

II. CAUSAL, VICIO QUE SE RECLAMA.

El presente recurso se fundamenta en la causal establecida en el **artículo 477 del Código del Trabajo**, esto es, en haber sido dictada con infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El tribunal Ad Quo, en la dictación de la sentencia recurrida infringe el artículo 13 de la ley N° 19.728, que permite al empleador descontar de la indemnización por años de servicios el seguro de cesantía, al interpretar de manera incorrecta dicho artículo y no permitir ese descuento.

La ley 19.728 introdujo un seguro de cesantía en favor de los trabajadores cuyos contratos de trabajo terminan por las causales establecidas en el Código del Trabajo.

Por su parte, el artículo 13 del mismo cuerpo legal, establece solo para el caso que el contrato termine por las causales del artículo 161 inciso primero y segundo, un derecho a favor del empleador de poder descontar del pago de las indemnizaciones por años de servicios, el aporte que el empleador ha efectuado al seguro de cesantía del trabajador.

En efecto, el artículo 13, dispone expresamente que: *“ Si el contrato terminare por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tendrá derecho a la indemnización por años de servicios prevista en el inciso segundo del artículo 163 del mismo cuerpo legal, calculada sobre la última remuneración mensual definida en el artículo 172 del mismo, con un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración, a menos que se haya pactado, individual o colectivamente, una superior, caso en el cual se aplicará esta última. Se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a las cuales el*

asegurado pueda hacer retiros en la forma que señala el artículo En ningún caso se podrá tomar en cuenta el monto constituido por los aportes del trabajador, para los efectos de la imputación a que se refiere el inciso anterior.

No obstante, lo dispuesto en la norma antes citada, el Tribunal crea una sanción al no permitir el descuento del aporte del empleador al seguro de cesantía fundado en que el despido sería injustificado, por temas formales de la carta de despido, en cuanto al detalle de los hechos exigidos por el legislador. Sin embargo, la sanción para el despido injustificado está contemplada de manera exclusiva en el artículo 168 letra a), correspondiendo a un recargo del 30% de los años servicios, sin que exista otra sanción establecida.

Al establecer una sanción no contemplada en la ley consistente en la imposibilidad de descontar el seguro de cesantía el tribunal Ad quo vulnera los principios a los cuales deben sujetarse la aplicación de las penas, los cuales tienen un reconocimiento constitucional a saber: principios de tipicidad, proporcionalidad e irretroactividad.

El primer principio constitucional vulnerado **es el de Tipicidad** contemplado en el artículo 19 N°3, inciso final, de la Constitución de la República que dispone "*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*".

El Juez vulnera este principio al establecer la sanción de que el empleador no podrá descontar el seguro de cesantía cuando no existe norma que establezca dicha sanción. Respecto a este principio se debe tener presente que el Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer cuál es su alcance: "*Este principio, universalmente reconocido, surge como suprema protección de los derechos del individuo, ya que asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos*"¹.

¹ Sentencia rol N° 46, de 1987, considerando 18° del Tribunal Constitucional.

También la sanción que aplica el Juez del tribunal Ad quo vulnera el **principio constitucional de proporcionalidad**, el cual se construye de forma objetiva a partir de la gravedad de la infracción prevista por el legislador y la sanción correlativa que le resulta aplicable. En este punto, se puede observar que el artículo 168 establece una gradualidad y proporcionalidad entre las sanciones por despido injustificado, dependiendo de la causal que se haya invocado, así si el despido es por aplicación improcedente de la causal del artículo 161 el recargo es de un 30%, si es por despido verbal o por aplicación injustificada del artículo 159 es de un 50% y si es por aplicación indebida de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo el recargo es de un 80%, llegando incluso al 100% en algunos casos.

Esta proporcionalidad de la sanción tiene su lógica y razón de ser, porque no es lo mismo que un empleador haya aplicado de manera injustificada una causal de necesidades de la empresa que implica un reconocimiento del pago de años de servicios, a que haya despido injustificadamente un trabajador atribuyéndole conductas graves como falta de probidad o efectuando un despido verbal o invocando alguna causal que no implique el pago de los años de servicios.

Pues bien, esta proporcionalidad y gradualidad de la pena, se ve alterada por el tribunal ad quo ya que establecer una sanción no contemplada en la legislación impide descontar el aporte del empleador al seguro de cesantía que en este caso concreto corresponde a un 21% de los años de servicios, lo que implica que finalmente en vez de que el despido tenga un recargo del 30% como lo establece el artículo 168 letra a), el recargo final a pagar por el juez quedó en un 51%, esto es, como si el despido hubiese sido verbal o se hubiese aplicado de manera injustificada alguna de las causales del artículo 159 del Código del Trabajo (término de plazo u obra o fuerza mayor) en la que el empleador haya por ese medio buscado no pagar los años de servicios, lo cual es un atentado grave al principio de proporcionalidad de la sanción.

Por último, la sanción además vulnera el **principio de irretroactividad** de la sanción, este principio encuentra un reconocimiento expreso en nuestra Carta fundamental: "*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*" (artículo 19 N° 3, inciso 7° CPol.).

De lo expuesto, queda de manifiesto la infracción de ley que efectúa el tribunal Ad quo al no aplicar el artículo 13 ley de la ley 19.728, lo que vulnera no solo esta norma, sino que además principios garantizados constitucionalmente, como la tipicidad, la proporcionalidad y la irretroactividad de la sanción.

III. MANERA EN QUE LA INFRACCIÓN DE LEY INFLUYE SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO

La infracción del artículo 13 ley de la ley 19.728, influye en lo dispositivo del fallo toda vez que de haberse aplicado correctamente dicha norma, el Tribunal Ad quo debió señalar que se ajustaba a derecho el descuento del aporte que mi representada efectuó de su aporte al seguro de cesantía por \$525.752 de la indemnización por años de servicios y por tanto, no condenar al pago de saldo alguno de indemnización por años de servicios.

Sin embargo, debido a la infracción de ley, mi representada fue condenada en la letra b del punto I de la parte resolutive de la sentencia, al pago del saldo de la indemnización por años de servicios pendiente por la suma \$525.752, toda vez que no permitió descontar el aporte del empleador al seguro de cesantía.

POR TANTO, y en conformidad a los artículos 474 y siguientes del Código del Trabajo y demás disposiciones legales citadas,

RUEGO a VS. tener por presentado recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 23 de abril de 2021, declararlo admisible, y elevar los antecedentes a la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, con el fin que ese Tribunal, acogiendo la causal de nulidad contemplada en el artículo 477 del Código del Trabajo, por haberse dictado la sentencia con infracción de ley que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, invalide parcialmente la mencionada sentencia, eliminado de la condena que establece la resolución recurrida, la letra b) punto de la parte resolutive de la sentencia recurrida.