

VOL. 14 | 28 FEB 2022

# L.A.A.AL DÍA

Las noticias de Derecho del Trabajo más relevantes.

## INTRODUCCIÓN

En esta edición se encontrarán asuntos, en general, relativos al periodo de 28 de enero al 28 de febrero de 2022.

En este decimocuarto boletín informativo, mantenemos la publicación de las principales modificaciones a la legislación laboral, los dictámenes u órdenes de servicios vinculados al Derecho del Trabajo, al igual que la jurisprudencia (sentencias de Tribunales de la República) que se hayan producido dentro de este lapso y que resulten, en nuestro concepto, útiles de informar.

El contenido es resumido y descrito con un lenguaje no técnico para que pueda ser comprendido tanto por personas con estudios en la disciplina del Derecho del Trabajo como por quienes en el día a día deban lidiar con problemáticas asociadas a dicha área.

*Elaborado por el equipo de Laboral Atiende, abogados Juan Padilla Herrera, Cristian Vásquez Segura y Rodrigo Tapia Salvo.*

### Sumario:

#### - **Legislación laboral reciente.**

- 1) Ley 21.422, de 16-02-2022.
- 2) Boletín 14815-13, 26-01-2022.
- 3) Decreto 296 de 12-02-2022 M.INT.
- 4) Res. EX.12 MINTRAB.

#### - **Jurisprudencia Judicial:** Necesidades de la empresa y descuento del seguro individual de cesantía; indemnizaciones por tutela de derechos fundamentales y daño moral; cotizaciones previsionales contemplan cotizaciones de AFP, de salud y de seguro de cesantía; despido injustificado por mal uso de mascarilla y vulneración integridad por mal trato y ordenes de trabajo fuera de horario laboral.

#### - **Resoluciones administrativas.**

- 1) DIC 167/60, DT, 27-01-2022, sobre autorización para la toma de muestra de antígeno para SARS-CoV-2.
- 2) DIC 204/05, DT, 27-01-2022, 03-02-2022, sobre sistema de desarrollo profesional docente, remuneración promedio, licencia médica, ausencia y contrato de reemplazo.
- 3) ORD 198, DT, 1-02-2022 aporte empleador seguro salud complementario como remuneración.



## Legislación laboral

Juan Padilla Herrera, Cristian Vásquez Segura y Rodrigo Tapia Salvo.



**[Ley 21.422, 16-02-2022, que prohíbe la discriminación laboral frente a mutaciones o alteraciones de material genético o exámenes genéticos:](#)** Esta ley tiene vigencia desde su publicación el 16 de febrero de 2022, estando conformada por tres artículos que comentamos:

El artículo 1° señala que el empleador no podrá condicionar la contratación, permanencia, renovación, promoción o movilidad en el empleo, de sus trabajadores, a la ausencia de mutaciones o alteraciones genéticas que causen predisposición o alto riesgo a una patología durante la relación laboral. Así, el empleador no podrá exigir certificado o examen para verificar que el trabajador no tenga en su genoma mutaciones o alteraciones genéticas que deriven en el desarrollo o manifestación de una futura enfermedad o anomalía física o psíquica.

El artículo 2° establece que el trabajador podrá consentir libre e informadamente en un examen genético, si éste busca asegurar que reúne las condiciones físicas o psíquicas necesarias e idóneas para trabajos o faenas peligrosos, solo para proteger su vida o integridad física o psíquica, como la vida o la salud física o mental de otros trabajadores. El costo de estos exámenes será del empleador. Si existe relación laboral vigente, el tiempo en la realización de dichos exámenes se entenderá como trabajo para todos los efectos legales.

El artículo 3° indica que establecimientos de salud, laboratorios y empleadores que accedan a la información, deberán adoptar todas las medidas de seguridad para proteger la intimidad del trabajador y garantizar un manejo reservado de los datos, que siempre tendrá derecho a acceder a la información del examen genético.

### **Observaciones sobre Ley 21.422, 16-02-2022, que prohíbe la discriminación laboral frente a mutaciones o alteraciones de material genético o exámenes genéticos:**

Lo primero que debemos destacar es que esta ley tiene vigencia inmediata, por lo tanto, se deben respetar sus disposiciones desde su publicación el 16 de febrero de 2022.

De acuerdo con esta ley el empleador no puede condicionar a la ausencia de mutaciones o alteraciones genéticas que causen predisposición o alto riesgo a una patología durante la relación laboral:

- a) La contratación de un trabajador.
- b) La permanencia de un trabajador en el empleo.
- c) La renovación de un trabajador en su empleo.
- d) La promoción o movilidad del trabajador en el empleo.

Por lo que la regla general es que nunca el empleador podrá exigir certificado o examen para verificar que el trabajador no tenga en su genoma mutaciones o alteraciones genéticas que desarrollen una futura enfermedad o anomalía física o psíquica. La única excepción es la toma del examen para verificar condiciones físicas o psíquicas necesarias e idóneas para trabajos o faenas peligrosos, solo para proteger su vida o integridad física o psíquica, como la vida o la salud física o mental de otros trabajadores, siendo el examen siempre de costo del empleador.



[- Boletín 14.815-13, 26-01-2022, que modifica el Código del Trabajo, con el objeto de permitir pactos sobre distribución de jornada de trabajo entre empleador y trabajador:](#) Mediante este proyecto de ley se busca sustituir el artículo 28 y agregar un artículo 29 bis en nuestro CT

Un nuevo artículo 28 CT señala que la jornada máxima de 45 horas semanales no podrá distribuirse en más de 6 ni en menos de 4 días. Si las partes acuerdan distribuir este máximo en 4 días, el trabajador no puede permanecer en el lugar de trabajo más de 12 horas continuas, considerando la jornada ordinaria, extraordinaria y descansos. Si la jornada no supera las 10 horas, debe acordarse 1 hora de descanso imputable a ella, y con este acuerdo, no pueden pactarse horas extraordinarias en días distintos a los pactados para la jornada ordinaria.

Si las partes acuerdan distribuir el máximo en 5 o 6 días, la jornada no podrá exceder de 10 horas por día, sin perjuicio de los sistemas de distribución excepcional de jornada autorizados por la DT.

El artículo 29 bis CT señala que, si no se pueden aplicar las normas sobre jornadas ordinarias de trabajo y descansos, las partes podrán acordar sistemas excepciones de distribución de jornada de trabajo y duración de descansos, por las especiales características de prestación de servicios. Cuando el sistema excepcional de jornada laboral y descanso se aplica a trabajadores sindicalizados, el acuerdo debe ser suscrito por la organización sindical a la que estén afiliados.

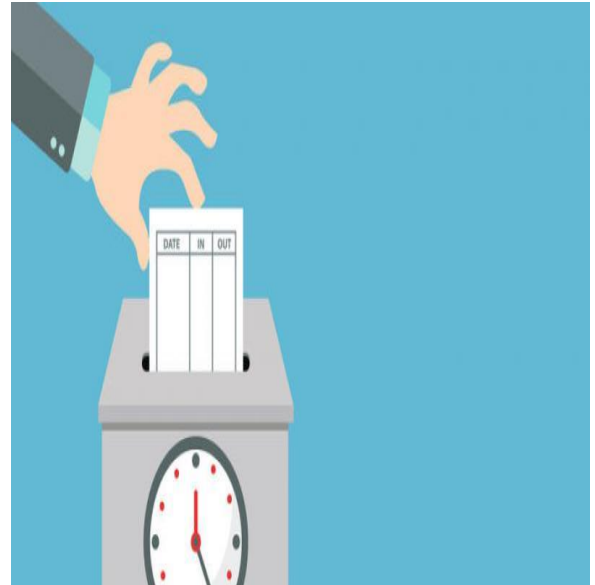
Si el sistema excepcional se aplicará a trabajadores no sindicalizados, el acuerdo será individual y exigirá el consentimiento de, al menos, el 75% de los trabajadores no sindicalizados a quienes se les aplique la referida jornada, caso en el cual se podrá hacer extensivo dicho sistema a los demás trabajadores no sindicalizados.

El acuerdo debe ser escrito e indicar expresamente el sistema excepcional de distribución de jornada y descanso aplicable, el lugar de trabajo y su duración o vigencia. Además, debe ser registrado en el sitio electrónico de la DT dentro de los 5 días siguientes a la firma y tendrá una vigencia máxima de 3 años, pudiendo renovarse con acuerdo de las partes.

Para la aplicación en empresas en inicio de actividades o que no cuenten con trabajadores bajo dependencia, éstas deben solicitar a la IT la autorización para aplicar un sistema excepcional de distribución de jornada y descanso.

Los límites y parámetros de distribución de los sistemas excepcionales de jornada de trabajo y descanso, en cualquier caso, deberán ajustarse a las siguientes condiciones mínimas:

a) La jornada ordinaria de trabajo no podrá exceder de 45 horas promedio en cómputo semanal por cada ciclo de trabajo. En cualquier caso, el trabajador no podrá permanecer en el lugar de trabajo más de 12 horas continuas, considerando la jornada ordinaria, extraordinaria y los descansos. En casos que la jornada diaria sea superior a 10 horas de duración, el trabajador tendrá derecho a una interrupción para colación no inferior a 1 hora, imputable a la jornada diaria.



b) En faenas ubicadas en centros urbanos, el número máximo de días continuos de trabajo será de 10 días, debiendo otorgar un descanso anual adicional de seis días. Con todo, las partes podrán convenir una forma especial de distribución de tales días de descanso adicional o de remuneración, en cuyo caso ésta no podrá ser inferior a la prevista en el inciso tercero del artículo 32 CT, esto es, el ingreso mínimo mensual.

No será obligatorio el descanso adicional anual en la medida que el sistema excepcional contemple un promedio anual de, a lo menos, 2 domingos de descanso al mes.

c) En el caso de faenas ubicadas fuera de centros urbanos, el número máximo de días continuos de trabajo será de 20 días para faenas transitorias y 14 días para faenas permanentes. Tratándose de una jornada diurna, por cada 2 días de trabajo corresponderá, como mínimo, 1 día de descanso; y en el caso de trabajo nocturno, por cada día de trabajo corresponderá, a lo menos, 1 día de descanso.

d) Por cada día festivo trabajado se debe otorgar 1 día de descanso compensatorio. El descanso compensatorio por los días festivos no podrá imputarse a los días de descanso del ciclo de trabajo, pero las partes podrán convenir una forma especial de distribución de tales días de descanso compensatorio o de remuneración, en cuyo caso ésta última no podrá ser inferior a la prevista en el inciso tercero del artículo 32 CT, esto es, el ingreso mínimo mensual.

Según el primer artículo transitorio de este proyecto de ley, de aprobarse éste, entrará en vigencia el primer día del duodécimo mes siguiente al de su publicación en el Diario Oficial.

Finalmente, de acuerdo con el segundo artículo transitorio del proyecto explicado, los sistemas excepcionales de distribución de jornada de trabajo y descansos, autorizados por la DT antes de la fecha señalada en el artículo transitorio anterior, serán aplicables por todo el período autorizado, salvo acuerdo de las partes celebrado en conformidad a lo dispuesto en el nuevo artículo 29 bis CT, en tanto se encuentre éste vigente.

[- Decreto 296 de 12-02-2022 M.INT, reglamento ley de migración y extranjería 21.325](#): A partir de la publicación de este reglamento, es decir, desde el 12 de febrero 2022, la ley 21.325 sobre migración y extranjería ha comenzado a regir, regulando el estatuto de los extranjeros que ingresen a Chile para el futuro, ya que – en general – todo proceso iniciado previamente bajo la anterior normativa será respetado y homologado a la nueva ley. Ello se debe complementar con el [decreto 106 de 10-02-2022](#) que aprobó el reglamento de procedimiento de otorgamiento de RUN a extranjeros.

[- Resolución 12 exenta de 16-02-2022, MINTRAB, fija tope imponible de cotizaciones obligatorias de AFP, Salud y ley 16744](#): se mantiene el límite máximo imponible fijado en enero 2022 sobre cotizaciones previsionales (AFP), sistema de salud y ley de accidentes del trabajo de 81,6 UF.

### **Comentarios sobre la nueva ley de extranjería y migraciones con su reglamento:**

Como se ha indicado, esta nueva ley comenzó a regir íntegramente a partir del 12 de febrero de 2022. En consecuencia, las visas sujetas a contrato de trabajo, las de residencia temporaria y permanencia definitiva otorgadas antes de esa fecha y conforme a la normativa anteriormente vigente (DL 1094 y DS 597) se asimilarán a los permisos establecidos en esta nueva ley, manteniendo su duración por la cual fueron primitivamente otorgados (así, por ejemplo, una permanencia definitiva obtenida antes del 12 de febrero de 2022 pasará a llamarse residencia definitiva). Respecto a permisos cuya tramitación se iniciaron antes de la entrada en vigencia del decreto que determina las subcategorías migratorias (las subcategorías son determinadas por un decreto del Ministerio del Interior y por el Consejo de Política Migratoria, actualmente es el [N° 33](#) que aún está pendiente de toma de razón en CGR) serán resueltas homologándose lo solicitado por el interesado a aquella subcategoría temporal de características más similares a la solicitada.

La nueva ley establece los permisos de permanencia transitoria (antes conocida como visa de turista), la residencia temporal (antes residencia temporaria) y la residencia definitiva, todos los cuales son entregados por el SERNAMIG (Servicio nacional de migraciones que depende del Ministerio del Interior) con excepciones en donde podrán entregarse (para residencia oficial diplomática o permanencia transitoria) por el Ministerio de RREE.

El reglamento indica que los residentes temporales pueden desarrollar actividades remuneradas, siempre que la subcategoría migratoria (el permiso en cuestión) a que se acoja así lo permita. En general, el decreto de subcategorías migratorias establece que estos permisos tienen que solicitarse desde el extranjero, de forma electrónica (a través de plataforma SERNAMIG y con eventual participación de los consulados Chilenos) salvo el permiso fundado en razones humanitarias y de reunificación familiar o para quienes deseen cambiar de subcategoría migratoria ya obtenida, puesto que en estos casos excepcionales lo podrán hacer en Chile a través de plataforma electrónica del SERNAMIG.

Quienes tengan permanencia transitoria excepcionalmente y en casos específicos y esporádicos podrán pedir autorización a SERNAMIG para realizar actividades remuneradas.

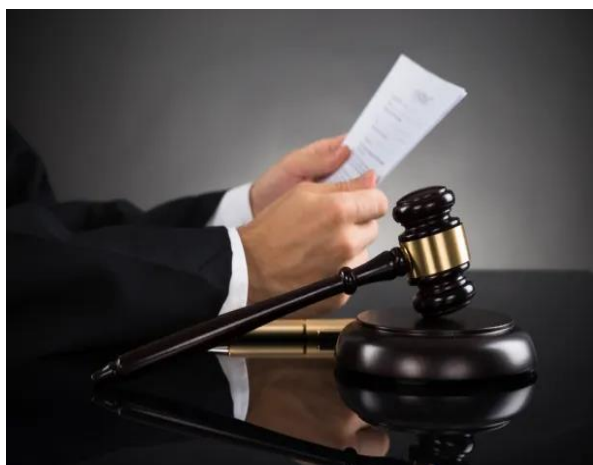
**Observaciones del fallo de CS N°45.529-2021, de 03-02-2022, que acoge recurso de unificación de jurisprudencia por validez de descuento de aporte del empleador al seguro de cesantía aun cuando el despido por necesidades de la empresa sea injustificado:**

Nuestro máximo tribunal ha entendido que en el evento de un despido injustificado por las causales del artículo 159 CT, un despido indebido por las causales del artículo 160 CT o un despido improcedente por las causales del artículo 161 CT, porque no se logró acreditar el motivo de dicho despido o correspondía otra causal que no fue invocada en la carta de término del contrato, siempre se entenderá que el despido fue por necesidades de la empresa.

En el caso del despido indebido por causales del artículo 159 o 160 CT, para asegurar que el trabajador reciba indemnización por años de servicios e indemnización por aviso previo, se establece que se deben pagar aquellas como si el fin del contrato fuese por necesidades de la empresa.

En caso de que el despido injustificado sea por necesidades de la empresa, nuestro máximo tribunal ha entendido que de todas formas se entenderá que el despido fue por esta causal para efectos de sustentar el pago indemnización por años de servicios e indemnización por aviso previo, si no se hubiera pagado.

Ahora bien, la lógica de la CS es que, dado que opera por defecto la causal de necesidades de la empresa, sea que el empleador haya estado o no en esta situación, de todas formas, se encuentra en la hipótesis del artículo 13 de la Ley N° 19.728, sobre seguro de cesantía, por lo que le permite descontar de la indemnización por años de servicios lo que aportó de su cargo al seguro mencionado.



## Jurisprudencia del mes.

*Juan Padilla Herrera, Cristian Vásquez Segura y Rodrigo Tapia Salvo.*



**CS, N°45.529-2021, de 03-02-2022, pronunciada por Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Teresa Letelier R., y el Abogado Integrante señor Gonzalo Ruz L. Se acoge recurso de unificación de jurisprudencia por validez de descuento de aporte del empleador al seguro de cesantía aun cuando el despido por necesidades de la empresa sea injustificado:**

Jefe de marketing demanda a ex empleadora inmobiliaria ante Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción por despido injustificado basado en necesidades de la empresa, exigiendo, entre otras cosas la restitución del descuento de aporte de empleador a su seguro de cesantía, lo que rechaza dicho tribunal por operar por defecto la causal de necesidades de la empresa cuando el despido es injustificado, siendo aplicable el descuento. Presentado un recurso de nulidad por el trabajador ante la CA de Concepción, ésta resuelve que no procede el descuento toda vez que se acreditó que no había necesidades de la empresa para despedir.

De modo que la empresa presentó recurso de unificación de jurisprudencia (RUJ) ante la CS para determinar la correcta aplicación e interpretación del artículo 13 de la Ley N°19.728, en cuanto a la procedencia o improcedencia del descuento al aporte del seguro de desempleo por el empleador luego de ser declarado injustificado el despido por necesidades de la empresa.

La CS estima que el seguro obligatorio de cesantía atenúa los efectos de la cesantía e inestabilidad laboral, y, en causales de despido que no dan derecho a indemnización (artículos 159 y 160 CT), el seguro actúa como una indemnización a todo evento, pues el trabajador sólo presenta antecedentes de la cesantía para girar sus fondos. Si el contrato termina por necesidades de la empresa, entonces hay derecho a indemnización por años de servicio, restado el aporte del empleador a la cuenta individual del seguro de cesantía, su rentabilidad y costos de administración. Por lo que el empleador paga la diferencia entre la indemnización y su aporte al trabajador. Suma que el artículo 168 CT indica que, de no probarse el despido por las causales de artículos 159 y 160 CT, se entenderá que fue por necesidades de la empresa, y si el despido injustificado se fundó en necesidades de la empresa, el empleador pagará el recargo correspondiente, y descontará el aporte al seguro de cesantía. Así, para la CS la sola invocación de necesidades de la empresa sea el despido justificado o injustificado, basta para aplicar los artículos 13 y 52 de la Ley N°19.728, acogiendo el RUJ y validando el descuento del empleador al seguro mencionado.

El fallo se acordó con dos votos en contra del ministro señor Blanco y la ministra señora Muñoz, quienes señalan para el descuento, el contrato debe concluir realmente por necesidades de la empresa.

**CS, N°119.688-2020, de 24-01-22, pronunciada por Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Jean Pierre Matus A., ministro suplente señor Roberto Contreras O., y las Abogadas Integrantes señoras Carolina Coppo D., y Leonor Etcheberry C. Se rechaza recurso de unificación de jurisprudencia toda vez que son compatibles las indemnizaciones por tutela por vulneración de derechos fundamentales y la indemnización por daño moral en favor del trabajador:**

Docente de lenguaje y comunicación denunció a su ex empleador, una corporación educacional, ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, por vulneración a sus derechos fundamentales al momento del despido, por haber sido discriminado por su orientación sexual, generándole un trastorno ansioso-depresivo, exigiendo además una indemnización por daño moral de \$20.000.000.-, concediendo el tribunal tanto indemnización por tutela como indemnización por daño moral de \$10.000.000.-. Por ello, la corporación presentó recurso de nulidad ante la CA de Puerto Montt, por estimar que las indemnizaciones por tutela son limitadas y no contemplan el daño moral. La Primera Sala de dicha Corte rechazó el recurso de nulidad por estimar que las indemnizaciones por tutela son sancionadoras, y la indemnización por daño moral es reparatoria, pudiendo, entonces, proceder si hay un daño por reparar, no habiéndose tampoco excluido por ley.

Corporación educacional presenta recurso de unificación de jurisprudencia (RUJ) ante CS, para determinar la compatibilidad entre el pago de indemnización por concepto de daño moral con indemnización de tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido.

Conociendo del recurso, la CS señala que el artículo 495 CT dispone que, de declararse la existencia de una lesión a los derechos básicos del trabajador afectado, se decretarán las siguientes medidas: a) El cese inmediato del comportamiento vulneratorio, bajo apercibimiento de multa, que puede repetirse hasta cumplir con la medida decretada; b) Las medidas concretas para obtener la reparación de las consecuencias de la vulneración, bajo el mismo apercibimiento, incluidas las indemnizaciones que procedan; y, c) La aplicación de multas; sin perjuicio de la obligación de la judicatura de velar para que la situación se retroceda al estado inmediatamente anterior a la vulneración denunciada.

Señala la CS que el legislador consagró una tutela completa, pues el citado artículo 495, que regula los requisitos que debe cumplir la sentencia, comprende 3 tipos de protección: inhibitoria, restitutoria y resarcitoria, en la medida que impone el deber de determinar las conductas vulneradoras; velar para que la situación se retroceda al estado inmediatamente anterior a la vulneración denunciada; y, por último, adoptar las medidas para reparar las consecuencias derivadas de su conducta, incluidas las indemnizaciones correspondientes; y que, al interpretarse este mandato en forma conjunta con los artículos 485 y 489 CT, también se desprende que la ley no limitó las medidas que se deben

adoptar y cuáles indemnizaciones han de proceder en favor del afectado.

El máximo tribunal indica que es un tema pacífico en la jurisprudencia que la reparación del daño debe ser integral, por lo tanto, las consecuencias que la conducta vulneradora generó en el fuero interno del trabajador determinarán si corresponde el daño moral. Corrobora esta interpretación la circunstancia de que el artículo 495 CT, no especifica qué tipo de tutela resarcitoria corresponde decretar, pues solo indica "las indemnizaciones que procedan". Por lo que será el tribunal quien deberá cuantificarla considerando la prueba rendida en la etapa procesal pertinente. No debe olvidarse que uno de los principios fundamentales del derecho laboral es el de protección, y una de sus manifestaciones concretas es el principio pro operario, que en el ámbito judicial está referido a la facultad de los tribunales de interpretar la norma según este criterio, lo que significa que, frente a varias interpretaciones posibles, se debe seguir la más favorable al trabajador.

Además, si un empleador infringe el contenido protector de los incisos primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo, con ocasión del despido, el inciso tercero de su artículo 489 contempla una indemnización adicional tarifada y a título de sanción por la infracción cometida, que determinará el tribunal conforme a las circunstancias del caso compatible con la que persiga la reparación del daño moral ocasionado, concluyéndose, de esta forma, que las indemnizaciones por tutela no restringe la posibilidad de conceder una indemnización por daño moral, si se acreditan los requisitos de su procedencia de la última. Estas conclusiones son compatibles con los supuestos de procedencia del daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, cuyo fundamento descansa en lo dispuesto en los artículos 1556, 1558 y 2329 del Código Civil, a fin de reparar el malestar, angustia e inseguridad que significaron los actos de los que fue objeto el trabajador, que afectaron su integridad física y síquica.

En consecuencia, si un empleador con su conducta afecta uno de los derechos a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo en relación con su artículo 489, provocándole una lesión de carácter no económico, esta puede resarcirse, concluyéndose que la reparación del daño moral es compatible con la indemnización tarifada predeterminada por la ley, por tener esta última un carácter punitivo o sancionatorio, objetivo que es distinto a la que se analiza, que es compensatoria, diferenciándose, por tanto, en su origen y finalidad; de modo que el juez laboral está habilitado para otorgar esta satisfacción pecuniaria.

**CS. N°76.718-2020, 17-01-2022, Ministra señora Andrea Muñoz S., ministro suplente señores Mario Gómez M., Roberto Contreras O., y los Abogados Integrantes señor Enrique Alcalde R., y señora Leonor Etcheberry C. Cotizaciones AFP, Salud y AFC para nulidad del despido:**

Trabajador gerente de operación demandó a empresa comercial ante el Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo por despido injustificado y nulidad del despido. El tribunal acogió el despido injustificado, pero rechazó la nulidad del despido, sin revisar cabalmente el pago de cotizaciones de AFC. Por ello, el trabajador presentó recurso de nulidad ante la CA de San Miguel, que invalidó la sentencia e hizo lugar tanto el despido injustificado como la nulidad del despido.

La CA de San Miguel fundó su fallo en Dictamen 5230/231 de la DT, el cual señala que el concepto de "cotizaciones previsionales" aludido en los artículos 162 y 177 del Código del Trabajo, comprende: a) Las cotizaciones para los fondos de pensiones, lo que incluye a las cotizaciones del antiguo sistema previsional o las del nuevo sistema de pensiones, en este último tanto el 10% para la cuenta de capitalización individual, como la cotización adicional para el seguro de invalidez y sobrevivencia, y la cotización por trabajo pesado, si corresponde; b) La cotización del 7% de la remuneración imponible para salud, que podrá ser superior en el caso de los afiliados a ISAPRE. La cotización del 0,6% con cargo al 7% en Caja de Compensación de Asignación Familiar en el caso de los trabajadores con FONASA, cuyos empleadores se encuentren afiliados a dichas entidades, en cuyo caso se paga a través del IPS el 6,4% restante, y c) La cotización para el seguro de desempleo, si así correspondiere. En caso de que no estén pagadas las cotizaciones previsionales y sociales hasta el mes anterior al despido, el empleador será sancionado con el pago de remuneraciones desde la fecha del despido hasta el día en que aquel sea convalidado. En este caso, si bien al momento del fin del contrato se encontraban pagadas las cotizaciones de AFP, no estaban igualmente pagadas las de AFC, por lo que se concluyó que la sentencia del juez laboral no efectuó un completo análisis de la prueba, invalidando su sentencia. Así, se dictó el pronunciamiento de reemplazo en que establecido que a la fecha del despido del actor no se encontraban íntegramente pagadas las cotizaciones previsionales de AFC, hace lugar a la acción de nulidad del despido, y ordena el pago de las remuneraciones y demás prestaciones que correspondan hasta la fecha de su convalidación.

La empresa presentó RUJ ante la CS para que determinase el sentido y alcance del concepto de cotizaciones previsionales, para aplicar o no la sanción de nulidad de despido por infracción a los incisos 5° y siguientes del artículo 162 CT, reprochando que no se le haya aplicado la posición de que el inciso 5° del artículo 162 CT solo se refiere a las cotizaciones previsionales que deben ser depositadas en la cuenta de capitalización individual que el trabajador tiene en la respectiva AFP o en el fondo respectivo del IPS, en su caso, pero no a las otras cotizaciones de seguridad social, como son las de salud o del seguro de cesantía, siendo la nulidad del despido una sanción que debe interpretarse restrictivamente.

La CS, conociendo del RUJ, resuelve que, no obstante constatarse la existencia de pronunciamientos diversos emanados de tribunales superiores de justicia respecto de esta materia, lo cierto es que considera que no procede

unificar jurisprudencia, por cuanto coincide en la decisión que estimó procedente la aplicación de la sanción consistente en la nulidad del despido a un empleador que no enteró todas las cotizaciones de seguridad social de su dependiente, como la legislación lo ordena, sea que se trate de cotizaciones previsionales, de salud o seguro de cesantía.

Suma el máximo tribunal que ha expresado este criterio en sentencias previas, en que se efectúan diversas consideraciones sobre el concepto de remuneración y la obligación previsional consagrada en el artículo 58 del Código del Trabajo, y reafirmada en los artículos 17 y 19 del Decreto Ley N° 3.500, que establece el nuevo sistema de pensiones, de los que se desprende que la cotización previsional es un gravamen que pesa sobre las remuneraciones de los trabajadores, que es descontado por el empleador con la finalidad de ser enterado ante el órgano previsional al que se encuentren afiliados sus dependientes, junto al aporte para el seguro de cesantía que le corresponde sufragar, dentro del plazo que la ley fija. Razonamientos que han llevado a concluir que la naturaleza imponible de los haberes los determina la ley que se presume por todos conocida, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8° del Código Civil, de modo que las remuneraciones siempre tuvieron dicho carácter, lo que lleva a que el empleador debe hacer las deducciones pertinentes y enterarlas en los organismos previsionales respectivos y al no cumplir con esta exigencia se hace acreedor de la sanción establecida en el artículo 162, incisos 5°, 6° y 7°, del Código del Trabajo.

La CS también precisa que los razonamientos precedentes son comprensivos tanto de las cotizaciones previsionales como de salud y de cesantía, atendido el tenor literal del citado artículo 58 del código del ramo, que al establecer la referida obligación alude a las "cotizaciones de seguridad social", sin distinguir, ni restringirla a una u otra, y destaca que corresponde al juez laboral dar eficacia al derecho consagrado en el artículo 19 N°18 de la Constitución Política, que obliga al Estado, a través de todos sus Poderes, a garantizar el acceso de todos los habitantes a las prestaciones de seguridad social, lo que incluye las prestaciones por vejez, pérdida de la salud y del empleo, velando por el oportuno cumplimiento de la obligación de aportar, sea de manera directa para los trabajadores independientes o a través de la retención del empleador para los dependientes.

En tales condiciones, no resulta correcto excluir de la aplicación de la nulidad del despido las cotizaciones correspondientes al financiamiento del seguro de cesantía, porque, pese a la denominación de "seguro" que le da la legislación, lo cierto es que, conforme al artículo 1° de la Ley N° 19.728, se trata de un régimen obligatorio para todos los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, que, en consecuencia, forma parte integrante del sistema de seguridad social, como lo ratifica el artículo 11 de la citada ley, al sujetar el cobro de dichas cotizaciones al procedimiento y sanciones contempladas en la Ley N°

17.322, que regula la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social.

En conclusión, la Cuarta Sala de la CS rechaza de manera unánime el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto.

**M-2559-2021, 22-12-21, 1° JLT Stgo. US. Cristián Fuentealba Zamora es injustificado el despido de un trabajador que no hizo uso adecuado de la mascarilla de seguridad.** El caso se trató de un trabajador de un gimnasio despedido por acto, omisión o imprudencia temeraria que afectan la seguridad o la actividad o la salud de los trabajadores e incumplimiento grave de las obligaciones de su contrato, básicamente por no hacer uso adecuado de su mascarilla (mal puesta) dentro de las instalaciones del gimnasio, particularmente en tres clases efectuadas por él en días distintos (en dos de ellas los alumnos no utilizaron mascarillas) pese a que se le había llamado la atención para que corrigiera aquello.

El juez tuvo por acreditadas las conductas antes relatadas y reprochadas en carta de despido, junto con los protocolos y capacitaciones entregadas por la empresa al actor respecto al Covid 19, de lo cual concluye que el trabajador si se encontraba en conocimiento que debía utilizar correctamente los elementos de protección personal como la mascarilla dentro de su lugar de trabajo. Sin embargo, el sentenciador entiende que no se configura ninguna de las dos causales de despido invocadas (art. 160 N° 5 y 7 CT) ya que, respecto de la primera, se exige un actuar doloso (imprudencia temeraria) del demandante lo que no se configuró desde que el trabajador si hizo uso de la mascarilla (aunque no de forma correcta) que los alumnos tampoco cumplieron en dos oportunidades con la utilización de ellas y que se mantuvo entre todos ellos una distancia de al menos dos metros. Tampoco se configuró la segunda (incumplimiento grave) por cuanto si bien se le llamó la atención al actor por sus conductas, el empleador pudo haber hecho uso – de forma previa al despido – de otras medidas menos gravosas como la amonestación por escrito o la multa, teniendo además en cuenta que se incorporó una foto extraída de la propia red social de la empresa demandada en donde aparece una actividad realizada en el gimnasio donde figura un entrenador personal con alumnos sin mascarillas, lo que denota cierta tolerancia en conductas análogos a las del despido.

**T-3-2021, 26-01-2022, J. Letras y Gta. Andacollo, US. Luis Pacheco Monardes, infracción al derecho fundamental de vida e integridad física y síquica por trato de superiores y ordenes de trabajo en tiempos de descanso.** Quien demanda por autodespido con vulneración de derecho fundamental es un jefe de proyecto, quien relató que soportó gran parte del año 2020-2021 actos de acoso laboral de parte del gerente general y el gerente manager de la demandada, lo que le hicieron requerir asistencia médica con posteriores uso de licencias tras lo cual, terminado estos reposos laborales con su reintegro laboral, continuó experimentando conductas de maltrato y hostigamiento que lo hacen finalmente presentar carta de autodespido junto con esta posterior demanda. Básicamente relató que a partir de fines de febrero de 2020,

en una reunión sostenida fuera de horario laboral, se le encargó liderar la confección y presentación de proyectos para ampliar la planta minera con una producción que pasaría de 600 a 5000 toneladas mensuales, adicionando la ejecución de un proyecto de relaves, con lo cual el tiempo que invirtió para desarrollar ambos trabajos se incrementó considerablemente, recibiendo mensajes de texto, mensajería de aplicación instantánea (WhatsApp), llamadas, correos electrónicos y realización de reuniones fuera del horario y jornada laboral (entre 7.00 y 23 horas) tras lo que reclamó a ambos gerentes, los cuales lo destinaron a realizar cotizaciones de equipos con empresas chinas en horas de las madrugadas dado el desfase de huso horario. Luego, durante el 2020 se le encargaron más funciones no contenidas en su descriptor de cargo, como llevar el control de gestión de las razones sociales que operaba su empleador, trabajo que efectuó hasta febrero de 2021 ya que presentó licencia médica por crisis de pánico, dolores de cabeza, mareos, vómitos, entre otros. Adicionalmente, los gerentes aludidos denostaban al equipo de trabajo, al punto de exigirles que debían trabajar todos los días (“en esta empresa no existen feriados ni fines de semana, se trabaja como hombres y sin llorar como los maricones”) o refiriéndose a ellos como desleales, fracasados, ladrones, por lo que tras sus licencias médicas y ante el miedo de sufrir nuevos actos de acoso laboral que comprometiesen su integridad física y psíquica, decidió presentar despido indirecto el 8 de junio de 2021.

El juez tuvo por acreditada la existencia del mal estado de salud del trabajador, precisamente porque epicrisis indicó haber sufrido de un trastorno adaptativo. Luego, para establecer si existía causalidad entre dichas consecuencias en su salud y el accionar de la empresa, se tuvo en cuenta un informe de la IT que constató idénticos hechos respecto de otro trabajador de la misma empresa. Así, concluye la sentencia textualmente: *“Tales circunstancias y dichos, en caso alguno justificados, permiten razonar que su ocurrencia repercute de por sí en la integridad psíquica, y posteriormente física, del actor, al recibir un trato totalmente desproporcionado por su jefatura, quienes en caso alguno pueden enarbolar su superioridad jerárquica en la empresa como el fundamento de una denigración hacia el trabajador. De igual manera, los correos electrónicos incorporados por el actor y las copias de los pantallazos de la red social “whatsapp” permiten colegir que aquel debió ejecutar labores en un horario no acorde a las funciones originalmente pactadas, en días destinados al descanso laboral, necesario para un buen desempeño en el ámbito de las funciones propias del trabajo y cuya falta repercute de manera negativa en la salud integral del actor”.*

No habiéndose desacreditado los hechos por el empleador ni habiendo explicado la proporcionalidad de los mismos, se condenó a la demandada al pago de 6 remuneraciones por haber vulnerado el derecho fundamental de integridad física y psíquica, además del derecho a la honra del demandante, junto con el pago de indemnizaciones sustitutiva de aviso previo, por años de servicio, recargo legal y feriados.







## Resoluciones administrativas.

Juan Padilla Herrera, Cristian Vásquez Segura y Rodrigo Tapia Salvo.



[- DIC 204/05, DT, 27-01-2022, 03-02-2022, sobre sistema de desarrollo profesional docente \(SDP\) remuneración promedio, licencia médica, ausencia y contrato de reemplazo:](#) Se consulta sobre la forma de calcular la remuneración promedio de los docentes que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados y de administración delegada que ingresan al SDP cuando han hecho uso de licencia médica durante los seis meses inmediatamente anteriores al ingreso a la carrera docente de la ley 20.903, ya que dichos colegios deben declarar las remuneraciones de enero a junio de sus docentes en el portal web de carrera docente.

Por medio del presente dictamen, la DT se pronuncia sobre diversos puntos que trataremos a continuación:

1) Se consultó si se ingresa el valor real de liquidación de remuneración del docente que tiene menos de 30 días trabajados en 1 mes, por haber hecho uso de licencia médica o por ausencia; o si debe ingresarse el sueldo proyectado a 30 días.

En este punto la DT señala que no tiene la facultad de determinar la información que debe ingresarse en el portal web de carrera docente, especialmente porque se trata de una plataforma tecnológica del MINEDUC.

Sin embargo, la DT sí determina el cálculo de la remuneración promedio de los 6 meses anteriores al ingreso al Sistema de Desarrollo Profesional (SDP), de aquellos educadores que, durante este periodo, han gozado de licencia médica o registran ausencias a sus labores; fueron

contratados en el establecimiento educacional en el mes de marzo; o que poseen un contrato de reemplazo, indicando las siguientes directrices.

Señala que el artículo trigésimo tercero transitorio de la Ley N°20.903, estableció una regla especial de protección de las remuneraciones de los docentes en establecimientos particulares subvencionados o de administración delegada, que impide que dichos profesionales perciban, al incorporarse al Sistema de Desarrollo Profesional, una remuneración inferior a la que les correspondía bajo la antigua estructura de remuneraciones. Para dicho efecto, se creó el beneficio denominado "Remuneración Complementaria Adicional" para reconocer y pagar las diferencias de remuneraciones si la nueva estructura de remuneraciones del SDP supone ingresos menores para el docente. Así, para determinar lo anterior se deben comparar las remuneraciones que percibía el docente antes con aquellas que percibirá en su ingreso al SDP, por lo que la diferencia, en caso de remuneración promedio de los 6 meses anteriores sea mayor a la del ingreso al SDP, constituirá la remuneración complementaria adicional.

Los profesionales de la educación, cuyos empleadores postularon y se adjudicaron cupos del SDP, ingresan a la carrera docente cuando la resolución de la Subsecretaría de Educación que les asigna un tramo y determina sus bienios surte sus efectos, lo que sucede en el mes de julio del año subsiguiente a la adjudicación del cupo por parte del empleador. Se debe recordar que el ingreso al SDP contempla un período voluntario que comenzó el 2017 y se extiende hasta el 2025, convirtiéndose en obligatorio desde el año 2026.

Dicho lo anterior, el periodo de seis meses inmediatamente anterior al ingreso al SDP comprende enero a junio, ambos inclusive, de la anualidad respectiva, no pudiendo considerarse mensualidades anteriores o posteriores al periodo indicado.

En base a que estipendios deben considerarse para realizarse el cálculo, el artículo trigésimo tercero transitorio de la Ley N°20.903 establece que es un promedio de remuneraciones, las que tienen naturaleza diferente a los subsidios por incapacidad laboral que perciben los trabajadores por licencia médica. Por lo que, para calcular la remuneración promedio de los 6 meses anteriores al ingreso al SDP, no deben considerarse aquellos periodos en que docentes hayan hecho uso de licencia médica sino sólo los meses íntegramente cubiertos con remuneración al docente utilizando como divisor el número de las mensualidades consideradas.

Diverso es el caso del docente que se ausentó injustificadamente durante esos 6 meses, ya que allí sí se deben incluirse los meses en que se incurrió en dichas ausencias para el cálculo del promedio de remuneración.

2) Si preguntó si un docente ingresó a trabajar en el establecimiento educacional en el mes de marzo, ¿se

solicitan liquidaciones de remuneración al empleador anterior para completar la información requerida por el registro en SDP? La DT responde que, al ser una relación laboral entre privados, la remuneración promedio de los meses anteriores al ingreso al SDP deben calcularse considerando solo el periodo que media entre marzo y junio del año respectivo, aplicando un divisor de 4, ya que las remuneraciones de enero y febrero con un establecimiento educacional diverso no resultan vinculantes para el nuevo empleador.

3) Finalmente, la forma de calcular la remuneración promedio de docentes de reemplazo de los seis meses anteriores a su ingreso al SDP es idéntica a lo ya relatado que se aplica para docentes con contrato indefinido o a plazo, ya que no se establece una forma diferente en la Ley N°20.903.



**- ORD 198, DT, 1-02-2022, seguro de salud financiado por el empleador de forma permanente es remuneración:** La DT indica que el aporte permanente de un empleador en el pago de un seguro complementario de salud (obligación que en este caso proviene de un convenio colectivo) constituye remuneración. Profundiza la DT indicando que, en el caso que se le somete a su interpretación, el convenio colectivo dispuso que la empresa financiará un 65% del costo de seguro de salud complementario a los beneficiarios de dicho instrumento, debiendo costearse el restante porcentaje por los propios trabajadores, cláusula que debe respetar las normas mínimas e irrenunciables del Código del Trabajo por lo que no resulta procedente recurrir a la voluntad que tuvieron en cuenta las partes al momento de su redacción.

Así, pese a que la empresa indicó que no existiría un aumento de patrimonio del trabajador, que la remuneración no está prevista para cubrir contingencias como muerte o enfermedad y que esta cantidad de dinero (pago de prima del seguro) se le entrega a un tercero ajeno a la relación

laboral (compañía de seguros), siendo un aporte o beneficio pagado de forma permanente y mes a mes por el empleador para que el trabajador adquiriera la calidad de asegurado en realidad si constituye un incremento patrimonial a favor de este último en caso que se haga efectivo el seguro, por lo que constituye remuneración, sobre todo al no encontrarse excluida como tal expresamente en el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo. Además, se sostiene dicha tesis al indicarse que dicho beneficio fue establecido en un proceso de negociación colectiva, no buscando dar cumplimiento a un beneficio al cual el empleador se encuentra legalmente obligado sino a una cuestión que tuvo como resultado un acuerdo directo entre empresa y sindicato.

Las consecuencias de la interpretación de la DT a lo anterior es que esa cantidad pagada por la empresa, al ser considerada remuneración, debe reflejarse en la liquidación de remuneraciones del trabajador y, además, reviste la categoría de imponible y tributable. Esto abre la puerta, en nuestro concepto, para judicializar casos de nulidad del despido por diferencias de cotizaciones previsionales y de seguridad social no pagadas.



**Laboral Atiende Abogados**



[contacto@laboralatiende.cl](mailto:contacto@laboralatiende.cl)

Orientación y solución a  
problemas laborales.

Visite nuestra página Web:

[www.laboralatiende.cl](http://www.laboralatiende.cl)