

Santiago, dieciocho de agosto de dos mil dieciocho.

## I. ANTECEDENTES

Doña María Inés Toro Rodríguez, domiciliada en Puente Alto, dedujo demanda en procedimiento de aplicación general del trabajo contra Farmacéutica Farmablanc Limitada, representada por Emilio Espínola Silva, domiciliados en Peñalolén, para que se declare procedente el despido indirecto por incumplimientos de la empleadora.

Prestó servicios como vendedora comisionista-cajero desde el 24 de mayo de 2007 en local comercial ubicado en Huechuraba con remuneración consistente en sueldo base, asignación de caja y comisiones variables sobre ventas: Comisión P (venta neta individual), Comisión I (por productos seleccionados) y Premio G (Protección de Inventario). Puso término a los servicios por causal de números 5 y 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, el 26 de septiembre de 2017, basada en malos tratos, hostigamientos e incumplimientos que atentaron contra su salud y menoscabo económico. Los hechos se originan en traslado de establecimiento desde comuna de Independencia a Avenida Grecia y al trato hostil hacia su persona desplegado por María Eugenia Millao Millao, carente de motivo.

Ese mal trato (no descrito) se agravó con fecha 21 de agosto, cuando “en forma velada, aprovechándose de la pena derivada de la pérdida de mi madre y del stress laboral sufrido, se le avisó cambio de local, que le produciría menoscabo económico de cerca de un 50% de la remuneración mensual. Señala diferencias de ventas y comisiones de uno y otro local. Todo ello gatilló afectación de su salud y tuvo que hacer uso de licencia médica (2), por cerca de un mes (4 a 25 de septiembre de 2017), al término de la cual decidió poner término al contrato.

Señala que el maltrato se acrecentó desde abril de 2017, destacando además que entre julio y agosto de 2017 se remodeló el local de Independencia, con los trabajadores en su interior, debiendo



soportar durante un mes aproximadamente olores a diluyente, pintura y presencia de roedores en el local. Indica que no se respetó descanso en domingo en los años 2016 (2) y 2017 (5). Todo lo cual se verifica en panorama de malos tratos, ironías, palabras ofensivas y faltas de respeto en conversaciones mantenidas privadamente como frente a trabajadores, junto a la presión para que “me aburriera” ejercida mediante el cambio unilateral.

Invoca normas de derecho y demanda indemnización sustitutiva , por años de servicios, incremento de 80%, indemnización por feriado proporcional, remuneración por días domingo (trabajados debiendo ser descanso), con actualizaciones, intereses y costas.

La demandada pidió el rechazo de la demanda, con costas, por no verificarse los presupuestos del despido indirecto. Reconoce vínculo laboral desde el 24 de mayo de 2007, como “vendedor comisionista-cajero”, con remuneración fija (sueldo base, asignación de caja más comisiones por ventas), con promedio de \$ 877.859 concordando con el tipo de comisiones señaladas en la demanda. Desde 1 de noviembre de 2011 (anexo) servicios se prestaron en Av.El Salto 2506, local H en 4 turnos distintos.

Niega malos tratos, hostigamientos e incumplimientos, señalando que imputaciones no son precisas ni claras, careciendo de relato singularizado y circunstanciado.

La demandante suscribió un anexo el 21 de agosto de 2017 en el que se pactó el cambio de sucursal, para hacerse efectivo el 20 de septiembre del mismo año. Se intenta agravar los eventuales menoscabos económicos que sufriría en el futuro, en relación a comisiones bajas que percibiría. La demandante no alcanzó a trabajar un solo día en el local de Avenida Grecia, quedando reducida su alegación a escenarios poco probables a futuro, sin configurarse un incumplimiento de la entidad y gravedad exigida por la ley.



Controvierte la procedencia de una indemnización basada en vías de hecho inexistentes (hostigamientos).

En cuanto a la alegación de incumplimiento de descansos en domingos de años 2016 (2) y 2017 (7) alega la imprecisión de la alegación, al no aportar datos sobre los días en que se verifica la infracción, en un contexto, además, en que tenía turnos que alcanzaban ese día.

Analiza la institución del despido “indirecto”, en relación a las causales de los números 5 y 7 del artículo 167, e invoca normas de derecho para fundar su defensa.

Se llevaron a efecto las audiencias de los artículos 453 y 454 del Código del Trabajo, valiéndose las partes de prueba instrumental, testifical y –la demandante- de confesional que consta en el acta respectiva.

## II. CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO

1. No hubo controversia sobre la existencia del vínculo laboral entre las partes, a contar del 24 de mayo de 2007, las labores ejecutadas de “vendedora, comisionista-cajera”, en la remuneración mensual de \$ 877.859 y el término de los servicios por decisión de la trabajadora invocando incumplimientos contractuales de las obligaciones de la empleadora (5 y 7 del 160 del Código del Trabajo). No hubo controversia tampoco en cuanto a que la remuneración mensual de la demandante estaba compuesta por un componente variable con tres tipos de comisión o premios: Comisión P (venta neta individual), Comisión I (por productos seleccionados) y Premio G (Protección de Inventario)

2. Corresponde ponderar la existencia de las conductas señaladas en la comunicación de término previo al encuadre de las mismas como incumplimientos contractuales. La carta de 26 de



septiembre de 2017 coincide con el mismo relato establecido en la demanda.

3. En el acápite de hostigamiento alude a conductas de la jefa de local María Eugenia Millao, “trato hostil hacia mi persona (...) reiterado y evidente mal trato” y más adelante “palabras ofensivas, ironías y faltas de respeto tanto en las conversaciones que mantuvimos de manera privada, como frente a otros trabajadores”.

4. Ni en la comunicación de despido, ni en la demanda –que reproduce idénticos términos- se consignan conductas específicas enmarcadas en sus circunstancias esenciales (tiempo, lugar, presencia de testigos, contexto y características de la interacción, etc). No hay hechos que permitan verificar aquello que se califica como “malos tratos, ironías, trato hostil”, por lo que la generalidad de la descripción -sin referencia a episodios que puedan permitir ponderar la veracidad de lo que se califica sin ser explicitado- hace insuficiente la imputación en este extremo, pues ha quedado entregada a la ponderación subjetiva de conductas desconocidas, con la consiguiente afectación de la posibilidad de descargo y defensa de la demandada, sin poder reconducirse la prueba hacia acontecimientos acotados que pudieren permitir una evaluación acerca de la relación jerárquica entre la demandante y su jefatura.

5. La prueba “viva” allegada al proceso, da cuenta de este problema, pues discurre “a ciegas” entre la negación de una mala relación y subordinación de la misma a lo que es propio de una relación jerárquica con actitud refractaria a órdenes por parte de la demandante (absolución de Espínola Silva, testigo Millao) y un conjunto de generalidades sobre el carácter de la Millao, sin referencia a conductas específicas (testigo Miranda Rojas de la demandante, quien cayendo en la misma tendencia a calificar sin describir, señala que la jefa “no es dada a la empatía y a tratar bien a las personas, tiende a imponer su voluntad”). En este punto el testimonio de la testigo Jaque Almonacid es de oídas, al haber concluido sus servicios para la demandada en el año 2011, sin aportan información relevante.



6. En otro extremo de la comunicación de término, la alegación sobre el cambio de establecimiento comercial en cuanto incumplimiento de la demandada, se sustenta en los siguientes hechos:

a) Haberse producido en un contexto de trato hostil, enmarcado además en momentos en que la demandante sufre una significativa pérdida personal (muerte de su madre)

b) Haberse producido unilateralmente

c) Producir un menoscabo económico futuro seguro.

La cuestión relativa al hostigamiento ya ha sido analizada, descartándose la existencia de tales conductas.

La demandante prestaba servicios en establecimiento de la demandada ubicada en la comuna de Independencia. Contractualmente está contratada para servir en la ciudad de Santiago (cláusula primera/documental demandante) quedando establecido que el empleador puede disponer cambios en la destinación del recinto (misma cláusula), reconduciendo la cláusula al estándar de la norma del artículo 12 del Código del Trabajo.

En este punto el alegado de descargo de la demandada es que se suscribió un anexo contractual, hecho demostrado con el documento suscrito por las partes de 21 de agosto de 2017, que consigna el cambio del lugar de ejecución de los servicios desde el local ubicado en la comuna de Independencia hasta el ubicado en Grecia 320 Ñuñoa.

El cambio entonces no es unilateral, sino pactado y se verifica al margen de las condiciones que la demandante refiere como generadoras de un ambiente perjudicial para la suscripción del documento (sin invocar un vicio de la voluntad ha sugerido la ausencia de voluntad dada por el contexto no demostrado).



Puede advertirse además de la prueba instrumental de la parte demandante, la existencia de pactos complementarios previos suscritos entre las partes, en los anexos de 1 de marzo de 2010, de 1 de abril del mismo año y de 1 de noviembre de 2011. Este último precisamente tiene por objeto señalar los diez posibles destinos a otros establecimientos ubicados en la ciudad de Santiago, uno de los cuales corresponde al establecimiento ubicado en Grecia 320, Ñuñoa.

Finalmente, sobre el menoscabo económico que produciría a la demandada el cambio de destinación por afectar la parte variable de su remuneración, la demandante señala que por sus características de menos ventas globales, el local de Ñuñoa le significaría una merma en sus remuneración variable de hasta un 50%., afectando dos de los tres componentes variables de la remuneración.

Tal aseveración no está demostrada en el proceso por las siguientes razones:

i) No hay controversia que el cambio no llegó a materializarse, porque el anexo difiere la entrada en vigencia de la modificación, tras lo cual la demandante reconoce que estuvo con licencia médica y luego, se auto despidió.

ii) Con todo, siendo posible ponderar *ex ante* el menoscabo económico sobre una demostración acabada de la forma como se verán afectadas las remuneraciones de un trabajador que depende de variables ajenas (monto de ventas generales y sistema de ventas de un establecimiento en comparación con otro), este hecho no ha sido demostrado por prueba anticipada ni producida en el proceso, quedando allegada a éste apenas información fragmentaria y contradictoria sobre el destino y posible quantum de la remuneración de la actora, a base de variables poco precisas y que impiden concordar con la estimación de la demandante en este punto.

iii) Si bien de la prueba confesional de la demandante (absolución de Espíndola Silva) se puede establecer que el local de Ñuñoa vende menos mensualmente que el de Independencia 40 a 42



contra 50 a 55 millones (en relación con documentos 12 y 13 de la demandada, detalle de ventas y metas por local); el mismo absolvente y la testigo Millao concuerdan en que el segundo local dispone de más vendedores (2 más), lo que equipara la situación; al tiempo que le asignan relevancia a la experiencia y destreza de cada vendedor (aspecto ratificado por la planilla comparativa de ventas de cada trabajador del local de Independencia (documento 12 demandante), del mes de marzo de 2017

7. La comunicación de término invoca además deuda por trabajo realizado en días domingo en que debió otorgarse descanso, dos en el año 2016 y 5 en el año 2017. Tal infracción aparece constatada y comprobada in situ respecto de otra trabajadora (Yanine Norambuena Pastene) en Informe de Fiscalización 2562 de 2017 de 9 de abril de 2018 (documental demandante), que consigna “no otorgar siete días domingo de descanso semanal”. La fiscalización consigna la existencia de sistema de turnos rotativos (concordante con turnos consignados en anexos contractuales).

Del examen del libro de asistencia de los años 2016 y 2017 (fracción trabajada) acompañada por la demandada se verifica la infracción al artículo 38 bis del Código del Trabajo en la entidad señalada por la demandante, pues se identifica otorgamiento de descanso de domingo adicional solo en julio, septiembre y diciembre de 2016).

En la fracción trabajada en 2017 (enero-agosto), hasta ese período no advierte el otorgamiento regular del descanso adicional previsto por la norma. Así, en enero no se otorga (febrero y marzo cubren parte del feriado anual, desde el 13 de febrero al 12 de marzo y en abril de 2017 también se consigna feriado desde el 10); en mayo, junio no se otorga domingo adicional, pero sí en julio y agosto (2 domingos laborados y tres no).

Si bien la prestación del artículo 38 bis durante el año 2017 ha podido todavía ponderarse en el resto del año calendario, el que concluye abruptamente con antelación al momento de la terminación



de los servicios, lo cierto en el proceso es que ya desde 2016 se verifica incumplimiento de la norma legal y la progresión exigua de otorgamiento del derecho durante el 2017, con infracciones en tres meses, ponderado con la infracción del año anterior (a lo menos dos día no otorgados), permiten verificar la situación de incumplimiento de la demandada en la entidad señalada por la demandante hacia el momento de la terminación de los servicios.

La conclusión se ve reforzada con los resultados de la fiscalización antes anotada respecto de otra trabajadora y no puede soslayarse en relación a este punto que la propia demandante mantuvo comunicaciones con Sergio Magaña, jefatura superior a su jefa de local, a quien reclama de los incumplimientos por días domingo no otorgados y trabajados (comunicación por *whatsapp* de 6 de marzo de 2017), a lo que no recibe respuesta, configurándose éste como un elemento indiciario que no hace que más que refrendar la posición de incumplimiento de la empleadora en relación con esta prestación.

8. El incumplimiento antes anotado es reiterado y grave. La gravedad se configura porque infringe un contenido mínimo previsto por la ley con una finalidad tutelar de los trabajadores que apunta a dos objetivos: proveer los ciclos de descanso que se estiman indispensables para permitir la recuperación de las fuerzas necesarias para el trabajo y equilibrar para quienes por la propia naturaleza de la excepción del artículo 38, número 7 (trabajo en días culturalmente destinados al descanso y la vida familiar), quedan parcialmente privados de desarrollar descanso y recreación en conjunto con quienes por estar mayoritariamente adscritos a la distribución ordinaria de jornada y a ciclos similares (diversos regímenes educativos), forman parte del grupo familiar, amistades y vínculos sociales; por lo que la norma mínima de protección busca ser un paliativo a la propia falta de sincronía que los descansos compensatorios diversos a los de quienes laboran mayoritariamente en jornada ordinaria, desarrollan trabajadores situados en la condición del 38, número 7.





9. No hay otras conductas señaladas en la comunicación de despido que encuentres ni la debida singularización ni prueba, ni entidad suficiente para configurarse como incumplimiento del artículo 160, número 5 o 7 del Código del Trabajo. Así el retraso de pocos días del pago de la remuneración de un mes (quincena, diferida de un viernes para un lunes), que encuentra asidero probatorio en la comunicación de la actora con su jefe superior, carece de la entidad suficiente para justificar por sí sola la terminación del vínculo y el episodio de la remodelación del segundo piso del local de Independencia que encuentra algún asidero en el testimonio de la Millao (quien reconoce la remodelación, y las molestias que pudieron causar ciertos olores a pinturas y diluyentes, señalando que en una oportunidad se franqueó a la trabajadora un permiso para irse más temprano cuando adujo molestias) es insuficiente para configurar la causal grave del artículo 160, número 5 del Código del Trabajo. En el mismo sentido, el uso informal de comunicaciones por whatsapp durante septiembre (licencia médica de la actora) tampoco califica pues se trata de una comunicación en el contexto de ajeno a cuestiones propias de la prestación del servicio, evidenciando preocupación por el estado de salud de la demandante (“bueno, ahora concéntrese en recuperarse bien para que la tengamos de vuelta”; un deseo reiterado en comunicación de 13/09).

10. El incumplimiento contractual grave y reiterado es suficiente para justificar la terminación de los servicios por incumplimiento del empleador.

11. No hubo prueba sobre solución de la proporción de feriado que se demanda, al no allegarse comprobante alguno sobre los períodos otorgados.

12. No hay otra prueba relevante que analizar.

Y de acuerdo además con lo que disponen los artículos 1, 3, 5, 7, 9, 38, 38 bis, 41, 42, 63, 67, 73, 160, 162, 168, 172, 173, 420, 445, 453, 454, 459 del Código del Trabajo, se resuelve:



I. Hacer lugar a la demanda declarándose que la terminación de los servicios de 26 de septiembre de 2017 se verificó por incumplimiento grave de las obligaciones del empleador.

II. La demandada deberá pagar a la actora las siguientes sumas por los conceptos que se indican:

a) \$877.859 por indemnización sustitutiva de aviso previo de despido

b) \$ 8.778.590 correspondiente a indemnización por 10 años de servicios

c) \$7.022.872 correspondiente a recargo de 80% sobre indemnización anterior

d) \$329.197 por indemnización compensatoria de feriado proporcional

e) \$342.365 correspondiente a remuneración por siete días domingo trabajados correspondientes a descansos del artículo 38 bis

Las sumas ordenadas pagar deberán actualizarse de la forma en que establecen los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo, según corresponda.

III. Condenar en costas a la demandada por haber sido totalmente vencida, regulándose las costas personales en la suma de \$ 2.000.000.

RIT O-6967-2017

Pronunciada por Álvaro Flores Monardes, Juez titular.

