

Concepción, veinte de agosto de dos mil veintiuno.

VISTO, OIDO Y CONSIDERANDO.

En audiencias realizadas con fecha 5 de julio y 9 de agosto de 2021 se llevó a efecto el juicio en esta causa, en el cual se rindió la prueba singularizada en el acta de las audiencias, cuyo registro consta en audio y el de los documentos con su digitalización.

Las partes son las siguientes:

Demandante: **MARCELO ALEJANDRO SAAVEDRA ASTETE RUN: 11.291.859-0**, casado, de profesión Ingeniero en Mantenimiento Industrial, domiciliado en Pasaje 2 número 4042, sector Los Notros 2, comuna de Hualpén.

Demandados:

a) EMSE S.A. RUT: 96.641.460-K, del giro de ingeniería y otras actividades empresariales representada por don Waldo Espinoza Michelini o por quien lo subrogue o reemplace ambos con domicilio en el lugar de la faena ubicada en Camino a Lengua N° 2001, comuna de Hualpén.

b) ENAP REFINERIAS S.A., representada por su gerente de la refinería Biobío don Álvaro Hillerns Velasco o por quien lo subrogue o reemplace, con domicilio en Camino a Lengua N° 2001, comuna de Hualpén.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 456, 457, 458 y 459 del Código del Trabajo, se procede a dictar la siguiente sentencia:

Síntesis de la demanda.

1º) Se presenta don Marcelo Saavedra Astete, en adelante también el trabajador o el demandante, deduciendo demanda de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido en contra de la empresa Emse S.A., en adelante también el empleador o la demandada, a quien señala le prestó servicios en calidad de “operador maquinaria N°1” en virtud de un contrato que suscribió con fecha 1 de octubre de 2009, que se extendió hasta el 10 de mayo de 2019, fecha en que el empleador le comunicó su despido invocando la causal de necesidades de la empresa prevista en el artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo. En forma solidaria o subsidiaria dirige la demanda en contra de la empresa Enap Refinerías S.A. en calidad de mandante de sus servicios, los cuales eran prestados en su planta.

Señala que su despido encubre un acto de discriminación en su contra en razón de enfermedad y que, además, lesionó su derecho a la vida e integridad física y psíquica por actos ocurridos durante la relación laboral y hasta el despido, el cual que constituye el acto corolario vulneratorio.

Funda dichas alegaciones en los siguientes hechos, a los cuales les atribuye el carácter de ser indicios de la vulneración de derechos fundamentales:

- Desde julio de 2018, la relación laboral con su supervisor don Gustavo Herrera Nain se tornó insostenible, pues este en forma sistematizada inició una



verdadera campaña de desprestigio en su contra sufriendo acoso laboral por parte de él.

- Lo anterior se materializó en forma pública, sumado a las constantes faltas de respeto, quien incluso procedía a cambiar en forma arbitraria su itinerario de trabajo, asignarle labores que por contrato no debía realizar y, desautorizándole frente a sus pares.

- En el mes de agosto de 2018 presentó una primera denuncia por acoso laboral en contra de don Gustavo Herrera Nain en forma personal con la encargada de relaciones laborales doña Jessie Cifuentes la cual lo escuchó comprometiéndose a investigar su denuncia y conversar con los involucrados, pero no aconteció jamás.

- Con fecha 13 de diciembre del 2018 sufrió un accidente laboral al desprenderse la manguera de abastecimiento de combustible de la grúa esparciéndose combustible en el área, cayendo sobre su cara y entrando residuo por el costado de su lente de seguridad en forma directa a su ojo izquierdo lo cual le generó una fuerte irritación, provocándole a los minutos visión borrosa.

- El prevencionista de riesgos don Roberto Matamala, negó gravedad a su accidente asignándole tareas de oficina durante el resto de la jornada, negándose a efectuar una denuncia de accidente del trabajo (DIAT) para ser ingresado a la mutualidad.

- En el mes de enero de 2019 la visión de su ojo izquierdo empeoró por no haber recibido atención médica oportuna por su accidente laboral y, además, debido a la situación de stress laboral que sufrió derivado de los hechos narrados.

- Tomó la decisión de consultar por sus propios medios en forma particular a médico especialista oftalmólogo quien con fecha 21-01-2019 le ordenó una serie de exámenes bioquímicos y de visión los cuales arrojaron el diagnóstico de “lesión maculopatía central serosa ojo izquierdo”.

- Con fecha 12 de Febrero de 2019 fue sometido a exámenes de optometría, angiograma de retina e iris y retinografía de ambos ojos.

- Además en dicho mes, al mantenerse las condiciones de acoso laboral por parte de su supervisor volvió a denunciar por segunda vez dicha situación a la encargada de relaciones laborales doña Jessie Cifuentes, solicitándole que procediera conforme al reglamento interno de la empresa.

- En los meses de Marzo y Abril de 2019 continuaron las conductas de acoso laboral desplegadas por su supervisor pues se le quitaron atribuciones asignadas como operador de maquinaria del contrato. Lo anterior fue nuevamente denunciado por tercera vez a la encargada de relaciones laborales doña Jessie Cifuentes.



- Con fecha 09 de Mayo de 2019 la Mutual Chilena de Seguridad luego de examinarlo emitió un informe de evaluación médica la cual arrojó en el resultado de observación "optometría alterada".

- Con fecha 10 de Mayo de 2019, esto es, al día siguiente de tomar conocimiento su empleador de su evaluación médica con resultado de optometría alterada decidió desvincularlo de la empresa por supuestas necesidades de la empresa.

- En su categoría y labores asignadas como operador de maquinaria fue el único trabajador despedido.

Señala que los servicios se prestaron en régimen de subcontratación laboral para la demandada solidaria, a quien le es aplicable la responsabilidad del artículo 183 B del Código del Trabajo, por tanto solidariamente responsable a menos que acredite que ejerció los derechos de información y retención.

También indica que se aplica al despido la sanción de nulidad por no pago íntegro de cotizaciones de seguridad, por no pago íntegro de horas extra, las que le fueron enteradas por un valor menor del que en derecho le correspondía, ya que el empleador la tasó en un valor de \$12.725 excluyendo para el cálculo los bonos permanentes que eran enterados en su liquidación de sueldo, resultando un valor real de \$17.222. Tal diferencia en los meses de noviembre 2018 a abril 2019 es de un total de \$388.971. Además que no le pagó las horas extras trabajadas en la labor de mantenedor de maquinaria en los meses de diciembre de 2018 por 6.5 horas (valor en pesos \$111.943) y en el mes de marzo de 2019 por 17 horas extra valor en pesos (\$292.774).

Alega igualmente que existe una continuidad laboral desde el 1 de octubre de 2019 aun cuando existió una renovación de contrato y firma de un finiquito el 31 de agosto 2011 que no tuvo el efecto de poner término a la relación laboral, por lo que se ha producido una diferencia en cuanto a los años de servicios pagados en el finiquito que no cubre el total de 11 años.

Respecto de la remuneración al término de contrato indica que era la suma de \$2.489.095 y que también se le adeudan diferencias por haberse considerado un monto menor.

Solicita en definitiva acoger la demanda de manera solidaria o subsidiariamente en contra de ambas demandadas declarando:

1. Que con ocasión del despido su empleador ha vulnerado sus derechos fundamentales como trabajador a la no discriminación en razón de salud e igualdad laboral.

2. Que vigente la relación laboral y hasta el último día de trabajo se vulneró además su derecho a la integridad física, psíquica y dignidad de la persona conforme lo establece el artículo 19 N° 1 de la CPR.



3. Que como consecuencia de ello las denunciadas deben pagar la suma de \$27.380.045.- por concepto de indemnización adicional equivalente a 11 meses de la última remuneración mensual, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 489 inciso 3° parte final del Código del Trabajo, o la suma que su se determine conforme al derecho y al mérito del proceso.

4. Que se condena a la demandada a pagar la suma de \$829.698.- por los 10 días trabajados en el mes de Mayo 2019.-

5. Que se condena a la demandada a pagar la suma de \$383.748.- por concepto de diferencia indemnización sustitutiva de aviso previo.

6. Que se condena a la demandada a pagar la suma de \$8.048.174.- por concepto de diferencia indemnización equivalente a 9 años 7 meses de servicio.

7. Se ordene la restitución de la suma de \$4.077.167.- indebidamente descontada de su indemnización por años de servicio por no ser procedente la imputación del aporte empleador de AFC.

8. Que se condena a la demandada a pagar la suma de \$7.467.285.- por concepto de recargo legal de 30%, según lo dispuesto en el artículo 168 en relación con el 489 del Código del Trabajo.

9. Que se condena a la demandada a pagar la suma de \$388.971.- por diferencia horas extras y la suma de \$404.717.- equivalentes a 23.5 horas según el detalle de la demanda.

10. Que por aplicación del artículo 162 del Código del Trabajo el despido es nulo y se ordena a la demandada pagar sus remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación de convalidación al trabajador a razón de \$ 2.489.095.-

11. Que ENAP REFINERIAS S.A es solidariamente responsable del pago de cada prestación e indemnización solicitada anteriormente en virtud de su calidad de empresa principal según lo previsto en el art. 183-B del Código del Trabajo, salvo que demuestre en juicio haber ejercido sus derechos-deberes de información y retención, caso en el cual demandamos su responsabilidad subsidiaria.

12. Que se condena a la demandada a pagar todas las sumas demandadas según se indica, o la suma mayor o menor que establezca conforme al mérito del proceso.

13. Que se condena a la demandada a pagar los respectivos reajustes, intereses desde la fecha del término de la relación laboral hasta la fecha del pago efectivo, de conformidad al artículo 163 del Código del Trabajo.

14. Que se condena a la demandada a pagar las costas de la causa cuyo monto y cuantía se deberá determinar en la sentencia definitiva.



En subsidio deduce demanda por despido injustificado haciendo presente que la carta de despido carece de una relación circunstanciada de los hechos que permitan justificar la causal del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, por lo que no cumple con la exigencia de especificidad que ha sido reconocida jurisprudencialmente por la Excma Corte Suprema (causa 20043-2016).

En consecuencia sostiene que el despido es injustificado y que es improcedente el descuento efectuado por el aporte del empleador al seguro de cesantía.

También alega la nulidad del despido en base a los mismos hechos indicados en la demanda principal, esto es, por no haberle pagado en forma íntegra las horas extra.

Solicita en definitiva se condene al empleador a las mismas prestaciones indicadas en cuanto a la demanda principal, salvo la indemnización especial del procedimiento de tutela laboral.

Contestación de la demandada EMSE S.A.

2°) Como primera cuestión indica que el contrato de trabajo tiene fecha de inicio el 1 de septiembre de 2011 y opone excepción de finiquito en cuanto al contrato que celebraron las partes entre el 1 de octubre de 2009 y que terminó el 31 de agosto de 2011 con la suscripción de un finiquito ante notario que el actor aceptó y por el cual se le pagó la suma de \$3.066.909.

Señala que en dicho finiquito se incorporó una cláusula de renuncia la que le otorga poder liberatorio y no carecería de causa porque se fundó en la causal del artículo 161 inciso 1°, necesidades de la empresa.

En cuando a la denuncia propiamente tal niega los fundamentos esgrimidos por el actor señalando que:

- El despido no es un acto de discriminación ni una forma de desprenderse de un trabajador como corolario de acoso laboral.

- No ha existido ningún maltrato o acoso laboral por parte de Gustavo Herrera Nain o que le haya insultado de algún modo. Lo que efectivamente ocurrió es que en una de las inducciones diarias, el supervisor estaba hablándoles a sus trabajadores sobre sus fortalezas y debilidades, y sin ninguna intención señaló en términos coloquiales “como por ejemplo, tú, Marcelo, que eres experto en grúas grandes, pero las chicas a veces se te van en collera”, pasando luego a ejemplificar con otro trabajador. Esto sin ánimo de ofender y no era una frase caprichosa porque el actor había protagonizado un accidente con una grúa pequeña. Además la relación entre ambos era amable y amistosa.

- Tampoco se le ha cambiado su itinerario de forma arbitraria, asignándole labores fuera de contrato. La única vez que recibió un trato diferenciado fue cuando el actor solicitó expresamente que no se le asignara sobretiempo porque



coincidía con sus clases vespertinas mientras cursaba su ingeniería en la Universidad entre los años 2014 y 2016.

- No se le ha restringido la posibilidad de lo que denomina “sobretiempo programado porque eso no existe. El sobretiempo no se programa y surge de las necesidades del servicio de la empresa mandante.

- No es cierto tampoco que el trabajador haya presentado denuncia alguna por acoso laboral ante doña Jessie Cifuentes ni ninguna otra jefatura. Existe un procedimiento ampliamente conocido al efecto por todo el personal, incluido el demandante y consiste en hacer denuncia por escrito al gerente ejecutivo que es don Waldo Espinosa Michelin quien no es persona lejana al actor. Incluso habían hecho un viaje junto para la compra de equipos para la empresa a Europa.

- El actor no sufrió el accidente del trabajo que describe. No era su función cargar combustible y era una labor que se hacía siempre en pareja. Es imposible que haya ocurrido, toda vez, que los estanques son unos tambores en que el combustible sale por el movimiento de una manivela por lo que no tiene gran presión como para genera el accidente que describe. Además que la empresa tiene implementado el uso de gafas con protección periférica que impide el paso de sustancia a los ojos de los trabajador. Y lo último es que nada informó el actor del accidente a nadie ni al prevencionista Roberto Matamala, el cual ya no trabaja para la empresa al igual que Jessie Cifuentes.

- La evaluación médica por la Mutual de Seguridad corresponde a exámenes ocupacionales que se realizan rutinariamente año a año. Dentro de esto le correspondía al actor y se lo comunicó Nancy Pinto, lo cual es un requisito indispensable para trabajar en Enap.

- No es efectivo que el empleador haya sabido con anterioridad al despido que el demandante tuviese un diagnóstico de Maculopatía Central Serosa ojo izquierdo. Solo se enteró con la demanda. Por tanto que no es efectivo que los desvinculó al día siguiente de tomar conocimiento de ese hechos.

Además que todos los exámenes ocupacionales realizados al actor en los años 2016 2017 y 2018 arrojan la existencia de una optometría alterada y eso jamás tuvo injerencia en la mantención de su puesto de trabajo, porque todos los informes señalaban que “el examen de salud realizado no demuestra alteraciones que impidan su desempeño”.

- Tampoco es efectivo que la Maculopatía Central Serosa haya sido contraída con ocasión de su trabajo porque es una enfermedad consistente en la degeneración de la mácula que es una zona del globo ocular que se encuentra en la parte posterior de la retina y del ojo mismo, de la cual se desconocen sus causas específicas pero es de mayor prevalencia en los hombres y se asocia a causas genéticas y factores como la edad, la obesidad que justamente padece el



actor según sus antecedentes ocupacionales, y el estrés que no es necesariamente consecuencia de acoso laboral.

En mérito de lo anterior sostiene que el despido no puede considerarse discriminatorio ni lesivo de derechos fundamentales. Pues la optometría alterada no guarda relación con ello y el diagnóstico de maculopatía era totalmente ignorado. Por lo demás, según se desprende de la propia demanda su diagnóstico vino a quedar claro recién el 10 de junio, un mes después del despido cuando terminó sus exámenes.

Afirma que la única razón del despido es la señalada en la carta de despido, derivadas de la racionalización que se implementó en la empresa para enfrentar la disminución de actividad de la empresa por medidas adoptadas por Enap Refinería S.A. que es su único cliente y que inició un programa de revisión optimización de contratos, donde se exhortó a diversas empresas contratistas a presentar rebajas en los costos de los servicios que estaban prestando como única manera de asegurar la continuidad de los contratos.

Agrega que el trabajador no fue el único despedido pues se debieron hacer diversos ajustes y desde febrero hasta agosto de 2019 se debió despedir a 25 trabajadores y solo en el mes de mayo fueron 10, todos por necesidades de la empresa.

Por consiguiente sostiene que el despido no es discriminatorio, el cual responde a una justificación objetiva y razonable: la necesidad de sobrevivencia de la empresa y excluye cualquier motivación lesiva de derechos fundamentales.

En cuanto a la nulidad del despido por supuestas diferencias en la forma de calcular el valor de las horas extraordinarias en el periodo de noviembre de 2018 a abril de 2019, señala que todas las cotizaciones que se devengaron hasta la fecha del despido se encuentra pagadas, y que, si resultare probada alguna diferencia, se ha procedido a pagar una suma equivalente a las cotizaciones previsionales por los montos discutidos, de manera que la nulidad tampoco ha de producirse, por cuanto no se cumple los requisitos establecidos en el artículo 162 del Código del Trabajo y se ha enervado la acción en los términos del inciso 7° parte final del Código del Trabajo.

Finalmente, contestando la demanda subsidiaria por despido indirecto señala que la carta de despido cumple con los requisitos legales. En ella se señala expresamente que la necesidad de la empresa deriva de la racionalización que se está implementando para enfrentar la disminución de la actividad en el mercado en que presta servicios la empresa, especificando, en especial “las medidas de optimización que está poniendo en práctica su principal cliente, Enap Refinerías Biobío. Y luego procede a detallar que, para hacer frente a dichos requerimientos de la empresa principal, la empresa se encuentra en un proceso de reestructuración de algunas importantes áreas de trabajo, lo que ha implicado,



entre otras cosas, disminuir la dotación de personal y que se fusionen algunas tareas. Y que, para ello se hace necesario disminuir el número de funcionarios que trabajan como Operador Maquinaria N° 1, que es el cargo que él ocupa actualmente en el contrato TR31062582.

En particular señala que en el contrato que alude la carta habían dos operadores Nivel 1 y tres operadores nivel 2, fusionándose las funciones de los operadores nivel 1 en uno solo de ellos que pasó a ser el único encargado de operar los equipos de mayores izajes.

Contestación demandada Enap Refinerías S.A..

3°) En primer alega la falta de legitimación pasiva respecto de la demanda de tutela laboral argumentando que los hechos en que se funda habrían ocurrido entre el trabajador y su empleador, por tanto fuera de las facultades que el artículo 183 C le otorga en su calidad de mandante o empresa principal. Y que la solidaridad que contempla el artículo 183 B del Código del trabajo no es respecto de las vulneraciones de derechos fundamentales en que pueda incurrir la contratista.

Agrega que la ley radica la legitimación pasiva de la acción de tutela únicamente en el empleador, lo que la doctrina reconoce señalando que la protección supone actos positivos del empleador que con su actuar extralimita derechos ajenos, los cuales nunca pueden ser perpetrados por un tercero ajeno a la relación laboral como es la empresa principal.

Alega también que se han acumulado acciones en el proceso en contravención a lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo que prohíbe la acumulación a una demanda de tutela de acciones de otra naturaleza o de idéntica pretensión basada en fundamentos diversos. Ello respecto de las horas extras y 10 días trabajados en el mes de mayo de 2019.

En cuanto al fondo señala que niega los hechos en que se funda la demanda y, en su caso, que su responsabilidad solidaria porque ha solicitado de la empleadora del actor información periódica del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, en los términos establecidos en el artículo 183 C del Código del Trabajo. Y que tal responsabilidad está limitada al tiempo en que el demandante habría prestado efectivamente servicios en régimen de subcontratación laboral.

Finalmente se refiere también a que la devolución del descuento del seguro de cesantía no le es oponible porque no se circunscribe al ámbito de la responsabilidad del artículo 183 B. Y, sin perjuicio de ello, que no es pertinente la devolución del aporte del empleador al seguro de cesantía que corresponde a un beneficio del empleador cuando despido por alguna de las causales del artículo 161 del Código del Trabajo.

Continuidad de la relación laboral desde el año 2009.



4º) En lo que dice relación con el inicio de la relación laboral la parte empleadora reconoce que el trabajador se desempeñó en la empresa desde el 2 de octubre de 2009 en virtud un primer contrato de trabajo que está acompañado como prueba. Sin embargo, solo le reconoció antigüedad laboral –para el pago de indemnización de servicios- por el segundo contrato celebrado con fecha 1 de septiembre de 2011. Del primer contrato de trabajo alega excepción de finiquito y acompañó un finiquito firmado ante notario con fecha 24 de octubre de 2011 en que se deja constancia del término de la relación laboral el 31 de agosto de 2011 por la causal de necesidades de la empresa.

De tales antecedentes se desprende que la relación laboral no se interrumpió en los hechos pues el finiquito se firmó ante notario cuando ya se había celebrado un segundo contrato de trabajo entre las partes. Entre uno y otro contrato no existió solución de continuidad.

Ante situaciones como estas, esto es, en que existen contratos sucesivos respecto de los cuales se firman finiquitos, la Excma. Corte Suprema se ha pronunciado en unificación de jurisprudencia señalado que la fuerza probatoria se ve debilitada y no se acredita el término de una relación laboral por medio de un finiquito cuando es seguido de otro contrato (CS. 20.730-2018).

En este caso existen dos contratos sin solución de continuidad alguna. Ello lleva necesariamente a considerar que ha existido una sola relación laboral no terminada en los hechos. El finiquito no se firmó entre uno y otro contrato sino que tuvo lugar cuando ya existía un segundo contrato vigente, por lo cual el finiquito carece de poder liberatorio entre las partes atendido lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º en que se consagra la irrenunciabilidad de los derechos laborales mientras subsista el contrato de trabajo.

En consecuencia, como el finiquito se firmó mientras subsistía la relación laboral no cabe sino concluir que no puede prosperar la excepción fundada en el finiquito firmado por el trabajador ante notario con un fecha posterior al segundo contrato de trabajo, porque es una continuación ininterrumpida del primero, y le ampara al trabajador el artículo 3º del Código del Trabajo, el cual establece como principio fundamental de esta rama del derecho la irrenunciabilidad de los derechos laborales mientras se encuentra vigente la relación laboral.

La parte demandada presentó prueba consistente en un correo electrónico de fecha 29 de agosto de 2011 para justificar el nuevo contrato de trabajo y el finiquito del trabajador. El correo tiene como referencia término anticipado del contrato BB31030731 Grúa 55 Ton y señala que con fecha 1 de septiembre de 2011 comienza la oferta técnica (contrato TR31031844) en que se individualiza la misma grúa del contrato vigente y se le requiere dar término el 31 de agosto de 2011. No obstante, lejos de alterar lo concluido, la prueba ratifica la continuidad de



los servicios con una misma grúa en un contrato distinto y sin solución de continuidad.

Ahora bien, teniendo en vista que al suscribir el finiquito se pagó al trabajador la suma de \$2.014.084 por años de servicio, dichos montos se deben considerar como una anticipo o abono pagado al trabajador respecto de la indemnización por años de servicios que tiene derecho por todo el periodo de la relación laboral. Luego, se hará lugar a la diferencia que se cobra en la demanda por no haberse calculado la indemnización de perjuicios en razón de la antigüedad real del trabajador, pero se descontará el valor pagado en su oportunidad.

Demanda de vulneración de derechos fundamentales.

5°) No concurren indicios para establecer una discriminación por la condición de salud.

El demandante sostiene que su despido es consecuencia de una discriminación atendido su informe de evaluación ocupacional previo al despido, en que aparece examen de optometría alterado, junto con lo cual indica que tiene un diagnóstico de maculopatía central serosa ojo izquierdo. Acompañó el Informe Evaluación Ocupacional de la Mutual de Seguridad de fecha 9 de mayo de 2019, órdenes médicas del doctor oftalmólogo Marcelo Azocar Barrera, exámenes de angiograma de retina e iris de fecha 12 de febrero de 2019, retinografía de la misma fecha, examen de retinografía de 15 de mayo de 2019 e informe médico emitido por oftalmólogo Marcelo Azocar Baarrera de fecha 10 de junio de 2019 que señala que el señor Marcelo Saavedra Astete es portador de maculopatía central serosa ojo izquierdo, actualmente en tratamiento de buena evolución.

En cuanto a lo primero, el resultado del examen ocupacional previo al despido no aparece como un hecho indiciario de ser la causa del despido. En el informe ocupacional se consigna la siguiente conclusión: “El examen de salud realizado no demuestra alteraciones que impidan su desempeño”. Mismo examen se le había practicado los años anteriores y fueron acompañados en la causa, constatándose que la misma alteración existe en el año anterior, en su examen ocupacional de 18 de mayo de 2018. Luego, la alteración del examen de optometría es una situación que ya existía desde un año antes, por lo que era algo conocido por la empresa desde mucho antes del despido y no era una condición que afecte su desempeño.

Por su parte, tampoco es posible relacionar o vincular al despido con la dominada maculopatía central serosa ojo izquierdo porque no hay prueba que demuestre que el empleador haya tenido conocimiento de ello. El demandante hace una afirmación pero no señala porque razón y de qué forma habría tomado conocimiento supuestamente el empleador. Ninguna prueba existe al respecto. Los antecedentes de exámenes y atenciones y sus fechas tampoco tienen una correlación particular con la fecha y circunstancias del despido.



En consecuencia, no se establecen hechos que constituyan indicios suficientes de que el despido obedece a la situación de salud del actor, pues lo único que se sabe conocía era una alteración en el examen denominado optometría que ya existía de antes y no era impedimento para prestar servicios.

6°) No se probó la vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido por acoso laboral.

Como segunda circunstancia se argumenta que el despido sería una consecuencia o el acto culmine de un maltrato ejercido desde julio de 2018 por el supervisor Gustavo Herrera y de los superiores de la empresa por medio de diversos hechos, los cuales consistieron en: desprestigio y falta de respeto en su contra por Gustavo Herrera, no denunciar accidente del trabajo que supuestamente dañó su ojo, quitar atribuciones y no asignar trabajo, y no haber hecho nada frente a sus diversas denuncias por acoso laboral.

La prueba que se rindió por el demandante consistió en la declaración de don José Norin que declaró que conoció al demandante porque trabajó en la empresa Emse como ayudante de Rigger desde febrero de 2016 hasta aproximadamente julio de 2019, y que don Gustavo era una persona bien complicada que siempre tenía conflictos con don Marcelo, de quien se refería de mala manera delante de otras personas y que le empezaron a dejar de dar producción. Además indicó que se hicieron denuncias a través de una persona encargada de recursos humanos y nunca se tomaban medida ni se hacía nada. Que una vez don Gustavo Herrera llegó a los golpes con un trabajador y lo despidieron pero lo volvieron a recontratar.

Este testimonio no se reafirma en otros hechos y se contradice por los dichos de los testigos de la empresa y la prueba incorporada consistente en mensajes de texto telefónico whatsapp entre el demandante y don Gustavo Herrera porque no son consistente con la situación descrita y demuestra un trato más bien cordial: Por ejemplo el 12 de julio el demandante le escribe “Gustavo me puedes pedir una colación fría, voy a pasar de corrida. Me la puedes venir a dejar” y le contesta “ok”. Lo que está acompañado es el registro de conversaciones desde el 23 de abril de 2018 al 1 de marzo de 2019.

También se tiene presente que su alegación de no recibir producción no se condice con las liquidaciones de sueldo que demuestran que tenía un número considerable de horas extraordinarias en los meses previos al despido (marzo y abril) en comparación con los anteriores.

Respecto de la falta de atención de las supuestas denuncias de acoso no existen antecedentes. La empresa niega que haya existido y señaló que la supuesta persona a quien se le presentó verbalmente la denuncia ya no trabaja en la empresa. Además acompañó el reglamento con el procedimiento sobre denuncias, capacitaciones sobre la materia y antecedentes que demuestran que



conocía que el procedimiento de la empresa era por denuncia escrita, y existía confianza del actor con el representante de la empresa con quien incluso había viajado a Europa a comprar maquinaria. Esto lleva a concluir que la denuncia se debía presentar por escrito, que el trabajador conocía esa circunstancia, y que, tenía cercanía con el representante como para poder haberlo hecho directamente si era necesario.

Finalmente, tampoco existen antecedentes que permitan estimar que el trabajador sufrió un accidente del trabajo en el mes de febrero de 2019 consistente en que le saltó combustible mientras cargaba. La empresa niega este hecho y presentó fotografías del proceso que se realiza por medio de dos personas para suministrar combustible desde un barril girando una manivela, lo que hace difícil que tenga presión para saltar a la cara. Además se trajo como muestra los lentes de seguridad con protección lateral que se suministran a los trabajadores.

Que, en consecuencia, no existen antecedentes que permitan establecer los hechos en que el demandante sustenta su demanda de vulneración derechos fundamentales con ocasión del despido o que el despido sea una consecuencia de su situación de salud.

Demanda subsidiaria de despido injustificado.

7°) Hechos en que se funda el despido.

Para resolver resulta necesario tener presente los hechos contenidos en la carta de despido atendido lo que dispone el artículo 454 N° 1 inciso 2° que señala que: “en los juicios sobre despido corresponderá en primer lugar al demandado la rendición de la prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del artículo 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido.”

En este caso, el despido se funda en la causal establecida en el artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo y en la carta de despido se exponen que se pone término al contrato por necesidades de la empresa “*derivadas de la racionalización que se está implementando para enfrentar la disminución de actividad en el mercado en que presta servicios nuestra empresa, y en especial por medidas de optimización que está poniendo en práctica nuestro principal cliente, Enap Bio Bio.*

Entre las medidas adoptadas para enfrentar esta situación, la empresa se encuentra en un proceso de reestructuración de algunas importantes áreas de trabajo lo que ha implicado, entre otras cosas, disminuir la dotación de personal y que se fusionen algunas tareas. Por ello se hace necesario disminuir el número de funcionarios que trabajan como operador maquinaria nivel 1, cargo que usted ocupa actualmente en el contrato TR31062582 y debido a esto, lamentamos comunicarle que por necesidades de la empresa, debemos poner término a su



contrato de trabajo a contar de la fecha de esta comunicación, por la causal legal y los hechos expresados.”

8°) Prueba rendida respecto de los hechos invocados para justificar el despido.

Se presentó la declaración dos testigos: don Rigoberto Silva Oliver, administrador de contrato y don Gustavo Herrera Nain supervisor.

El primero señaló que Enap presionó para realizar una optimización y bajar los costos de los contratos y realizaron varios análisis en el contrato de maniobras que los llevó a tener que reducir personal y redujeron un operador. Tenían 5 operadores y 4 grúas y Marcelo estaba en el grupo de operadores y era el que tenía un costo más significativo. Además se despidió un prevencionistas y se lograron bajar los costos de los tres contratos que tienen.

El segundo testigo indicó igualmente que habían cinco operadores y que ahora son cuatro por reducción para bajar los costos a petición de la empresa mandante.

En relación con estos dichos se acompañó un correo electrónico emanados de la empresa mandante Enap en que se solicita confirmación a reunión por la optimización de contratos, y una constancia de aceptación de la oferta técnica-económica de otpimización del contrato “Servicio de Maniobra de Montaje y Transporte de Materiales y Equipos para Enap Refinerías S.A. TR1062582” dentro de cuya fórmula de oferta se indica que se disminuye un operador nivel 1 y un experto en prevención de riesgos.

También se acompañó una lista de 25 personas desvinculadas entre febrero a agosto 2019 y sus finiquito. Junto con ello el detalle de los 10 que fueron despedidos en mayo de 2019 de los tres contratos con Enap.

Igualmente se presentó un desgloce de la facturación de enero a septiembre de 2019 con referencia a los contratos. En este documento no es clara la disminución de la facturación posterior al despido del actor en lo referente al contrato de maniobras. Los montos facturados son variables y el mes de junio es inferior con relación a mayo pero superior a enero, febrero, marzo y abril. Lo mismo julio que es inferior a junio pero aun así superior a febrero y marzo.

Finalmente se presentó un artículo de prensa de fecha 29 de enero de 2019 sobre el despido de 80 trabajadores de Enap Bio Bio donde se indica que se enmarcan en una política de contención de costos de la empresa y que le gerente indicó en una misiva, entre otras cosas, que entre enero y septiembre de 2018 Enap tuvo pérdidas por US 152 millones y arrastra una pérdida de US 5.100 millones.

9°) Los hechos de que da cuenta la prueba no justifican la causal de despido invocada.



La causa de necesidades de la empresa está contenida en el inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo que establece que “..el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.”

Respecto de esta causal, la jurisprudencia la ha destacado y conceptualizado como una causal objetiva respecto de la cual no basta la mera voluntad del empleador, sino que debe fundarse en hechos externos que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.

En este caso, de acuerdo a la prueba incorporada, la única razón que se da para el despido es la solicitud o requerimiento de la empresa mandante para bajar costos “optimización” en el contrato TR31062582, que se tradujo en el despido del demandante –pasando de 5 a 4 operadores de grúa- y la desvinculación de un experto en prevención de riesgos.

Tal circunstancia escapa al fundamento de la causal de despido porque es un hecho que emana de la voluntad de la empresa de aceptar el cambio de condiciones contractuales previamente definidas para con su mandante.

Pero nada se dice sobre la utilidad de la empresa Emse en la ejecución del contrato con Enap ni se aporta prueba. El detalle de la facturación demuestra que va en aumento en los meses previos al despido y después desciende, pero a niveles iguales o superiores a los meses previos.

Todo esto lleva a concluir que la reducción de costos no está aparejada a la acreditación de una situación de merma de condiciones económicas para darle una connotación objetiva a la decisión, que redunde en la mera voluntad o acuerdo de la empresa mandante y empleadora de reducir costos y mantener o maximizar utilidades.

De este modo el despido es injustificado.

Nulidad del despido.

10°) Cotizaciones de seguridad discutidas.

De acuerdo al criterio sustentado por la Excma. Corte Suprema (24.562-2020) las deudas de por remuneraciones al término de un contrato de trabajo dan lugar a la nulidad del despido por las cotizaciones impagas respecto de las remuneraciones adeudadas.

En este caso, bajo el criterio indicado, la parte demandante sostiene que a la fecha del despido existen deudas por horas extraordinarias. Alega dos cosas al respecto: Que existe una diferencia respecto de las horas de sobretiempo pagadas - que circunscribe a los 6 meses previos al despido que es el plazo de prescripción de ese tipo de remuneración conforme al artículo 510 del Código del



Trabajo- esto es, noviembre y diciembre 2018, enero, febrero, marzo y abril 2019; y que, además, existen horas extraordinarias trabajadas y no pagadas en los meses de diciembre 2018 por 6,5 horas y marzo 2019 por 17 horas.

En particular a las diferencias de los meses de noviembre y diciembre 2018, enero, febrero, marzo y abril 2019 señala que la empresa calculó el monto que pago con un valor hora inferior al que legalmente se debía considerar, porque no se tomaron para su cálculo todas los estipendios de carácter fijo que contiene la liquidación de remuneraciones. Y que por esa razón se le adeudarían las siguientes sumas: \$35.976 (noviembre 2018), \$22.485 (diciembre 2018), \$8.994 (enero 2019), \$67.455 (marzo 2019) y \$314.771 (abril 2019).

Por su parte, la demandada niega cualquier deuda, pero señalo que igualmente pagó las cotizaciones que el actor demanda por noviembre 2018 (\$33.976 y \$2.000) diciembre 2018 (\$111.943) enero 2019 (\$8.994) marzo 2019 (\$292.774 y \$67.455) abril 2019 (\$314.771), de las cuales presentó planillas de pago por esos montos y meses en AFP Provida (1 y 3 de octubre de 2019) Isapre Masvida (1 y 4 de octubre de 2019 y Mutua de Seguridad (1 y 4 de octubre de 2019).

11°) Efectividad de la deuda de cotizaciones por la diferencia de horas extraordinarias.

El artículo 32 del Código del Trabajo establece en su inciso tercero que las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo periodo.

Por su parte el artículo 42 letra a) establece que el sueldo, o sueldo base es el estipendio obligatorio y fijo en dinero, pagado por periodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de los servicios en una jornada ordinaria de trabajo.

Luego, al señalar el artículo el artículo 32 que las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del 50% sobre el sueldo, se entiende que se incluyen todos los estipendios que tienen el carácter de sueldo en los términos del referido artículo 42, esto es, que son obligatorios, fijos y pagados en dinero por periodos iguales.

En este caso, al revisar lo pagado por horas extraordinaria en las liquidaciones de sueldo de los meses en cuestión –dividiendo el monto por la cantidad de horas de sobre tiempo- se concluye que se tomó como base, únicamente, la glosa denominada “remuneración del mes”, no obstante que se paga igualmente otro estipendio fijo mensual en dinero por \$250.000 como “bono de producción” pero del cual no se incorporó o consta tenga alguna reglamentación real asociada a producción, y se desprende que es sueldo dado su carácter permanente y fijo en todas las liquidaciones, sin que –como ya se dijo- se



haya asociado a alguna producción específica acordada entre las partes, o por lo menos que conste en el proceso.

De este modo, se concluye que existe una diferencia en cuanto al monto que se pagó por horas extra y lo que se debía pagar; por tanto una deuda de cotizaciones de seguridad social según lo expuesto en el punto precedente acorde a lo sentenciado por la Excma. Corte Suprema.

En lo demás no se logra determinar con precisión horas de sobretiempo devengadas y no pagadas en diciembre 2018 por 6,5 horas y marzo 2019 por 17 horas.

12°) Efecto del pago posterior de las cotizaciones de seguridad social.

Como la demandada, pese a controvertir la deuda concurrió a pagar las cotizaciones previsionales por las horas extraordinarias reclamadas en la demanda, se debe determinar cuál es el efecto que se produce.

El artículo 162 del Código del Trabajo establece en su inciso sexto que el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, lo que comunicará a éste mediante carta acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago. Y el inciso 7° establece que, “sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador. No será exigible esta obligación del empleador cuando el monto adeudado por concepto de imposiciones morosas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales, y siempre que dicho monto sea pagado por el empleador dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la notificación de la respectiva demanda.”

En este caso es exigible la sanción de nulidad del despido porque si bien se concurrió a hacer pago de las cotizaciones de seguridad social, ello no tuvo lugar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la demanda ni se trata de un monto total pagado inferior a 2 UTM, cuyo valor era de \$98.458. La notificación de la demanda fue el día 22 de agosto de 2019 y los pagos de las cotizaciones se terminaron de hacer el 5 de octubre del mismo año.

En todo caso, se entenderá convalidado el despido aun cuando no se presentó prueba de que se haya remitido al trabajador una carta con la documentación emitida por las instituciones previsionales en que consta el pago, porque tales cotizaciones fueron demandadas judicialmente antes de su pago, frente a lo cual estima este juez que la sanción no puede extenderse más allá del pago efectivo, el cual tuvo lugar el 4 de octubre de 2019 (último pago).



De este modo, se declarará la nulidad del despido peso solo con efecto hasta el 4 de octubre de 2019.

Demanda conjunta de cobro de prestaciones

13°) Devolución del seguro de cesantía.

Atendido que el despido es injustificado resulta improcedente el descuento que se le efectuó al trabajador por aporte del empleador al seguro de cesantía de la indemnización por años de servicio por la suma de \$4.077.167. Tal suma le deberá ser restituida.

La materia ha sido discutida pero resuelta en unificación de jurisprudencia por diversos fallos recientes que ha confirmado el criterio mayoritario, esto es, que no procede la imputación del aporte del empleador al seguro de cesantía cuando el despido es declarado injustificado (entre otras: en causa rol 27.722-2019) porque un requisito *sine qua non* para la aplicación del artículo 13 de la ley 19.728 es que el contrato haya terminado por las causales del artículo 161 del Código del Trabajo y la sentencia que declara injustificado el despido lo priva de base para su aplicación.

14°) Remuneración del mes de mayo de 2019.

No existe deuda por la remuneración por los días trabajados en mayo de 2019 lo cual se concluye con la liquidación de sueldo firmada por el trabajador correspondiente a ese mes y no objetada, corroborado por la imagen del cheque cobrado.

15°) Diferencia aviso previo.

La remuneración del actor estaba compuesta por componentes fijos, incluso en el denominado "bono de producción". El monto que se consideró para el cálculo del finiquito está correcto porque se aplica lo dispuesto en el artículo 172 del Código del Trabajo y no se considera los pagos por sobre tiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez en el año.

16°) Diferencia de horas extra.

De la diferencia de horas extraordinarias se resolvió en el punto 11 ya que las pagadas entre noviembre de 2018 y abril de 2019 lo fueron calculadas en un monto menor, pues no fue incluido el bono de producción que constituye igualmente sueldo en los términos del artículo 41 letra a).

El valor de la hora extraordinaria se obtiene multiplicando el sueldo por 0.00777777 (coeficiente determinado por la Dirección del Trabajo).

El valor de la hora de sobretiempo en noviembre y diciembre 2018 y enero de 2019 era de \$14.433 y en marzo y abril de 2019 \$14.609.

Conforme a lo anterior los montos adeudados son: noviembre 2018 \$15.550, diciembre 2018 \$9.749, enero 2019 \$3.888, marzo 2019 \$28.256 y abril 2019 \$131.861.



De estos montos se debe descontar lo que fue pagado por cotizaciones de previsión y salud en la parte que son de cargo del trabajador, según los montos pagados en las planillas acompañadas referidas a estas diferencias (sin reajustes, intereses y multas).

Lo adeudado asciende en definitiva a: noviembre 2018 \$11.032; diciembre 2018 \$5.600; enero 2019 \$2.228; marzo 2019 \$15.810 y abril 2019 \$73.786. Total: \$102.856.

Esta deuda surge como consecuencia de las obligaciones pendientes al momento del término del contrato entre las partes. Por esta razón es también una acción que se puede interponer en conjunto con una demanda de tutela laboral que se ejerce con ocasión del despido, tal como es el caso de autos.

17°) Responsabilidad subsidiaria.

Conforme al régimen de subcontratación en que se presentaron los servicios, el cual no fue controvertido, le afecta a la demandada Enap Refinerías Bio Bio la responsabilidad que establece el artículo 183 B del Código del Trabajo respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Dentro de estas se considera también la sanción de nulidad del despido según lo ha resultado la Excma Corte Suprema en unificación de jurisprudencia, entre ellas rol 1618-2014 y 8.318-2014.

Sin embargo, atendido lo dispuesto en el artículo 183 D del Código del Trabajo, la responsabilidad es subsidiaria y no solidaria porque acompañó los certificados de cumplimiento de obligaciones laborales que dan cuenta que ejerció oportunamente el derecho de información respecto de la empleadora.

18°) Prueba no referida con mayor detalle.

Toda la prueba ha sido analizada y aquella que no ha sido referida en mayor detalle no altera lo concluido.

Se deja constancia que no existe mérito para presumir como efectivo los hechos alegados respecto de los documentos que no fueron exhibidos pues no consta que sean documentos que existan, los cuales se refieren a hechos que la empresa Emse S.A. niega que hayan ocurrido.

Resolución:

Conforme la consideraciones expuestas y normas citadas, visto además lo dispuesto en los artículos 162, 168, 173, 489 y 493 del Código del Trabajo se resuelve:

I.- Que se rechaza la excepción de finiquito y se declara que la relación laboral habida entre don **MARCELO ALEJANDRO SAAVEDRA ASTETE** y la empresa **EMSE S.A.** ha sido una sola con fecha de inicio el 2 de octubre de 2009.



II.- Que se rechaza la demanda por vulneración de derechos fundamentales deducida en lo principal.

III.- Que se declara que el despido de don **MARCELO ALEJANDRO SAAVEDRA ASTETE** es injustificado y nulo en los términos del artículo 162 del Código del Trabajo y se condena **EMSE S.A.** a pagarle al actor las siguientes sumas:

a) \$4.301.957 por concepto de diferencia de indemnización de servicios que se debió calcular por 11 años de servicios, a la cual se le descontó el monto de indemnización por años de servicio en el finiquito que suscribió el trabajador con fecha 24 de octubre de 2011.

b) \$4.077.167 de devolución del aporte del empleador al seguro de cesantía que le fue descontado indebidamente al trabajador.

c) \$6.947.645 por concepto de recargo del 30% de la indemnización por años de servicio calculada en 11 años.

d) \$102.856 por horas de sobretiempo adeudadas.

e) Por nulidad del despido las remuneraciones desde la fecha del despido el 10 de mayo de 2019 hasta el 4 de octubre de 2019, a razón de \$2.105.347 mensuales.

IV.- Que la asiste a la empresa **ENAP REFINERIAS S.A.** en calidad de empresa mandante responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 183 D del Código del Trabajo respecto de todas las prestaciones indicadas en el punto III precedente.

V.- Que se rechaza en todo lo demás la demanda.

VI.- Que cada parte pagará sus costas.

Las sumas que se ordenan pagar deberán serlo con los reajustes e intereses que establecen los artículos 63 y 173 según corresponda. La fecha del despido para estos efectos es el 10 de mayo de 2019.

Notifíquese por correo electrónico a las partes.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

RIT T-349-2019

RUC 19- 4-0207537-9

Dictó don FERNANDO ANDRES STEHR GESCHE, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

En Concepción a veinte de agosto de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario la resolución precedente.





A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>