato bilateral, deben descontarse las remuneraciones posteriores al despido que en razón de la nulidad del despido percibirá, las que corresponden, como se ha dicho al período febrero, marzo y 15 días de abril de 2019. Ella para evitar un doble pago, toda vez que el fundamento del lucro cesante en ese período no existe, desde que dada la sanción de nulidad del despido se ha devengado a favor de la trabajadora sus remuneraciones para ese período.

Así la indemnización por lucro cesante corresponde al período que va desde el 15 de abril de 2019 hasta el 31 de marzo de 2020, a razón de una remuneración mensual de \$424.099, lo que totaliza \$4.877.138.

**DECIMO TERCERO:** Que en la especie se reúnen los presupuestos jurídicos para estimar que la prestación de servicios que la demandante realizaba como trabajador dependiente de la demandada Asemax Spa en el complejo fronterizo Cardenal Antonio Samoré, se realizaron bajo régimen de subcontratación.

En efecto, la demandante prestó servicios en virtud de un contrato de trabajo con Asemax Spa (contratista); existió un acuerdo contractual entre las demandadas para la prestación de dichos servicios; los servicios fueron prestados en dependencias de la demandada Fisco de Chile (Complejo Fronterizo Cardenal Antonio



Samoré); y los servicios se prestan con trabajadores dependientes del contratista y por su cuenta y riesgo.

El Fisco de Chile alega que la demanda planteada en contra de la Gobernación Provincial, debe rechazarse dado el carácter administrativo de la contratación existente entre las demandadas, de modo que no concurren los requisitos para considerarla empresa principal. Precisa que el contrato suscrito con la demandada Asemex Spa es un contrato administrativo que no es de aquellos a los que se refiere el artículo 183- A del Código del Trabajo, cuestión que esta sentenciadora no comparte.

En efecto el artículo 183 A del Código del Trabajo exige la existencia de un "acuerdo contractual" entre el empleador y la empresa mandante; concepto amplio que considera no solo un contrato suscrito entre privados sino también, como ocurre en la especie un contrato administrativo como lo alega el Fisco.

Por ello dicha alegación será desestimada.

**DECIMO CUARTO:** Que el Fisco alega la improcedencia de la responsabilidad solidaria que se demanda, diciendo que en todos los estados de pago que se cursaron a lo largo del contrato administrativo existente entre las demandadas se hizo valer el derecho de información pues se contó con un certificado de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales; por ello la responsabilidad de la Gobernación es subsidiaria.

Que conforme se acredita con las resoluciones exentas y el contrato de prestación de servicios licitación pública, acompañados por el Fisco de Chile, la Gobernación Provincial ejerció los derechos de información y retención, pagando esta demandada obligaciones laborales de la trabajadora como son las cotizaciones previsionales, por lo que su responsabilidad, inicialmente solidaria, ha derivado en una de carácter subsidiaria.

**DECIMO QUINTO:** Que esta jueza no comparte la alegación de la demandada subsidiaria en cuanto sostiene que la sanción de nulidad no puede extenderse a la Gobernación de Osorno desde que no tiene el carácter de empleador y por lo tanto no descontó las cotizaciones de las remuneraciones mensuales de la trabajadora demandante.

El artículo 183- D del Código del Trabajo es claro en cuanto dispone que la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal se extiende a *"aquellas obligaciones laborales y previsionales"* que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, *"incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral"*.

Así la sanción de nulidad que contempla el artículo 162 del Código del Trabajo y que nace precisamente por el término de la relación laboral en las condiciones que en dicha norma se establece (despido nulo) se enmarca dentro del mencionado artículo 183-D, sobre todo si, como ocurre en la especie, ha sido el demandado subsidiario el que, ejerciendo el derecho de retención ha pagado las cotizaciones previsionales y de salud que provocaron la nulidad del despido, convalidándolo, como se ha razonado.



Es a través de los derechos de información y retención que concede la ley al mandante, que éste puede realizar las acciones destinadas a cumplir la finalidad perseguida por la ley, esto es, que se realice el pago de las cotizaciones previsionales y de salud de un trabajador, evitando o minimizando el daño previsional.

**DECIMO SEXTO:** Que la demandada subsidiaria alega que la indemnización por lucro cesante no puede afectar a su parte. Sostiene en síntesis que, tal responsabilidad está limitada al tiempo o período durante el cual los trabajadores de contratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra.

Que estima esta sentenciadora que no es posible extender la responsabilidad por el lucro cesante a la demandada subsidiaria, desde que tal indemnización no reviste el carácter de una obligación de índole laboral ni previsional, ni constituye tampoco una indemnización legal laboral.

La indemnización por lucro cesante tiene su fuente en el contrato suscrito entre las partes principales (trabajador y empleador) y en normas del derecho común (artículos 1545 y 1556 del Código Civil) y constituye un resarcimiento por la pérdida efectiva de la ganancia cierta que ha sufrido el contratante cumplidor, de modo que imputar dicha responsabilidad a un tercero, no vinculado con el contratante cumplidor, como ocurre en la especie con la demandante y la Gobernación demandada, implicaría extender los efectos de un contrato a terceros, lo que no es posible.

Por ello se desechará la demanda en cuanto se pide que la demandada subsidiaria sea condenada al pago del lucro cesante.

**DECIMO SEPTIMO:** Que las demás pruebas rendidas por las partes en nada altera lo ya reflexionado.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 7, 8, 161, 162, 168, 172, 173, 183- A, 183-B, 183-D, 446, 452, 453, 454, 456 y 459 del Código del Trabajo; artículos 1545 y 1556 del Código Civil, se declara:

Que **SE ACOGE** la demanda interpuesta por doña **MARITZA DEL CARMEN CASAS OJEDA**, en contra de su ex empleadora la sociedad **ASEMAX SPA**, y en contra de **FISCO DE CHILE – GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE OSORNO**, solo en cuanto se declara injustificado y nulo el despido de que fue objeto la demandante, ocurrido el 30 de enero de 2019, condenándose a las demandadas a pagar las siguientes prestaciones:

A.- La demandada **ASEMAX SPA** como deudora principal y **FISCO DE CHILE- GOBERNACION PROVINCIAL DE OSORNO** como deudora subsidiaria las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- 1) \$424.099 por indemnización sustitutiva del aviso previo;
- 2) remuneraciones posteriores al despido nulo ocurrido el 30 de enero de 2019 hasta el 15 de abril de 2019 a razón de una remuneración mensual de \$424.099;
- 3) \$279.198 por indemnización por feriado proporcional.





B.- La demandada ASEMAX SPA pagará a la demandante \$4.877.138 por indemnización por lucro cesante por el período 15 de abril al 31 de marzo de 2020.

C.- A pagar reajustes e intereses de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

D.- Cada parte pagará sus costas por no haber sido vencida totalmente la parte demandada.

RIT O-99-2019

Pronunciada por doña María Isabel Palacios Vicencio, Jueza Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno.

