



BOLETIN LABORAL



N° 51 – Julio 2011

Sociedad de Fomento Fabril

DICTAMENES DIRECCIÓN DEL TRABAJO	2
1. Negociación Colectiva. Comunicación. Obligación empleador.	2
2. Examen Médico. Obligación empleador. Labores insalubres ó peligrosas.	4
3. Gratificación legal. Base de Cálculo. Exclusión bono escolaridad, aguinaldos de navidad y fiestas patrias.	6
4. Jornada de Trabajo. Guardias de Seguridad. Descanso compensatorio. Días domingo. Procedencia.	8
5. Feriado. Remuneración variable. Promedio. Cálculo.	14
6. Protección a la maternidad. Derecho. Derecho alimentación. Tiempo. Comisiones.	16
CONGRESO NACIONAL	19
1. Proyectos de Ley relevantes en Trámite	19
2. Proyectos de Ley publicados	19
JURISPRUDENCIA	20
I. PROCEDIMIENTO LABORAL ANTIGUO	20
1. Corte Suprema. Casación en el fondo. Concepto de empresa. Subterfugio laboral del empleador. Responsabilidad solidaria. Cosa juzgada. Sana crítica. Artículos 3° y 507 del Código del Trabajo.	20
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	31
1. Tribunal Constitucional. Recurso de Inaplicabilidad. Artículo 26 bis del Código del Trabajo. Imputación a jornada de trabajo de tiempos de descanso y espera entre turnos laborales.	31

DICTAMENES DIRECCIÓN DEL TRABAJO

1. Negociación Colectiva. Comunicación. Obligación empleador.

ORD. N° 2735/048 (publicado 08.07.2011)

MAT.: Negociación Colectiva. Comunicación. Obligación empleador.

RDIC.: Se confirma la doctrina contenida en el ordinario N°1247/78, de 24.03.1993, en el sentido que el artículo 320 del Código del Trabajo, respecto de la obligación que asiste al empleador de comunicar al resto de los trabajadores de la empresa la circunstancia de haberse presentado un proyecto de contrato colectivo de trabajo, sólo resulta aplicable a la situación prevista en el artículo 317 del mismo texto legal, lo que permite sostener que no corresponde que el empleador realice esta comunicación cuando en la respectiva empresa hubiere un instrumento colectivo vigente, entendiéndose por tal, indistintamente, convenio colectivo, suscrito a la luz del artículo 314 de la normativa legal citada, contrato colectivo o fallo arbitral.

ANT.:

1.- Pase N° 1.164, Directora del Trabajo, de 20.06.2011.

2.- Presentación de don Sergio Espinoza Bailac, en representación de la empresa Bailac Limitada, de 27.04.2011.

FUENTES: Código del Trabajo: artículos 317 a 321, ambos inclusive.

CORCORDANCIAS: Ordinarios N°s 1247/78, de 24.03.1993 y 3678/127, de 05.09.2003.

SANTIAGO, 08.julio.2011

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SEÑOR SERGIO ESPINOZA RIERA

AUGUSTO LEGUÍA NORTE N° 264, LAS CONDES

SANTIAGO

Mediante presentación citada en el antecedente, Ud., ha solicitado la revisión de la doctrina contenida, entre otros, en el ordinario N°1247/78, de 24.03.1993, que resuelve que la norma contenida en el artículo 320 del Código del Trabajo, que obliga al empleador a comunicar al resto de los trabajadores de la empresa que ha recibido un proyecto de contrato colectivo, solo resulta aplicable a la situación prevista en el artículo 317 del Código del Trabajo, es decir, en aquellas empresas en donde no existe instrumento colectivo vigente.

Fundamenta su petición en la circunstancia que la doctrina vigente sería anterior a las modificaciones introducidas por la ley 19.759, de 2001.

Al respecto cumpla con señalar que, efectivamente, esta Dirección ha resuelto invariablemente que la figura de "la comunicación al resto de los trabajadores de la empresa que se ha recibido un proyecto de contrato colectivo", sólo es posible aplicarla en aquellas empresas en donde no existe instrumento colectivo vigente, entendiéndose por tal, indistintamente, convenio colectivo, suscrito a la luz del artículo 314 del Código del Trabajo, contrato colectivo o fallo arbitral. Sin embargo, no ha sido por una decisión arbitraria, sino teniendo en cuenta, las normas contenidas en los artículos 317 y siguientes del mismo cuerpo legal, que expresamente disponen que en aquellas empresas en donde no existe instrumento colectivo vigente los trabajadores podrán presentar proyectos de contrato colectivo en cualquier momento, y que recibido el correspondiente proyecto el empleador se encuentra obligado a comunicar tal circunstancia a los demás trabajadores que allí laboran, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su presentación, circunstancia que también debe notificar a la Inspección del Trabajo en donde se encuentre radicado el respectivo proceso.

La doctrina sustentada en diversos pronunciamientos de este Servicio no se ha visto alterada por las modificaciones introducidas por la ley 19.759, de 2001, en esta materia, puesto que la intención del legislador al enmendar la norma contenida en el artículo 320 del Código del Trabajo, estableciendo la obligación del empleador de comunicar al resto de los trabajadores que ha recibido un proyecto de contrato colectivo, solo está dirigida a permitir que el mayor número posible de trabajadores habilitados para negociar colectivamente, dentro de una empresa en donde no existe instrumento colectivo vigente, pueda hacerlo en un mismo período, ya sea, presentando su propio proyecto o adhiriendo al presentado.

La conclusión anterior encuentra su fundamento en la circunstancia que la figura de la comunicación analizada en el cuerpo del presente oficio, aparece reglamentada en los artículos 318 a 321, ambos inclusive, del Código del Trabajo, que en conjunto con el artículo 317 de dicho texto legal, regulan la presentación de proyectos de contrato colectivo en aquellas empresas en donde no existe instrumento colectivo vigente, lo que se ve corroborado con el hecho que recién en el artículo 322, el legislador establece las normas por las cuales se rige la presentación de un proyecto de contrato colectivo en aquellas empresas en donde existe contrato colectivo vigente.

Ahora bien, la debida correspondencia y armonía entre cada uno de los artículos citados, que de manera natural informa un cuerpo legal como el analizado, solo permite concluir que la obligación que asiste al empleador de comunicar al resto de los trabajadores de la empresa la circunstancia de haberse presentado un proyecto de contrato colectivo de trabajo, ha sido circunscrita por el legislador, exclusivamente a la situación prevista en el artículo 317 del Código del Trabajo, es decir, a aquellas empresas en que no existe instrumento colectivo vigente, lo que permite sostener que no corresponde que el empleador realice esta comunicación cuando en la respectiva empresa hubiere vigente, indistintamente, un contrato colectivo, un convenio colectivo suscrito de acuerdo con el artículo 314, o un fallo arbitral.

A mayor ahondamiento, resulta útil reiterar los argumentos contenidos en el ordinario N° 1247/78, de 24.03.1993, citado en su presentación, en cuanto al hecho que de admitirse tal comunicación en las empresas en que existiere un instrumento colectivo vigente, se afectaría el procedimiento reglado de negociación colectiva, por cuanto esta actuación del empleador, por la extensión del plazo que implica, impediría el desarrollo de las demás etapas de dicho procedimiento, afectando de esta forma el ejercicio de los derechos y obligaciones que éste impone a las partes.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud., que se confirma la doctrina contenida en el ordinario N° 1247/78, de 24.03.1993, en el sentido que el artículo 320 del Código del Trabajo en cuanto la obligación que asiste al empleador de comunicar al resto de los trabajadores de la empresa la circunstancia de haberse presentado un proyecto de contrato colectivo de trabajo, sólo resulta aplicable a la situación prevista en el artículo 317 del mismo texto legal, lo que permite sostener que no corresponde que el empleador realice esta comunicación cuando en la respectiva empresa hubiere un instrumento colectivo vigente, entendiéndose por tal, indistintamente, convenio colectivo, suscrito a la luz del artículo 314 de la normativa legal citada, contrato colectivo o fallo arbitral.

Le saluda atentamente,

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

2. Examen Médico. Obligación empleador. Labores insalubres ó peligrosas.

ORD. N° 2913/050 (publicado 20.07.2011)

MAT.: Examen Médico. Obligación empleador. Labores insalubres ó peligrosas.

RDIC.: El empleador está obligado a exigir al trabajador exámenes médicos de aptitud para poder desempeñarse en labores consideradas insalubres o peligrosas. Asimismo, no puede requerirle que tales exámenes se realicen en sus días de descanso, ya sea en un régimen ordinario, o excepcional, de distribución de jornada de trabajo y descansos.

ANT.:

- 1) Instrucciones de 03.06.2011, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho;
- 2) Oficio N°28685, de 20.05.2011, de Superintendente de Seguridad Social;
- 3) Ord. N°378, de 19.04.2011, de Director Regional del Trabajo, Región de Coquimbo.

FUENTES: Código del Trabajo, art. 184, inciso 1°; 185 y 186. Ley N°16.744, art. 71, inciso 2°.

SANTIAGO, 20.JULIO.2011

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SR. DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO

REGIÓN DE COQUIMBO

LA SERENA.

Mediante presentación del Ant. 3), solicita pronunciamiento de esta Dirección, acerca de la procedencia que el empleador pueda requerir de sus trabajadores exámenes ocupacionales, y que éstos deban efectuarse en los días de descanso, de una jornada excepcional autorizada, de 7 días de trabajo continuo seguidos de 7 de descanso.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 184, inciso 1°, del Código del Trabajo, dispone:

"El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales."

A su vez, el artículo 186, del mismo Código, señala:

"Para trabajar en las industrias o faenas a que se refiere el artículo anterior, los trabajadores necesitarán un certificado médico de aptitud."

El artículo 185 anterior, se refiere a las industrias o trabajos insalubres o peligrosos que señale el reglamento.

Pues bien, del análisis conjunto de las disposiciones legales antes citadas se desprende, que el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger de modo eficaz la vida y salud de los trabajadores, en el desempeño de sus funciones, y cuando éstas se desarrollan en industrias o faenas insalubres o peligrosas, los dependientes deben acreditar su aptitud para poder laborar en ellas, mediante certificado médico.

De este modo, una de las obligaciones del empleador en su deber de seguridad de la vida y salud del trabajador, será la de exigirle certificación médica de su aptitud para poder desempeñarse en labores calificadas como insalubres o peligrosas.

Ahora bien, precisado que el empleador se encuentra obligado a exigir al trabajador exámenes médicos sobre condiciones personales para laborar en faenas como las indicadas, a fin de proteger su vida y salud, corresponde dilucidar la procedencia que se pueda requerir que tales exámenes se realicen en el periodo de descanso, de un sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos autorizado.

Al respecto, corresponde señalar que la única disposición legal existente en la legislación vigente relacionada con la materia, es el artículo 71, inciso 2º, de la ley N°16.744, de Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades profesionales, que establece:

"Los trabajadores que sean citados para exámenes de control por los servicios médicos de los organismos administradores, deberán ser autorizados por su empleador para su asistencia, y el tiempo que en ello utilicen será considerado como trabajado para todos los efectos legales."

Pues bien, la Superintendencia de Seguridad Social, al pronunciarse sobre el alcance de la disposición legal antes citada, con motivo de exámenes ocupacionales para desempeño en labores en altura geográfica, que podrían ser consideradas peligrosas, ha informado en Oficio N°28685, de 20.05.2011, que "las actividades de control médico ocupacional por labores en altura geográfica, se insertan y son consecuencia de la relación laboral que mantiene el trabajador con la empresa, por lo que la realización de las mismas no debiera efectuarse dentro de los días de descanso del interesado. Es más y teniendo en cuenta que el marco regulatorio a que se alude -el artículo 71 de la ley N°16.744- dispone que el empleador debe autorizar al trabajador para que asista a estas diligencias médicas, esta autorización sería innecesaria si el interesado las cumple en algún día de descanso; por lo tanto, supone que se realizan cuando el trabajador debe asistir a cumplir con su obligación laboral."

Más adelante, la misma Superintendencia agrega: "Esta Entidad debe señalar que lo dispuesto por el aludido artículo 71 de la ley N°16.744 ha de entenderse aplicable respecto de los controles médicos tanto para constatar como para desechar la existencia de alguna enfermedad profesional, siendo menester tener presente, además, que generalmente tales controles se disponen en actividades laborales que entrañan un riesgo específico para que se generen dichas dolencias, en este caso las actividades que se desarrollan en altura geográfica."

De esta forma, de lo informado por la Superintendencia se concluye, por una parte, que los exámenes médicos ocupacionales, por corresponder a requerimientos de las funciones propias del trabajador en la relación laboral, deben efectuarse mientras el trabajador desempeña sus labores, y no en sus días de descanso, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 71 de la ley N°16.744, y por otra, que ellos están comprendidos en las obligaciones de prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que competen al empleador, que es la persona que debe autorizar la suspensión de la jornada laboral para que el trabajador se realice tales exámenes.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citada, cumplo informar a Ud. que el empleador está obligado a exigir al trabajador exámenes médicos de aptitud para poder desempeñarse en labores consideradas insalubres o peligrosas. Asimismo, no puede requerirle que tales exámenes se realicen en sus días de descanso, ya sea en un régimen ordinario, o excepcional, de distribución de jornada de trabajo y descansos.

Saluda a Ud.

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

3. Gratificación legal. Base de Cálculo. Exclusión bono escolaridad, aguinaldos de navidad y fiestas patrias.

ORD. N° 2914/051 (publicado 20.07.2011)

MAT.: Gratificación legal. Base de Cálculo. Exclusión bono escolaridad, aguinaldos de navidad y fiestas patrias.

RDIC.: Para efectos de calcular la gratificación legal establecida en el artículo 50 del Código del Trabajo, la empresa Punto de Venta Servicios Externos Ltda. debe considerar todos los emolumentos que constituyen remuneración y que se pagan por períodos mensuales, excluyéndose, por el contrario el Bono de Escolaridad y los Aguinaldos de Navidad y Fiestas Patrias percibidos por los trabajadores de la misma.

ANT.: Presentación de doña Paulina Gálvez Núñez en representación de Punto de Venta Servicios Externos Ltda. de 17/05/2011.

FUENTES: Código del Trabajo, art. 50, art. 41 y art. 42;

CONCORDANCIAS: Ord. N°7494/351 de 30.12.1992; Ord. N°7630/316 de 20.11.1995;

SANTIAGO, 20.07.2011

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRA. PAULINA GÁLVEZ NÚÑEZ

FISCAL EMPRESA GRUPO CYGNUS

ARGOMEDO N°302

SANTIAGO CENTRO

Mediante presentación del antecedente Ud. ha solicitado de esta Dirección emita un pronunciamiento acerca de las remuneraciones que deben considerarse para los efectos del cálculo de la gratificación legal pagadera mensualmente conforme al artículo 50 del Código del Trabajo y si para ello procedería incluir el Bono de Escolaridad y los Aguinaldos de Fiestas Patrias y Navidad que perciben los trabajadores anualmente.

Sobre el particular, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 50 del Código del Trabajo, dispone:

"El empleador que abone o pague a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, quedará eximido de la obligación establecida en el artículo 47, sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere. En este caso, la gratificación de cada trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales. Para determinar el veinticinco por ciento anterior, se ajustarán las remuneraciones mensuales percibidas durante el ejercicio comercial conforme a los porcentajes de variación que hayan experimentado tales remuneraciones dentro del mismo".

Al respecto debe precisarse que este Servicio pronunciándose sobre la materia, mediante Ordinario N°7494 /351 de fecha 30.12.1992 y Ordinario N°7630/316 de fecha 20.11.1995, ha sostenido que para que un estipendio sea considerado para los efectos de determinar el beneficio de la gratificación, deberá reunir las siguientes condiciones copulativas:

- 1) Que revista el carácter de remuneración y
- 2) que esta remuneración sea de carácter mensual.

En relación con la primera condición citada, la referida doctrina luego de analizar los artículos 41 y 42 del Código del Trabajo, en armonía con las normas sobre gratificación contenidas en el artículo 50 del mismo cuerpo legal, ha establecido que la remuneración mensual del trabajador está constituida por todas las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo agregando que revisten tal carácter las previstas en el citado artículo 42, tales como sueldo, sobresueldo, comisión, etc. Por el contrario, no

forman parte de ella por no constituir remuneración, las asignaciones de movilización, pérdida de caja, desgaste de herramientas, colación, viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

De esta suerte, para determinar el 25% de lo pagado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales para pagar la gratificación legal en conformidad al artículo 50 del Código del Trabajo, deben considerarse solamente los emolumentos que, según lo señalado anteriormente, constituyen remuneración.

En cuanto a la segunda condición necesaria para que una remuneración sea considerada para los efectos de calcular la gratificación, cabe señalar que el pronunciamiento en comento ha sostenido que de los preceptos legales que rigen esta materia se desprende que el legislador al aludir a "remuneraciones mensuales" ha incluido para dichos efectos solo las remuneraciones que cuentan con una periodicidad de pago de un mes.

Precisado lo anterior, y en cuanto a la procedencia de incluir el Bono de Escolaridad y los Aguinaldos de Fiestas Patrias y Navidad que se otorga a los trabajadores respectivamente en los meses de marzo, septiembre y diciembre, en la base de cálculo para pagar la gratificación en comento, cabe señalar, que dichos beneficios no deben ser considerados en ella, toda vez, que no tienen el carácter mensual al ser pagados y liquidados una vez al año conjuntamente con la remuneración del mes en que acontece el hecho que los motiva.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que para efectos de calcular la gratificación legal establecida en el artículo 50 del Código del Trabajo, la empresa Punto de Venta Servicios Externos Ltda. debe considerar todos los emolumentos que constituyen remuneración y que se pagan por períodos mensuales, excluyéndose, por el contrario el Bono de Escolaridad y los Aguinaldos de Navidad y Fiestas Patrias percibidos por los trabajadores de la misma.

Saluda a Ud.,

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

4. Jornada de Trabajo. Guardias de Seguridad. Descanso compensatorio. Días domingo. Procedencia.

ORD. N° 2915/052 (publicado 20.07.2011)

MAT.: Jornada de Trabajo. Guardias de Seguridad. Descanso compensatorio. Días domingo. Procedencia.

RDIC.:

1.- El ordenamiento jurídico faculta a la Dirección del Trabajo para interpretar el sentido y alcance de las normas contenidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, y con ello, para establecer si las funciones de guardias de seguridad se encuentran dentro de alguno de aquellos numerales de dicha norma legal, que dan cuenta de labores o servicios exceptuados del descanso dominical y en días festivos;

2.- La Dirección del Trabajo ha establecido mediante la Resolución N°1.185, de 27.09.2006, un sistema de autorización marco para guardias de seguridad y vigilantes privados y fijado criterios exigibles para la autorización de un sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo y descansos;

3.- El argumento según el cual el concepto de mera vigilancia tal y como se previó en el D.S. N°101 de 1918, se encuentra obsoleto, al no corresponderse con la plenitud de funciones que hoy desempeñan los guardias de seguridad, reafirma la doctrina institucional vigente en base a la cual tales labores al no poder reputarse como de mera vigilancia, no pueden entenderse incluidas dentro del N°4 del artículo 38 del Código del Trabajo;

4.- La normativa legal vigente no hace distinción, al momento de determinar cuáles son los trabajadores excluidos del descanso dominical por desarrollar labores que exigen continuidad a si ellos desarrollan una faena que pueda ser calificada de principal o accesoria, sino que asocia la justificación de la excepción a la naturaleza de las labores o servicios, de lo que se sigue que cabrá realizar tal calificación, tanto respecto de labores principales como accesorias. La conclusión anterior permite ratificar la doctrina vigente de la Dirección del Trabajo, según la cual las labores de guardia de seguridad se encuentran incluidas dentro del N°2 del artículo 38 del Código del Trabajo atendido que implican continuidad por las necesidades que satisfacen.

ANT.:

1.- Instrucciones de 03.06.2011, de la Sra. Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

2.- Instrucciones del Sr. Jefe (S) de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, de fecha 15.04.2011 y 05.05.2011.

3.- MEMO N°28, de 24.03.2011 del Sr. Jefe del Departamento de Inspección.

4.- MEMO N°41, de 08.03.2011, de la Sra. Jefa (S) del Departamento Jurídico.

5.- MEMO N°133, de 02.12.2010, de la Sra. Jefa del Departamento Jurídico.

6.- Instrucciones de la Sra. Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, de fecha 23.09.2010 y 26.10.2010.

7.- Presentación del Sr. Jorge Vargas López, Presidente de la Asociación Gremial de Empresas de Servicios, Seguridad y Vigilancia, de fecha 19.08.2010.

FUENTES: Código del Trabajo, artículos 38 inciso 1° N°2, 4 y 7 inciso final y artículo 3° transitorio; Decreto N°101, de 1918; Decreto Ley N°3.607, de 1981.

CONCORDANCIA: Dictámenes N°3.673/122, de 05.09.2003 y N°643/42, de 05.02.2004.

SANTIAGO, 20.07.2011

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SR. JORGE VARGAS LÓPEZ

PRESIDENTE AGESV

ASOCIACIÓN GREMIAL DE EMPRESAS

DE SERVICIOS, SEGURIDAD Y VIGILANCIA

Mediante la presentación del ANT.7), se solicita un pronunciamiento respecto a las siguientes materias:

1.- Los criterios adicionales que se estarían exigiendo por este Servicio para autorizar las distribuciones excepcionales de jornada y descansos, en atención a la negativa por parte de esta Institución para autorizar a las empresas del sector que representan, no

obstante dar cumplimiento a los requisitos exigidos por el inciso 6° del artículo 38 del Código del Trabajo para optar a una jornada excepcional de 12 horas de trabajo;

2.- Relacionado con el punto anterior, se consulta por los descansos semanales en día domingo exigibles respecto de los guardias de seguridad. Específicamente, se señala que es recurrente que este Servicio sancione a las empresas de seguridad por no otorgar al menos dos de los días de descanso compensatorio en el mes calendario en día domingo, fundándose en que la empresa desarrolla funciones de aquellas descritas en los N°s 2 ó 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, al entenderse que dichos guardias exceden las funciones de mera vigilancia.

Frente a lo anterior, se sostiene que este Servicio no tendría competencia para la calificación acerca de la naturaleza de los servicios que presta una empresa, debiendo limitarse únicamente a constatar hechos.

En cuanto a la justificación de fondo de este segundo requerimiento, se sostiene que "los guardias de seguridad en caso alguno desempeñan funciones encuadradas en el N°2 ó 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, sino que dichos guardias sólo realizan funciones de vigilancia y seguridad", quedando encuadrados dentro del N°4 del mismo artículo, pues, al desarrollar funciones de vigilancia necesariamente ejecutan trabajos indispensables y necesarios para la buena marcha de la empresa, agregándose que un guardia de seguridad no deja de cumplir labores de mera vigilancia por el hecho de requerir identificaciones a las personas que ingresan al recinto que debe proteger, ni deja de cumplirlas por el hecho de preguntar el destino a quienes transiten por los espacios protegibles, si es que efectivamente cumplen esta función.

Usted señala, además, que el artículo 38 N°2 del Código del Trabajo resulta únicamente aplicable a una actividad principal o primaria y no secundaria o accesoria como es la de guardia de seguridad, en tanto que el N°7 del mismo cuerpo legal se refiere a los trabajadores que se desempeñen en un establecimiento de comercio y respecto de quienes realicen dicha actividad, la que no cumplen ciertamente los guardias de seguridad.

Por último, en apoyo de sus argumentos, explica con detalle las actividades que desarrollan los guardias de seguridad, reafirmando que se trata de funciones de vigilancia, las que se fundan en una "Directiva de Funcionamiento" que es la pauta aprobada por la Subdirección de Seguridad Privada de Carabineros de Chile (OS-10) y que contiene las labores que obligatoriamente deben cumplir los guardias privados, directiva regulada por el D.L. N°3.067 que establece las normas para el funcionamiento de vigilantes privados y en el artículo 15 del D.S. N°93 que contiene el Reglamento de dicho Decreto Ley. En tal normativa se detallan todas y cada una de las funciones que debe cumplir el guardia de seguridad según la facción a la que ha sido destinado, concluyéndose que a partir de su vigencia en el año 1982 en nuestro país ya no existen los guardias de mera vigilancia, ya que el principio de supremacía de la realidad ha hecho que la autoridad competente les asigne un cúmulo de tareas que, estando relacionadas con seguridad, trascienden la simple posición de aquel que daba seguridad por su sola presencia, exigiéndose actualmente por Carabineros de Chile un papel más activo en la materia, "en el entendido que con ello se ejecuta una labor indispensable para la buena marcha de la empresa que ha contratado el servicio". De este modo, se concluye, el concepto de mera vigilancia que ha desarrollado esta Institución se ha perpetuado desde 1918, sin que tenga razón de ser ya que ninguna Directiva de Funcionamiento de Carabineros de Chile se limita a señalar, como única misión de seguridad simplemente el mirar, observar y hacer acto de mera presencia, conceptos que se aplicaban a cuidadores o serenos, siendo caracteres obsoletos, según se desprende de las palabras contenidas en su presentación.

A partir de lo señalado anteriormente, se sostiene que a las expresiones "mera vigilancia" no puede dársele el significado de actuar por la sola presencia, sino que deben ser consideradas como cumplir a cabalidad las funciones que le encomienda Carabineros de Chile a través de la Directiva de Funcionamiento aprobada para la instalación respectiva, solicitando que sea ese el concepto que esta Institución le dé a tales conceptos.

Al respecto, cumpla con manifestar a Usted lo siguiente:

1.- Es preciso referirse, en primer término, en forma técnica a lo expresado por Usted en cuanto a que esta Dirección no tendría competencia para la determinación de la naturaleza de los servicios que presta una empresa, debiendo limitarse únicamente a constatar hechos. Sobre el particular, cabe afirmar que ello no es efectivo por cuanto, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 505 del Código del Trabajo a esta Institución le corresponde ejecutar el mandato legal de la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación, lo que supone necesariamente la ponderación de los hechos vinculados a la norma interpretada, como requisito indispensable para la precisa calificación jurídica de la misma. En el caso que nos ocupa, lo anterior significa afirmar que el ordenamiento jurídico faculta a la Dirección del Trabajo para interpretar el sentido y alcance de las normas

contenidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, y con ello, para establecer si las funciones de guardias de seguridad se encuentran dentro de alguno de aquellos numerales de dicha norma legal, que dan cuenta de labores o servicios exceptuados del descanso dominical y en días festivos.

2.- Aclarado lo anterior, corresponde responder la primera consulta formulada por la Asociación AGESV, referida a los criterios adicionales que, según el solicitante, se estarían exigiendo por este Servicio para autorizar sistemas excepcionales de distribución de jornada y descansos.

Al respecto, cúpleme con informar que el sistema de autorización marco para guardias de seguridad y vigilantes privados se contiene en la Resolución N°1.185, de 27.09.2006, el que rige desde esa fecha para todo el país. Tal régimen contiene varios sistemas excepcionales de distribución de la jornada de trabajo y descansos, los que para ser aplicados deben previamente ser solicitados por la empresa respectiva y autorizados por este Servicio mediante Resolución fundada, de modo específico para una faena determinada y en base a alguno de los ciclos contenidos en la señalada Resolución Marco.

En base a los criterios administrativos fijados para la autorización de este tipo de jornadas, contenidos en el Formulario F-35B, la jornada especial de trabajo en cuestión debe:

a.- Estar referida a un caso calificado: se debe tratar de personal que preste servicios exclusivamente en calidad de guardias de seguridad y vigilantes privados;

b.- Entenderse otorgada para faenas y puestos de trabajo específicos: dado el carácter excepcional, su extensión debe entenderse restrictiva y referida sólo a faenas precisas y determinadas. En la solicitud deberá indicar el lugar de la faena y el tipo de jornada que implementará (ciclos y horarios);

c.- Contemplar una jornada de trabajo promedio máxima semanal de 45 horas: el promedio de horas semanales de trabajo no podrá exceder de 45 horas y no se autorizarán jornadas que contemplen horas extraordinarias permanentes;

d.- Contemplar una jornada diaria de trabajo efectivo máxima de 11 horas y una permanencia máxima de 12 horas en las labores: la jornada de trabajo efectivo máxima, considerando las eventuales horas extraordinarias no deberá ser superior a 11 horas, y la permanencia máxima en el puesto de trabajo no superará las 12 horas continuas (sin interrupciones, salvo para el descanso de colación);

e.- Aceptar una procedencia restrictiva de horas extraordinarias: de conformidad al art. 31 del Código del Trabajo, las horas extraordinarias podrán pactarse en aquellas faenas que por su naturaleza, no perjudiquen la salud del trabajador, con un máximo de dos horas por día y siempre la Inspección del Trabajo podrá prohibirlas en uso de sus facultades. Sin embargo, sólo podrán pactarse horas extraordinarias para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa y los pactos a su respecto, que deberán constar por escrito, no podrán exceder de tres meses;

f.- Otorgar un descanso de colación imputable a la jornada ordinaria no inferior a una hora si la permanencia diaria es superior a las 10 horas: si por la jornada excepcional autorizada, más las eventuales horas extras, resulta necesario que el trabajador permanezca más de 10 horas diarias en el lugar de trabajo, el descanso de colación será de al menos una hora y será imputable a la jornada de trabajo, esto es, considerado dentro de ella. Además, conforme a las reglas generales, este descanso de colación debe interrumpir la jornada en dos lapsos relativamente equilibrados, no pudiendo establecerse ni al inicio ni al término de la jornada, puesto que la finalidad de este tiempo es que el trabajador pueda colar y, además, se recupere del desgaste que le produce el tiempo continuo de trabajo;

g.- Respetar las reglas generales en materia de descanso compensatorio de festivos: el descanso compensatorio por los días festivos laborados no podrá imputarse a los días de descanso del ciclo, debiéndose aplicar a su respecto la norma general del Código del Trabajo. Esto es, por cada día festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios se deberá otorgar un día de descanso compensatorio adicional en conjunto con el siguiente lapso de días de descanso, sin perjuicio que las partes acuerden una especial forma de distribución o de remuneración de tales días. En este último caso, la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el art. 32 del Código del Trabajo;

h.- Enmarcarse dentro de los siguientes ciclos autorizados por la Resolución N°1.185, del 27.09.2006, a saber: ciclo 4x4x12; ciclo 5x5x12; ciclo 6x6x12; ciclo 7x7x12; ciclo 6x2x8; ciclo 6x1x7,5; ciclo 5x2x9;

i.- Contemplar el acuerdo de los trabajadores: las autorizaciones sólo se otorgarán cuando se cuente con la opinión favorable de los trabajadores involucrados, sea que ésta se recabe a través de la organización sindical cuando existiere o en forma individual cuando se trate de trabajadores no sindicalizados.

· Trabajadores sindicalizados: la solicitud deberá ser acompañada por una declaración de la o las organizaciones sindicales existentes y que tengan trabajadores involucrados en el sistema excepcional respecto del cual se pide la autorización, en orden a confirmar el carácter de consensual de dicho sistema excepcional;

· Trabajadores no sindicalizados: cuando existan organizaciones sindicales constituidas en la empresa, la solicitud deberá ser acompañada de la declaración de conformidad de los trabajadores no sindicalizados en un porcentaje de, a lo menos, el 75% de los mismos.

· Inexistencia de organizaciones sindicales: cuando, no existieren organizaciones sindicales constituidas en la empresa, la solicitud deberá ser acompañada de la declaración de conformidad de un 75% de los trabajadores involucrados en el sistema excepcional;

j.- Otorgar descanso anual adicional: los trabajadores afectos al sistema excepcional de jornadas y descansos por el cual se solicita autorización, gozarán de los siguientes días de descanso anual adicional, según el ciclo: a) ciclo 6x2x8 un descanso anual adicional de 6 días; b) ciclo 6x1x7,5 un descanso anual adicional de 19 días; c) 5x2x9 un descanso anual adicional de 19 días.

Este descanso anual adicional podrá, por acuerdo de las partes, distribuirse durante el respectivo período anual, de forma tal que se otorgue la totalidad de los días de descanso adicional junto con el período de vacaciones o parcialmente durante dicho período. Con todo, este descanso anual adicional, por acuerdo de las partes, podrá ser compensado en dinero, en cuyo evento la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32 del Código del Trabajo;

k.- Cumplir condiciones de higiene y seguridad: el empleador deberá contar con un programa para la organización, ejecución y control de las actividades de prevención de riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que contendrá como mínimo: a) identificación y evaluación de los riesgos inherente al trabajo que se ejecutan en la faena; b) medidas preventivas que se adoptarán frente a cada uno de los riesgos (protecciones colectivas y/o personales, evaluaciones médicas, evaluaciones ambientales, entre otras); c) medidas administrativas (inventario de tareas críticas; procedimientos de trabajo seguro); d) cronograma de actividades (capacitaciones, inspecciones planeadas y reuniones, etc.); e) Indicadores de control y responsables.

Igualmente, el empleador deberá acreditar tener en funcionamiento los Instrumentos de Prevención de Riesgos que correspondan de acuerdo a lo establecido en la Ley 16.744 y sus Decretos (Derecho a Saber, Comité Paritario, Reglamento Interno y Departamento de Prevención de Riesgos) y que el lugar de trabajo cumple con las condiciones sanitarias y ambientales básicas exigidas por el reglamento 594 de 1999 del Minsal.

Conforme lo antes descrito, es posible concluir que este Servicio explicita por medio de las instrucciones y directrices antes indicadas, cuáles son todos los criterios exigibles para autorizar una distribución excepcional de jornada y descanso tratándose de empresas que presten servicios de guardias de seguridad y vigilantes privados, sin que estos se hayan visto alterados, como Usted afirma. Se hace presente que en su presentación no se han indicado casos específicos en que se hubiere respondido negativamente a una solicitud de la especie, a pesar de haberse cumplido con los señalados requisitos, lo que impide ratificar el juicio crítico emitido en su presentación.

3.- En cuanto a la segunda consulta por la cual se solicita se dictamine que a las expresiones "mera vigilancia" no puede dárseles el significado de actuar por la sola presencia, sino que debe ser considerada como cumplir a cabalidad las funciones que le encomienda Carabineros de Chile a través de la Directiva de Funcionamiento aprobada para la instalación, y con ello, de acuerdo a lo que se asume implícitamente de su presentación, se establezca que los guardias de seguridad no tienen derecho a que dos de sus días de descanso se otorguen en día domingo, al encontrarse dentro de los trabajadores exceptuados del descanso dominical a que se refiere el N°4 del artículo 38 del Código del Trabajo, cabe realizar las siguientes consideraciones:

El inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo en sus numerandos 2 y 4 , prescribe:

"Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñan:

"2.- en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria;

"4.- en los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa."

En relación con este último numerando cabe señalar que el D.S. 101, de 16.01.1918, que reglamentó las excepciones al descanso dominical y que debe entenderse vigente en virtud de lo prevenido en los artículos 12 transitorio del D.L. 2.200, de 1978, y 3° transitorio de la ley N° 18.620, de 1987, actualmente artículo 3° transitorio del Código del Trabajo, comprende entre los aludidos trabajos, los desarrollados por las personas que desempeñan labores de mera vigilancia, disponiendo al efecto lo siguiente:

"4ª Categoría

"Los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de las empresas;

"8) Los trabajos de las personas que desempeñan labores de mera vigilancia como los cuidadores o serenos."

Precisado lo anterior y en relación a estos últimos trabajos, la doctrina vigente de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N°3673/122, de 5.09.2003 y en dictamen N°643/42, de 05.02.2004, sostiene que sólo podrán quedar incluidos en el N°4° del artículo 38 del Código del Trabajo los trabajadores que desempeñen labores de "mera vigilancia", entendida ésta a la luz de la definición del vocablo "mera" contenida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como la labor circunscrita estrictamente a la "acción pura y simple de velar y cuidar determinadas cosas, recintos o personas, sin otras exigencias".

Analizando la situación de los guardias de seguridad regidos por el D.L. 3607, de 1981, la referida doctrina institucional concluye que las funciones que éstos desarrollan importan la realización de actividades que trascienden la mera vigilancia por lo cual no procede incluirlos en la excepción al descanso dominical y de días festivos contemplada en el N° 4 del artículo 38, en comento, sino en la del N° 2 del mismo precepto.

Ahora bien, su petición de cambio de la doctrina vigente sobre la materia, se funda en que la expresiones "mera vigilancia" ya no implica entenderlas como labores que impliquen actuar por la sola presencia, sino que deben entenderse comprensivas de aquellas funciones contenidas en la "Directiva de Funcionamiento" aprobada por la Subdirección de Seguridad Privada de Carabineros de Chile (OS-10) y que contiene las labores que obligatoriamente deben cumplir los guardias privados y que en la presentación que nos ocupa, se definen como un "cúmulo de tareas que, estando relacionadas con seguridad, trascienden la simple posición de aquél que, estando relacionadas con seguridad, trascienden la simple posición de aquel que daba seguridad por su sola presencia".

De lo razonado precedentemente es posible concluir que los argumentos formulados por Usted, no logran desvirtuar los fundamentos de la doctrina vigente, por cuanto lejos de demostrar que las labores de los guardias de seguridad se encuentran dentro de aquellas labores de mera vigilancia y deben por consiguiente regirse por la norma excepcional del N°4 del artículo 38 del Código del Trabajo, según se ha expresado, el concepto de mera vigilancia tal y como se previó en el D.S. N°101 de 1918 ya aludido, se encuentra obsoleto, al no corresponderse con la plenitud de funciones que hoy desempeña dicho personal. Así, sus argumentos no hacen sino ratificar que las funciones de los guardias de seguridad (bajo la consideración que actualmente y no casi cien años atrás, debe hacerse de sus funciones) no pueden asumirse como quienes desarrollan labores de mera vigilancia y, con ello, no resulta posible considerar que se encuentran dentro de aquellos trabajadores, exceptuados del descanso dominical en base al N°4 del artículo 38 del Código del Trabajo, los cuales no tienen derecho a que al menos dos de sus días de descanso al mes sean otorgados en días domingo.

Dicho lo anterior, cabe hacerse cargo de la segunda argumentación del solicitante, en cuanto a que no cabría asumir que los guardias de seguridad en caso alguno realizan funciones de aquellas a que se refiere el artículo 38 N°2 del Código del Trabajo, puesto que éste resulta únicamente aplicable a una actividad principal o primaria y no secundaria o accesorio como es la de guardia de seguridad.

Al respecto, cabe señalar que la normativa actualmente vigente, citada en los párrafos precedentes, como, asimismo, las normas legales que las precedieron (desde la ley N°1.990 de 1907 y la N°3.321 de 1917, ambas sobre descanso dominical), no hacen distinción al momento de determinar los trabajadores excluidos del descanso dominical que exigen continuidad desempeñando una faena que pueda ser calificada de principal o accesorio, sin que le quepa al intérprete, por consiguiente, realizar tal distinción. Por el contrario, la opción del legislador ha sido y sigue siendo, asociar la justificación de la excepción al descanso dominical que nos ocupa, a la naturaleza de las labores o servicios desempeñados, de lo que se sigue que tal juicio de valor cabrá realizarlo tanto respecto de aquellas labores o servicios que el solicitante califica de principales, como de aquellas que considera como accesorios.

Así las cosas, en opinión de esta Dirección, lo expresado por Usted en la presentación del ANT. 6), no resulta suficiente para

desvirtuar la doctrina vigente del Servicio, según la cual las labores de guardia de seguridad se encuentran incluidas dentro del N°2 del artículo 38 del Código del Trabajo atendido a que las labores que les corresponde realizar implican continuidad por las necesidades que satisfacen.

En atención a la incompatibilidad con lo recién señalado no cabe pronunciarse respecto a la tercera argumentación esgrimida por el solicitante, en cuanto a que tampoco los guardias de seguridad se encontrarían regidos por el N°7 del artículo 38 del Código del Trabajo.

En consecuencia, en base a las consideraciones precedentes, cumpla con manifestar a Usted lo siguiente:

1.- El ordenamiento jurídico faculta a la Dirección del Trabajo para interpretar el sentido y alcance de las normas contenidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, y con ello, para establecer si las funciones de guardias de seguridad se encuentran dentro de alguno de aquellos numerales de dicha norma legal, que dan cuenta de labores o servicios exceptuados del descanso dominical y en días festivos;

2.- La Dirección del Trabajo ha establecido mediante la Resolución N°1.185, de 27.09.2006, un sistema de autorización marco para guardias de seguridad y vigilantes privados y fijado criterios exigibles para la autorización de un sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo y descansos;

3.- El argumento según el cual el concepto de mera vigilancia tal y como se previó en el D.S. N°101 de 1918, se encuentra obsoleto, al no corresponderse con la plenitud de funciones que hoy desempeñan los guardias de seguridad, reafirma la doctrina institucional vigente en base a la cual tales labores, al no poder reputarse como de mera vigilancia, no pueden entenderse incluidas dentro del N°4 del artículo 38 del Código del Trabajo;

4.- La normativa legal vigente no hace distinción, al momento de determinar cuáles son los trabajadores excluidos del descanso dominical por ejecutar labores que exigen continuidad a si ellos desarrollan una faena que pueda ser calificada de principal o accesoria, sino que asocia la justificación de la excepción a la naturaleza de las labores o servicios, de lo que se sigue que cabrá realizar tal calificación, tanto respecto de labores principales como accesorias. La conclusión anterior permite ratificar dentro del N°2 del artículo 38 del Código del Trabajo atendido que implican continuidad por las necesidades que satisfacen.

Saluda a Ud.,

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

5. Feriado. Remuneración variable. Promedio. Cálculo.

ORD. N° 2921/055 (publicado 21.07.2011)

MAT.: Feriado. Remuneración variable. Promedio. Cálculo.

RDIC.: Para determinar el promedio previsto en el inciso 2° del artículo 71 del Código del Trabajo se debe considerar los tres últimos meses con denominación específica precedentes al feriado legal, en que el trabajador hubiere percibido remuneración completa, excluyéndose aquellos en que medió suspensión de la relación laboral.

ANT.:

- 1) Instrucciones de 05.07.2011 de Jefe (s) Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 2) Citación Gerente General de empresa Contacto S.A. 14.06.2011.
- 3) Instrucciones de 03.06.2011 de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 4) Instrucciones de 11.05.2011 de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 5) Presentación de 01.04.2011 de la empresa Contacto S.A.

FUENTES: Código del Trabajo art. 71 y art. 54 inc.2°.

CONCORDANCIAS: Dictámenes: N°075/008 de 05.01.1999, N°2989/166 de 08.06.1999, N°1556/021 de 07.04.2011.

SANTIAGO, 21.07.2011

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES. CONTACTO S.A.

AVDA. LIBERTADOR BERNARDO O'HIGGINS

N°1583, PISO 8°.

SANTIAGO

Mediante presentación del antecedente 5), Ud. ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento respecto al sentido y alcance de la disposición prevista en el inciso 2° del Artículo 71 del Código del Trabajo, precisando si para los efectos de determinar el promedio a que allí se alude deben considerarse los últimos tres meses trabajados o las tres últimas liquidaciones de remuneraciones que consignent treinta días laborados.

Al respecto cumpla con informar a usted lo siguiente:

El artículo 71 del Código del Trabajo dispone:

"Durante el feriado, la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija.

"En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados.

"Se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes.

"Si el trabajador estuviere remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquél y el promedio de las restantes.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra".

Del precepto legal precedentemente transcrito, aparece que para los efectos de determinar la remuneración íntegra que corresponde pagar a los trabajadores durante el lapso en que hacen uso de su feriado legal, se debe atender al sistema remuneracional a que estén afectos, a saber:

a) Trabajadores sujetos a remuneración fija, en cuyo caso la remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo.

b) Trabajadores afectos a un sistema de remuneraciones exclusivamente variables, los cuales en el período correspondiente a este beneficio deberán percibir el promedio de lo ganado en los últimos tres meses laborados.

c) Trabajadores sujetos a un sistema de remuneración mixta, esto es, que además del sueldo perciben contraprestaciones variables, cuya remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo, al cual corresponderá adicionar el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los últimos tres meses laborados.

Del mismo modo, la referida norma legal en forma expresa establece el período de tiempo que se debe considerar en el promedio de las remuneraciones variables, entendiéndose por tales los tratos, comisiones, primas y otras, que con arreglo al contrato de trabajo llevan a que el resultado de la remuneración mensual total no sea constante entre un mes y otro, precisando que, para tales efectos se debe estar a los últimos tres meses trabajados.

De lo expuesto precedentemente es posible inferir que el legislador ha contemplado un período básico mensual de remuneración que se extiende a los tres últimos meses laborados, por consiguiente, aquel mes en que el trabajador no percibió remuneración durante todo su transcurso, no procede que se incluya en dicho período, toda vez que, no es posible atribuirle la calidad de mes trabajado.

Así, conforme con la jurisprudencia administrativa de este Servicio, entre otros, en Ordinario N° 2989/166 de 08.01.2009 y Ordinario N° 075/008 de 05.01.1999, no es posible incluir dentro de los tres últimos meses trabajados a aquel o aquellos en que se ha producido la suspensión de la relación laboral a consecuencia de una licencia médica o permiso sin goce de remuneraciones y por el contrario, sí cabe considerar el o los meses en que el dependiente ha incurrido en inasistencias injustificadas a sus labores, dado que, no produce el efecto de suspender la relación laboral.

Por consiguiente, la expresión "tres últimos meses trabajados", que consigna el precepto legal en comento, para obtener el promedio de lo ganado por el trabajador sujeto a remuneración variable debe entenderse referida a los tres meses con denominación específica en que se hubiere percibido remuneración completa y que anteceden al feriado legal, de manera que si en alguno de ellos el dependiente no generó remuneración por haber operado la suspensión de la relación laboral, deberá excluirse y considerarse solo aquellos tres que precedan inmediatamente al mes en que se hizo efectivo el feriado.

Con todo, cabe precisar que atendido que el personal de que se trata está afecto a un sistema remuneracional mixto, conformado por sueldo base e incentivos variables, deberá sumarse lo percibido por concepto de sueldo al promedio así determinado.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que para determinar el promedio previsto en el inciso 2° del artículo 71 del Código del Trabajo se debe considerar los tres últimos meses con denominación específica precedentes al feriado legal, en que el trabajador hubiere percibido remuneración completa, excluyéndose aquellos en que medió suspensión de la relación laboral.

Saluda a Ud.,

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

6. Protección a la maternidad. Derecho. Derecho alimentación. Tiempo. Comisiones.

ORD. N° 2922/056 (publicado 21.07.2011)

MAT.: Protección a la maternidad. Derecho. Derecho alimentación. Tiempo. Comisiones.

RDIC.: Las comisiones devengadas en el respectivo período de pago por las vendedoras comisionistas que se desempeñan para Salcobrand S.A. deben considerarse para efectos de pagarles el tiempo que utilizan con el fin de dar alimento a sus hijos en conformidad a lo prevenido en el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, calculándose el valor de la hora correspondiente al permiso diario otorgado para dichos efectos en la forma señalada en el cuerpo del presente informe.

ANT.:

1) Antecedentes complementarios proporcionados telefónicamente por el recurrente el 05.07.2011.

2) Pase N° 952, de 23.05.2011, de la señorita Jefe de Gabinete de la señora Directora del Trabajo.

3) Consulta de 18.05.2011, de Salcobrand S.A.
SANTIAGO, 21.07.2011

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO
A : SEÑOR CARLOS ALBERTO CORREA GONZÁLEZ,
SUBGERENTE DE GESTIÓN DE PERSONAS
SALCOBRAND S.A.
GENERAL VELÁSQUEZ 9981,
SAN BERNARDO /

Mediante la presentación del antecedente 3) Ud. solicita un pronunciamiento de esta Dirección respecto al derecho a remuneración de una trabajadora que se reintegra a sus labores después de hacer uso de licencia post natal, quien para efectos de dar alimento a su hijo menor de dos años adelanta en una hora el término de su jornada de trabajo, particularmente en cuanto a si por dicho tiempo le corresponde percibir el promedio de las comisiones devengadas durante los últimos tres meses.

Al respecto, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 206 del Código del Trabajo dispone:

"Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

- a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo,
- b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones,
- c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

Este derecho podrá ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor.

Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado.

El derecho a alimentar consagrado en el inciso primero, no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, según lo preceptuado en el artículo 203.

Tratándose de empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el artículo 203, el período de tiempo a que se refiere el inciso

primero se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimento a sus hijos. En este caso, el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre".

De la disposición legal precedentemente transcrita se infiere que el legislador ha otorgado a las madres trabajadoras el derecho a disponer, a lo menos, de una hora diaria para alimentar a sus hijos menores de dos años, beneficio que no podrá ser renunciado en forma alguna y será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aún cuando no goce del derecho a sala cuna en conformidad al artículo 203 del Código del Trabajo.

La norma en comento agrega que el tiempo que la trabajadora utilice para dichos fines se considera trabajado para todos los efectos legales.

En otros términos, el que la dependiente utilice el tiempo que el legislador le ha otorgado con el objeto de alimentar a sus hijos no le priva del derecho a la remuneración a que habría tenido derecho si efectivamente hubiere prestado servicios, esto es, en forma íntegra, independientemente del sistema remuneracional a que estuviere afecta, esto es, sea que se trate de un sistema de remuneración mixto compuesto de sueldo base y comisión, como sucede en la especie, fijo o exclusivamente variable.

Asimismo, del precepto en análisis, se desprende que el beneficio en análisis puede ser ejercido acordando con el empleador cualquiera de las tres modalidades que la norma contempla. En la especie, según los antecedentes aportados por Ud., las partes habrían acordado que la trabajadora de cuya situación se trata, se retiraría de las dependencias de la empresa, una hora antes del término de su jornada de trabajo, de suerte que, haciendo ella uso de un derecho laboral, no corresponde estimar que está afecta a una jornada semanal disminuida.

Precisado todo lo anterior, se hace necesario referirse a la forma de calcular la remuneración correspondiente al período de tiempo que la trabajadora utiliza para efectos de dar alimento a sus hijos, considerando que se encuentra afecta a una remuneración compuesta por sueldo base más comisiones.

En lo que respecta al sueldo base, cabe hacer presente que la dependiente debe percibir la remuneración íntegra que ha pactado para su jornada ordinaria.

En lo concerniente a las comisiones, es del caso hacer presente, en armonía con la jurisprudencia de esta Dirección contenida en los dictámenes números 1933/029, de 3 de mayo de 2011 y 2640/104, de 6 de mayo de 1996, que no existiendo norma legal que regule la materia, el valor de la hora correspondiente al permiso diario para dar alimento a los hijos menores de dos años, debe determinarse sumando el total de lo percibido por dicho concepto durante el respectivo mes y dividiendo el resultado por el número mensual de horas que comprende la jornada ordinaria pactada, excluidas las horas de permiso de que hicieron uso.

Por otra parte, es necesario señalar que el no pago de las comisiones devengadas por las vendedoras durante el período en que se ausentan de sus labores para dar alimento a sus hijos, originaría una deuda del empleador, afecta como tal, a la reajustabilidad e intereses contemplados en el artículo 63 del Código del Trabajo, precepto que sobre el particular dispone:

"Las sumas que los empleadores adeudaren a los trabajadores por concepto de remuneraciones, indemnizaciones o cualquier otro, devengadas con motivo de la prestación de servicios se pagarán reajustadas en el mismo porcentaje en que haya variado el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes anterior a aquel en que debió efectuarse el pago y el precedente a aquel en que efectivamente se realice.

"Idéntico reajuste experimentarán los anticipos, abonos o pagos parciales que hubiere hecho el empleador.

"Las sumas a que se refiere el inciso primero de este artículo, reajustadas en la forma allí indicada, devengarán el máximo interés permitido para operaciones reajustables a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación".

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y de las consideraciones formuladas, cúpleme informar que las comisiones devengadas en el respectivo período de pago por las vendedoras comisionistas que se desempeñan para Salcobrand S.A. deben considerarse para efectos de pagarles el tiempo que utilizan con el fin de dar alimento a sus hijos, en conformidad a lo prevenido en el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, calculándose el valor de la hora correspondiente al permiso diario otorgado para dichos efectos en la forma señalada en el cuerpo del presente informe.

La conclusión anterior está en armonía con la contenida en el dictamen N° 1933/029, de 3 de mayo del presente año.

Saluda a Ud.,

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

CONGRESO NACIONAL

1. Proyectos de Ley relevantes en Trámite

Seguridad e Institucionalidad Minera: Ingresó a trámite legislativo en la Cámara de Diputados, un proyecto de ley originado en Mensaje Presidencial sobre Seguridad e Institucionalidad Minera. (04.08.2011 – Boletín [7848-08](#))

Permiso laboral Presidentes y Secretarios Juntas de vecinos: Ingresó a trámite legislativo en la Cámara de Diputados, un proyecto de ley originado en Moción Parlamentaria, que otorga permiso laboral a los presidentes y secretarios de Juntas de Vecinos del país. (04.08.2011 – Boletín [7840-13](#)).

Intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo: Ingresó a trámite legislativo en la Cámara de Diputados, un proyecto de ley originado en Mensaje Presidencial que crea la Intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo, fortalece el rol de la Superintendencia de Seguridad Social y actualiza sus atribuciones y funciones (01.08.2011 – Boletín [7829-13](#)).

Afiliación sindical: Ingresó a trámite legislativo en la Cámara de Diputados, un proyecto de ley originado en Moción Parlamentaria, que establece la confidencialidad de los datos relativos a la afiliación sindical. (19.07.2011 – Boletín [7808-13](#)).

Día Nacional de la Familia: Ingresó a trámite legislativo en la Cámara de Diputados, un proyecto de ley originado en Moción Parlamentaria que establece el Día Nacional de la Familia y declara feriado irrenunciable el último domingo del mes de julio para efecto de su celebración. (18.07.2011 – Boletín [7795-18](#)).

Prohíbe Trabajo Menores en Establecimientos Industriales y Comerciales: El Senado aprobó “en general” el proyecto de ley originado en moción parlamentaria que modifica el artículo 18 del Código del Trabajo en dos sentidos: 1) Prohíbe expresamente a los menores de 18 años realizar trabajos nocturnos en establecimientos industriales y comerciales “por un período de 11 horas consecutivas”, el que incluirá el lapso que media entre las veintidós y las siete horas; y, 2) Eliminar el inciso segundo, que permite el trabajo nocturno de varones mayores de 16 años bajo ciertas circunstancias. (03.08.2011 – Boletín [5116-13](#)). La iniciativa legal, que cursa su segundo trámite constitucional, vuelve a la Comisión de Trabajo y Previsión social para su análisis en particular, fijándose plazo para presentar indicaciones hasta el 29.08.2011.

Nulidad de despidos: La Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, emitió su Informe respecto del proyecto de ley originado en Moción Parlamentaria sobre nulidad de despidos realizados para recontratar a un trabajador por una remuneración inferior. (29.07.2011 – Boletín [7633-13](#)). La iniciativa legal, que cursa su primer trámite constitucional, deberá ser analizada por la Sala.

2. Proyectos de Ley publicados

Ingreso Mínimo: Fue publicada en el Diario Oficial con fecha 14.07.2011, la ley 20.524, originada en Mensaje Presidencial, que eleva, a contar del 1 de julio de 2011, de \$172.000 a \$ 182.000 el monto de ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad. Asimismo, eleva a contar de dicha fecha, de \$128.402 a \$135.867 el monto del ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 65 años de edad y para los trabajadores menores de 18 años de edad. Finalmente, eleva, a contar del 1 de julio de 2011, el monto del ingreso mínimo mensual que se emplea para fines no remuneracionales, de \$110.950 a \$117.401. (Boletín [6989-13](#)).

JURISPRUDENCIA

I. PROCEDIMIENTO LABORAL ANTIGUO

1. Corte Suprema. Casación en el fondo. Concepto de empresa. Subterfugio laboral del empleador. Responsabilidad solidaria. Cosa juzgada. Sana crítica. Artículos 3° y 507 del Código del Trabajo.

Santiago, veintidós de julio de dos mil once.

Vistos:

En autos, rol N° 2131-0-01 del Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica, doña Ana Lucila Barros Jara deduce demanda de pago de prestaciones laborales y multa por la configuración de simulación de contratación y / o subterfugio en contra de Raúl Leónidas Sepúlveda Carrillo, la sociedad Southern Oxford School Limitada o sociedad educacional Southern Oxford Limitada, representada por don Raúl Leonidas Sepúlveda Carrillo, la Sociedad Inmobiliaria Saint Andrew's Limitada, representada por don Raúl Leónidas Sepúlveda Carrillo, de doña Doris del Pilar Paredes Dumenes, de la Sociedad Educacional Inverness Limitada, representada por doña Doris del Pilar Paredes Dumenes; a fin de que acogiendo ésta se condene a los demandados, en forma solidaria, al pago de las prestaciones laborales que se le adeudan en la causa rol N° 1.721, del mismo tribunal, caratulados "Barros con Sociedad Educacional Southern Oxford School Limitada", suma que al día 11 de marzo de 2009, asciende a \$34.287.896; y se les condene a cada uno de ellos, una multa a beneficio fiscal a regularse entre 5 a 150 Unidades Tributarias Mensuales y las costas de la causa.

El demandado Raúl Sepúlveda Carrillo alega que la demanda es extemporánea porque debió ejercerse conjuntamente con la por despido injustificado que intentó la actora; no se dan los presupuestos para la simulación ni el subterfugio, la que en todo caso debe llevarse a efecto dentro de la vigencia de la relación laboral y dentro del período de cinco a 10 años de prescripción de la acción fijada por el artículo 478 del Código del Trabajo. Hace presente que fue demandado en el juicio anterior y la demanda fue rechazada por sentencia ejecutoriada. Tampoco ha obtenido beneficios de la sociedad educacional que lo haga responsable de las prestaciones que se demandan. En último término, expresa que la solidaridad sólo es aplicable respecto de la hipótesis que contempla el inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo.

La demandada Sociedad Inverness Limitada, representada por doña Doris Paredes Dumenes, contesta la demanda y solicita su rechazo ya que fue creada en forma muy posterior a la extinción de la relación laboral entre la demandante y la sociedad educacional Southern Oxford School Limitada. Niega alguna vinculación entre la sociedad y la actora. Agrega que la demanda es extemporánea porque debió ejercerse conjuntamente con la acción por despido injustificado. Tampoco se dan los presupuestos del artículo 478 del Código del Trabajo ni es procedente la aplicación de la solidaridad.

La demandada Sociedad Educacional Southern Oxford School Limitada representada por doña Doris Paredes Dumenes, contesta su demanda y solicita su rechazo por extemporánea, porque debió ejercerse conjuntamente con la demanda por despido injustificado. También es inepta en cuanto a sus peticiones. Indica que la única empleadora de la actora es ella y quien está obligada al pago de las indemnizaciones reconocidas en la sentencia ejecutoriada, no simuló la relación laboral ni ha actuado de mala fe. En consecuencia, no se dan los presupuestos del artículo 478 del Código del Trabajo ni es procedente la aplicación de la solidaridad. Alega la existencia de cosa juzgada entre el juicio "Barros con Sociedad Educacional Southern Oxford School Limitada" y éste.

La demandada sociedad Inmobiliaria Saint Andrew's Limitada, representada por don Alexis Alfredo Gómez Melo, solicitó el rechazo de la demanda. Niega los hechos en que se funda e indica que corresponderá a la actora acreditar los fundamentos de la acción deducida y la mala fe de su representada. Hace presente que la sociedad que representa no existía durante la vigencia de la relación laboral entre la demandante y Sociedad Educacional Southern Oxford School Limitada. Hace presente que en el juicio por despido injustificado iniciado por la actora, fue desechada la demanda en relación con don Raúl

Sepúlveda Carrillo y doña Doris Paredes, entonces no es posible que por el hecho de asociarse pueda constituir simulación o subterfugio destinado a burlar los derechos de la actora. Hace presente que el objeto social de su representada no tiene relación alguna con el del Southern Oxford School, de modo que no es posible sostener que haya obtenido un provecho económico de los servicios de sus trabajadores, de sus bienes o que los haya ocultado. Tampoco tiene vinculación con los fondos obtenidos por la Sociedad Educacional. Expresa que la acción es extemporánea porque debió deducirse conjuntamente con la demanda por despido injustificado, como lo ordena el inciso tercero del artículo 478 del Código del Trabajo. Por último, alega la improcedencia de la condena solidaria así como la imposición del pago de una multa. La demandada doña Doris Paredes Dumenes pide el rechazo de la demanda deducida en su contra por extemporánea ya que al interponer la acción por despido injustificado y dirigida en su contra como coempleadora o en los términos del artículo 64 del Código del Trabajo no pidió que se declarara al verdadero empleador, por lo que no es procedente ejercerlo ahora, conforme al inciso tercero del artículo 478 del citado Código. Expresa que la demanda es inepta en cuanto a las peticiones que formula al tribunal. No hay subterfugio ni simulación, ya que no se dan ninguno de los supuestos que exige la norma legal. No se han burlado los derechos de los trabajadores, y en todo caso, la contratación simulada o el subterfugio debe verificarse y alegarse dentro de la vigencia de la relación laboral y dentro del plazo de cinco años fijados en el artículo 478 del Código del Trabajo. Reconoce que en el juicio por despido injustificado fue demandada, pero se desechó la demanda en su contra, dándose en la especie los requisitos de la triple identidad, de modo que la excepción de cosa juzgada debe acogerse. Agrega que la solidaridad se aplica a la hipótesis del inciso primero y no puede hacerse extensiva a los demás conductas descritas en la norma en comento.

Por sentencia de diez de mayo de dos mil diez, escrita a fojas 128 y siguientes, el tribunal de primera instancia acogió, en todas sus partes, la demanda deducida a fojas 3, por doña Ana Lucila Barros Jara en contra de don Raúl Leónidas Sepúlveda Carrillo, de la Sociedad Southern Oxford School Limitada o Sociedad Educacional Southern Oxford School Limitada, de la Sociedad Inmobiliaria Saint Andrew's Limitada, de doña Doris Paredes Dumenes y de la Sociedad Educacional Inversiones Inverness Limitada, declarándose:

1.-Que los demandados simularon a través de la Sociedad Southern Oxford Limitada y utilizaron subterfugios con resultado de eludir las prestaciones ordenadas por sentencia ejecutoriada en causa rol N° 1721, caratulados "Barros con Sociedad Educacional Southern Oxford Limitada".

2.- Que, en consecuencia, los citados demandados responderán, en forma solidaria, de las prestaciones laborales que se le adeudan en dicho proceso y que sólo al día 11 de marzo de 2009, asciende a la suma de \$34.287.896.

3.- Que los referidos demandados quedarán obligados cada uno al pago de una multa a beneficio fiscal de 50 unidades tributarias mensuales.

4.- Los demandados son condenados al pago de las costas del juicio.

Se alzaron la actora y todos los demandados, pero Sepúlveda Carrillo y Paredes Dumenes recurrieron, además, de casación en la forma. La Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia de dos de octubre del año dos mil diez, que se lee a fojas 210 y siguientes, rechazó el recurso de casación en la forma y, en lo tocante a los recursos de apelación, revocó la sentencia en cuanto por su decisión primera acogió la acción de simulación prevista en el inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo decidiéndose en su reemplazo que se la desecha por dicho concepto. Confirmó, en lo demás apelado, el referido fallo.

En contra de esta última decisión, la demandada Sociedad Inverness Limitada y los demandados Raúl Sepúlveda Carrillo y doña Doris Paredes Dumenes dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo y la demandada Inmobiliaria Saint Andrew's Limitada sólo el de casación en el fondo.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma interpuesto por sociedad Inverness Limitada de lo principal de fojas 232:

Primero: Que la demandada deduce recurso de casación en la forma fundado en la causal quinta del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por la omisión de los requisitos establecidos en los numerales cuarto, quinto, sexto y séptimo del artículo 458 del Código del Trabajo, porque a su juicio, el fallo omite el análisis de toda la prueba rendida, no contiene las consideraciones de hecho y de derecho que deben de servirle de sustento ni los preceptos legales o a falta de éstos los principios de equidad en que el mismo se funda.

Segundo: Que, en primer lugar, debe señalarse que para la procedencia de este arbitrio se exige, al tenor del artículo 769 del Código del Procedimiento Civil, que quien lo entabla debe haber reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, requisito al cual no se ha dado cumplimiento en la especie, por cuanto los vicios que se le atribuyen al fallo impugnado, en caso de existir, se habrían producido en el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia y en contra de dicho fallo, dicha parte sólo dedujo recurso de apelación.

Tercero: Que por lo razonado la nulidad formal deberá rechazarse.

II.- En cuanto al recurso de casación en la forma interpuesto por los demandados Raúl Sepúlveda Carrillo y Doris Paredes Dumenés:

Cuarto: Que fundan la nulidad en que la sentencia habría omitido dar cumplimiento a los numerales cuarto, quinto, sexto y séptimo del artículo 458 del Código del Trabajo, esto es, analizar toda la prueba rendida conforme a las reglas de la sana crítica, que carece de coherencia interna y no permite a través de la lectura reconstituir el razonamiento que los jueces hicieron para arribar a la decisión que se contiene en la sentencia, por lo que no da cumplimiento a la obligación de consignar las consideraciones de hecho y de derecho, ni señala los preceptos legales o a falta de éstos los principios de equidad en que el fallo debe sustentarse, salvo el análisis que se hace sólo del artículo 478 del Código del Trabajo, recurriendo en definitiva para decidir, a principios doctrinales y a interpretaciones de carácter analógico para condenarlos en forma solidaria, en circunstancia que esta institución nace de la ley o de la voluntad de las partes. Finalmente tampoco cumple con el numeral séptimo, porque omite pronunciarse sobre las excepciones de cosa juzgada y de ineptitud del libelo, materia de su recurso de apelación.

Quinto : Que en cuanto al primero de los argumentos, en realidad, los recurrentes impugnan la forma en que se valoró la prueba rendida y que llevó a los sentenciadores a decidir que se daban los supuestos legales de los incisos segundo y tercero del artículo 478 del Código del Trabajo, contrariando de este modo la posición jurídica sustentada por estas partes en la causa. Por otra parte, debe señalarse que para configurar la nulidad formal se requiere que el fallo carezca de consideraciones de hecho y de derecho que apoyen la decisión, situación que no concurre en autos, toda vez que de la lectura de las sentencias de primero y de segundo grado, queda en evidencia que sí contienen los argumentos tanto de hecho como de derecho que llevaron a decidir que la demanda debía ser acogida en contra de todos los demandados por haber incurrido en la figura legal del subterfugio.

Sexto: Que en lo tocante a la exigencia del numeral sexto del artículo 458 del Código Laboral, también contiene el veredicto impugnado las citas legales que han servido a la dictación del mismo, tanto en sus motivaciones como en su parte resolutive. Por último, también se ha cumplido la exigencia del numeral séptimo del artículo y Código antes citado, toda vez que los sentenciadores de segundo grado, al limitarse a confirmar lo decidido por el juez a quo respecto de las excepciones opuestas por el recurrente, no estaban obligados a emitir algún pronunciamiento al respecto, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso penúltimo del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

Séptimo: Que conforme a los razonamientos vertidos se concluye que los hechos alegados no constituyen la causal invocada, razón por la cual, ésta será rechazada.

III.- En cuanto a los recursos de casación en el fondo:

Octavo: Que la Sociedad Inmobiliaria Saint Andrew's Limitada estima infringidos los artículos 455, 456, 3 y 478 del Código del Trabajo. En cuanto al primer error de derecho alega que no se habrían respetado las reglas de la sana crítica porque los razonamientos vertidos en el fallo han transgredido la lógica y las máximas de la experiencia al concluir en el motivo 17°, que su representada sólo es una sociedad formal, inexistente en la realidad, creada para ocultar o disfrazar la calidad de empleador del demandante. De haberse aplicado la sana crítica, se habría llegado a la conclusión contraria, esto es, que su representada es una sociedad que por haberse constituido casi tres años después del término de la relación laboral entre la demandante y la Sociedad Educacional Southern Oxford Limitada, nunca usó los servicios de la primera. Agrega que tampoco ha sido empleadora, tiene un patrimonio y giro distinto, y es imposible que durante la vigencia de la relación laboral haya participado en algún subterfugio. La segunda infracción denunciada es la del artículo 3 del Código del Trabajo, al calificar a su representada de empleador, que es aquél que utiliza los servicios del trabajador, siendo errado el concepto aceptado en la sentencia, porque la sociedad que representa nunca usó los servicios personales de la demandante ni ésta se los ha prestado, sobre todo si se considera que la relación laboral terminó antes que su representada se constituyera y naciera a la vida del derecho. Reconoce que existen elementos comunes con otros demandados, pero no puede calificarse como una misma empresa, porque no tienen el mismo giro y sus representantes y administradores son diferentes. Por otra parte, añade que no se ha establecido que se han coordinado con objetivos comunes ni una misma identidad jurídica. Por último, denuncia infracción al artículo 478, actual 507 del Código del Trabajo; error de derecho que se ha producido al concluir que todos los demandados han utilizado subterfugios destinados a burlar los derechos laborales de la demandante, condenándolos a pagar solidariamente las prestaciones laborales declaradas a favor de la actora, en el juicio rol N° 1721, del Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica, a una multa a beneficio fiscal de 50 UTM a cada uno y las costas de la causa. Explica que no se dan los supuestos legales, ya que no se ha establecido la mutación ni el elemento subjetivo propio de la conducta imputada. Por lo demás, ésta debe verificarse durante la vigencia de la relación laboral, lo que en la especie tampoco acontece. Su representada no es empleador de la demandante, ni existe vínculo que acredite relación entre la actora y su representada. Hace presente que en el juicio por despido injustificado sólo se condenó al empleador, la Sociedad Educacional Southern Oxford Limitada, rechazándose la interpuesta en contra de doña Doris Paredes Dumenés y de don Raúl Sepúlveda Carrillo; en consecuencia, no existe un móvil que tienda a eludir un derecho laboral de parte de los mencionados Paredes y Sepúlveda, de modo que para ellos era lícito que, junto con otras personas, gestionaran su patrimonio como mejor les pareciera. Reitera que la sociedad que representa se constituyó tres años después de haber terminado la relación laboral, que se trata de una persona jurídica del giro obtención de rentas de bienes raíces y a la cual el socio señor Sepúlveda aportó por dación en pago una serie de inmuebles que había adquirido desde el año 1996. En cuanto a la solidaridad aplicada en la sentencia, ella también es improcedente, porque se ha establecido expresamente para la figura que contempla el inciso primero del artículo 478 (actual 507) del Código del Trabajo, pero no para las conductas en sus restantes incisos. Sin embargo, la sentencia la hace igualmente aplicable, siendo improcedente extenderla a situaciones diferentes por la excepcionalidad en la modalidad del pago, no siendo aplicable la lógica ni otros principios del derecho.

Noveno: Que, a su vez, la sociedad Inversiones Inverness Limitada, en el primer otrosí de su presentación de fojas 232, sostiene igualmente que han sido infringidas las normas legales que cita: a) artículos 455 y 456 del Código del Trabajo; b) artículo 478, actual 507, del Código Laboral, en relación con el artículo 3° inciso primero y artículos 1511 y 1520 del Código Civil, y c) artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En cuanto al primer error de derecho que denuncia, señala que la sentencia, al acoger la demanda y concluir que los demandados son solidariamente responsable del pago de las prestaciones laborales declaradas en causa anterior, al utilizar subterfugios, ha infringido las reglas de la sana crítica, pues los razonamientos vertidos en ella se encuentran desprovistos del análisis de la prueba rendida, no encuadra dentro de la hipótesis que contemplan los incisos segundo y tercero del artículo 478 del Código del Trabajo y resulta imposible que todos ellos tengan la calidad de empleadores ya que éste sólo es uno. Por ello, afirma tal conclusión contraria las máximas de la experiencia. Lo mismo aduce respecto de doña Doris Paredes Dumenés, socia de la sociedad que representa, quien luego de ser liberada del pago de las prestaciones de la actora, debía inhibirse de asociarse y de emprender otras actividades comerciales so pena de burlar la deuda, no obstante que fue absuelta en sentencia ejecutoriada. En cuanto al segundo error de derecho, éste se ha producido al confirmar el fallo de primer grado en sus decisiones II y III y al condenar a todos los demandados a pagar, en forma solidaria, las prestaciones laborales declaradas a favor de la actora en los autos rol 1.721 del Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica, a una multa y a las costas. Indica que al resolver de este modo, se le impuso a su representada una obligación solidaria -que la ley no contempla, sino sólo para la figura del inciso primero- que se declaró en un juicio diverso donde no fue demandada y aún más, no tenía existencia legal. Agrega que no se reúnen los requisitos para sostener la existencia del subterfugio ya que los demandados no explotan el mismo giro social que la sociedad

primitivamente demandada, ni constituyen una unidad empresarial que haya dividido las fases productivas con el fin de evadir sus obligaciones laborales. Por el contrario, añade, la participación se hizo con patrimonio personal a fin de explotar un negocio lícito y separado de la sociedad educacional Southern Oxford Limitada, actuando de buena fe y con la seguridad de una sentencia dictada cinco años atrás y en la que nada se adeudaba a la actora porque doña Doris Paredes había sido liberada de responsabilidad. En lo tocante a la última norma denunciada en el arbitrio, esto es, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente no explica la forma en que ésta ha sido quebrantada, ni la influencia que tendría en lo dispositivo del fallo.

Décimo: Que, por último, en el primer otrosí de fojas 237, concurre a solicitar la nulidad de la sentencia que se revisa, el abogado don Alexis Alfredo Gómez Melo, en representación de don Raúl Sepúlveda Carrillo y doña Doris Paredes Dumenes, demandados en autos, acusando la contravención de las siguientes normas legales: a) artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, b) artículo 478 (actual 507) del mismo Estatuto, en relación con su artículo 3° inciso primero; 1511 y 1520 del Código Civil, y c) artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Los fundamentos que esgrime son del mismo tenor que los expuestos a propósito de la demandada Sociedad Inverness, con la misma deficiencia anotada respecto del artículo 177 del Código antes citado.

Undécimo: Que, son hechos de la causa, asentados en la sentencia recurrida, los siguientes:

a) La demandante prestó servicios como docente para una empresa consistente en un establecimiento educacional denominado Sociedad Educacional Southern Oxford Limitada, desde el 1 de marzo de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2005, fecha en que se le puso término a la relación laboral por las causales del artículo 160 N°s 1 y 7 del Código del Trabajo, esto es, conducta inmoral e incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato de trabajo.

b) Por sentencia firme de 27 de julio de 2007, dictada en los autos rol N° 1.721, caratulados "Barros con Sociedad Educacional Southern Oxford School Limitada", seguidos ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica, se declaró injustificado el despido de la actora y se condenó a la empleadora, representada legalmente por don Raúl Sepúlveda Carrillo, a pagar a la primera, las prestaciones que se cobran en esta causa.

c) Dicha litigio se encuentra en la etapa de cumplimiento incidental del fallo, habiéndose notificado éste el día 9 de noviembre de 2007. La demandada se opuso al cumplimiento de la sentencia, incidencia que fue rechazada en ambas instancias.

d) Por escritura pública de fecha 22 de abril de 1996, otorgada ante el notario don René Ramírez Molina, la sociedad Inmobiliaria e Inversiones Puelche S.A., vendió a don Raúl Sepúlveda Carrillo, las parcelas números 1, 2, 7, y 8 del Proyecto de Parcelación Los Cerezos de Villarrica.

e) Por escritura pública de 9 de febrero de 1996, otorgada ante notario don Claudio González Rosas de Temuco, don Raúl Sepúlveda Carrillo, Doris Paredes Dumenes y Raúl Sepúlveda Ramírez, constituyeron la Sociedad Educacional Southern Oxford Limitada. La administración y representación corresponde al primero de los mencionados.

f) La sociedad Inmobiliaria Saint Andrew's Limitada es una persona jurídica de derecho privado del giro de su denominación, que se constituyó por escritura pública de 4 de enero de 2008, ante el Notario de Villarrica don Daniel Mondaca Pedrero, siendo sus socios don Raúl Sepúlveda Carrillo, Cristian Sepúlveda Paredes, Carmen Sepúlveda Paredes y doña Doris Paredes Dumenes.

g) Por escritura pública de 10 de junio de 2008, don Raúl Sepúlveda Carrillo dio en pago, cedió y transfirió a la sociedad Inmobiliaria St Andrews Limitada, las parcelas N°1, 2, 7 y 8 del Proyecto de Parcelación Los Cerezos de la comuna de Villarrica.

h) La sociedad Educacional Inverness Limitada es una persona jurídica de derecho privado del giro de su denominación, que Carmen Sepúlveda Paredes y Doris Paredes Dumenes constituyeron por escritura pública de 28 de noviembre de 2007, ante el Notario de Villarrica don Daniel Mondaca Pedrero.

i) Los demandados constituyen una sola entidad económica o empresa no obstante actuar bajo la apariencia de distintas sociedades. Son socios de las sociedades las mismas personas, unidas bajo lazos de parentesco o familiares, ligadas a una misma actividad comercial o giro, que es la administración de un establecimiento educacional denominado Southern Oxford School.

j) La sociedad Inmobiliaria Saint Andrews es la propietaria del inmueble en que funciona el aludido establecimiento educacional.

Duodécimo: Que sobre la base de los hechos anotados precedentemente, los jueces del grado estimaron que la empresa conformada en la forma antes expuesta ha incurrido en subterfugio, en los términos previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 478- actual 597- del Código del Trabajo, puesto que los socios y representantes de todas las sociedades antes referidas, a través de la creación de las otras sociedades y conformadas tanto por don Raúl Sepúlveda Carrillo, su cónyuge doña Doris Paredes Dumenes y su hija doña Carmen Sepúlveda Paredes, han logrado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales declaradas en favor de la actora doña Ana Barros Jara, por sentencia firme y ejecutoriada dictada en los autos ya mencionados rol N° 1.721, del Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica tenidos a la vista, la que hasta el momento no ha podido obtener el pago del crédito existente en su favor, que al día 11 de marzo del año 2009, ascendía a la suma de \$34.287.896. Por lo anterior, decidieron condenar a los demandados solidariamente al pago de las prestaciones laborales que se le adeudan a la actora en los autos rol N° 1721, caratulados "Barros con Sociedad Educacional Southern Oxford Limitada" y a una multa, a beneficio fiscal, a cada uno de ellos de 50 Unidades Tributarias Mensuales y a las costas de la causa.

Décimo tercero: Que es conveniente precisar que la demandante de autos pretende que los demandados sean condenados a pagar efectivamente las prestaciones que se ordenaron en el juicio laboral Rol N° 1721, del Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica, caratulado "Barros Jara con Sociedad Educacional Southern Oxford Limitada", iniciado en Enero de 2006 y en que dichas prestaciones alcanzan a la cantidad de \$34.287.896.

Al efecto, afirma que prestó servicios en calidad de docente a la empresa señalada desde el 1° de marzo de 1997 al 30 de noviembre de 2005, en que fue ilegalmente despedida y por ello, en la causa laboral ya mencionada, aquella Sociedad Educacional, representada por don Raúl Sepúlveda Carrillo debe pagarle las sumas indicadas, de conformidad con lo resuelto por sentencia ejecutoriada. Agrega que en la etapa de cumplimiento del fallo, las incidencias opuestas por la empleadora, fueron rechazadas en ambas instancias.

Sin embargo, es un hecho no controvertido en esta causa, que la actora no ha logrado su propósito, por cuanto los bienes embargados en el procedimiento ejecutivo, que aparentaban encontrarse en posesión de la demandada, no lo estaban puesto que son otros quienes ejercen como titulares en el dominio de los mismos. Así, hasta el presente, no ha podido lograr el cumplimiento de una sentencia judicial ejecutoriada. De modo que la Sociedad Educacional Southern Oxford School Ltda. o Sociedad Educacional Southern Oxford Ltda., que la contrató y exoneró, carece de bienes en los cuales hacer efectivos sus ya declarados derechos, situación que ha creado mediante maniobras que califica de subterfugios, que le impide n obtener el pago de lo ya determinado por los tribunales competentes.

Décimo cuarto: Que los sentenciadores han tenido por acreditado, con los medios de prueba analizados en el fundamento vigésimo primero del fallo de primer grado, reproducido por el de segundo grado, que la Sociedad Educacional Southern Oxford Ltda., sirve de manto o velo a sus asociados para emprender negocios en los que se ponen a resguardo de los efectos de sus actos, invocando separación patrimonial entre las personas jurídicas y los individuos que la integran Y ello es así, dado que don Raúl Leónidas Sepúlveda Carrillo reúne un 33,33% de los derechos sociales y el resto se distribuye en los demás miembros de su familia, lo que lleva a la existencia de otras empresas en las mismas manos, señalando como ejemplo, que la Parcela N° 2 ubicada en el sector Los Cerezos, camino Villarrica a Loncoche, con un avalúo de \$335.882.966, es parte de la empresa, refiriendo que dicho inmueble fue enajenado por don Raúl Sepúlveda Carrillo a la Sociedad Inmobiliaria St. Andrew's Ltda., representada por el mismo Sepúlveda Carrillo y que los fondos de la empresa son administrados por la Sociedad Educacional Inverness Ltda., que recibe los pagos de los apoderados de los alumnos del establecimiento educacional por matrículas y mensualidades con los cuales, además, se pagan los sueldos de sus profesores.

Agregado a lo anterior, la sentencia de segunda instancia dejó establecido en su motivo sexto, que la Sociedad Educacional Southern Oxford Ltda., fue constituida el 9 de Febrero de 1996, por don Raúl Sepúlveda Carrillo, doña Doris Paredes Dumenes y don Raúl Silva Ramírez, correspondiendo su administración y representación al primero de los nombrados; que la Sociedad Inmobiliaria St. Andrew's Limitada se constituyó el 4 de Enero de 2008 y sus socios son Raúl Sepúlveda Carrillo, Cristián Sepúlveda Paredes, Carmen Sepúlveda Paredes y Doris Paredes Dumenes; que el 10 de Julio de 2008, por escritura pública, don Raúl Sepúlveda Carrillo dio en pago, cedió y transfirió a la Sociedad Inmobiliaria St. Andrew's Limitada, las parcelas N° 1, 2, 7 y 8 del proyecto de parcelación Los Cerezos de Villarrica y que la Sociedad Educacional Inverness Limitada, persona jurídica de derecho privado, está conformada por Carmen Sepúlveda Paredes y Doris Paredes Dumenes y fue constituida por escritura pública el 28 de noviembre de 2007 y en razón de los antecedentes que examinaron, los sentenciadores de segunda instancia concluyeron en su fundamento décimo segundo que los demandados configuran una sola entidad económica o empresa, no obstante actuar bajo la apariencia de diversas sociedades, teniendo presente que son socios de estas sociedades unas mismas personas naturales, ligadas todas a una misma actividad comercial o giro que es la administración de un establecimiento educacional denominado Southern Oxford School (tanto esta sociedad como Inverness Limitada representadas, respectivamente, por el demandado Raúl Sepúlveda Carrillo y su cónyuge Doris Paredes Dumenes) y que la Sociedad Inmobiliaria St. Andrew's es, a su vez, la propietaria del inmueble, parcela N° 2 de Parcelación Los Cerezos, aportada por Sepúlveda Carrillo quien la representa, emplazamiento en que funciona el establecimiento educacional;

Décimo quinto: Que los reproches que los recurrentes exponen en relación con los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, se fundamentan en que los sentenciadores en su conclusión trasgreden la lógica y las máximas de la experiencia, dado que la Sociedad Inmobiliaria St. Andrew's Ltda., se constituyó casi tres años después de la relación laboral entre la demandante y la Sociedad Educacional Southern Oxford School Ltda., de manera que nunca utilizó los servicios de aquella, argumento similar al que invoca la sociedad Inverness Limitada en lo referente a su formación, agregando que en el proceso laboral Rol N° 1721, caratulados "Barros con Sociedad Educacional Southern Oxford School Limitada", ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica, sus representados, Raúl Sepúlveda Carrillo y Doris Paredes Dumenes, demandados igualmente en calidad de empleadores de la demandante fueron liberados de responsabilidad y ésta misma última reflexión deduce la defensa del abogado Alexis Alfredo Gómez Melo, que lo hace por sus representados, Raúl Sepúlveda Carrillo y Doris Paredes Dumenes;

Décimo sexto: Que cabe observar que, en lo que concierne a la sociedad Inverness Limitada, el recurrente equivoca o confunde la representación que esgrime al afirmar que en esta causa y en el recurso que se analiza representa a Raúl Sepúlveda Carrillo y Doris Paredes Dumenes, quienes como se expuso, fueron liberados de responsabilidad en la causa laboral Rol N° 1.721, caratulada "Barros con Sociedad Educacional Southern Oxford School Limitada", seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica;

Décimo séptimo: Que formulada la disgregación precedente, y entrando derechamente al cuestionamiento referido a la apreciación de la prueba practicada por los jueces del fondo, es atinente recordar lo dispuesto en el artículo 455 del Código del Trabajo que a la letra expresa: "El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica" y lo señalado en la siguiente disposición, el artículo 456: "Al apreciar la prueba según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime".

De esta suerte, los jueces se encuentran obligados a expresar las razones en que asientan sus decisiones, sean jurídicas, lógicas, científicas, técnicas o de experiencia y al hacerlo de este modo transmiten su convicción a los litigantes en cuanto se refiere a hechos que constituyen el núcleo fáctico del litigio;

Décimo octavo: Que los recursos que se analizan se limitan, en el caso de las sociedades, a sostener que es ilógico afirmar que la primera de ellas fue creada para ocultar o disfrazar la calidad de empleadores de la actora, dado que su formación data de casi tres años después de haber terminado la relación laboral habida entre la demandante y la Sociedad Educacional Southern Oxford School Ltda., por ello nunca utilizó los servicios de ésta, en tanto que la segunda de las nombradas sociedades, asegura que es contrario a la lógica y a las máximas de experiencia indicar que los demandados forman una entidad económica o empresa que actúan bajo la apariencia de diversas sociedades conformadas por personas naturales unidas por lazos familiares o de parentesco, dado que efectuaron una valoración o apreciación de toda la prueba

realizando sólo referencias generales a los antecedentes del juicio -fundamentos primero y undécimo del fallo de segundo grado- sin considerar lo obrado en la causa laboral traída a la vista, razonamientos y argumentaciones que son repetidos por la defensa de los demandados Raúl Sepúlveda Carrillo y Doris Paredes Dumenés, arguyendo, además, que en la causa Rol N° 1.721 del Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica en la que fueron codemandados junto a la Sociedad Educacional Southern Oxford Ltda., en que se acogió parcialmente la demanda, se les liberó de responsabilidad, afirmando que la conclusión contenida en el motivo decimocuarto del fallo de apelación configura solo una apreciación doctrinaria y abstracta;

Décimo noveno Que de lo anteriormente examinado es posible deducir que los recursos, en cuanto dicen relación con la contravención que se denuncia a los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, carecen de sustento puesto que no precisan cuales son aquellas razones jurídicas, de lógica, científicas, técnicas o de experiencia, que el fallo ha omitido o quebrantado, en cuanto los cuestionamientos del recurrente no van dirigidos a lo esencial de lo asentado por los jueces del fondo, esto es, que estas diferentes sociedades en apariencia diversas, se encuentran ligadas a la administración del establecimiento denominado Sociedad Educacional Southern Oxford School, representada por Raúl Sepúlveda Carrillo y su cónyuge Doris Paredes Dumenés y que ellas configuran una sola entidad económica o empresa; lo que puede agregarse que hasta ahora han logrado hacer imposible el cumplimiento de una sentencia judicial ejecutoriada, mediante maniobras o prácticas, anteriores, coetáneas o posteriores a la referida sentencia, lo que se manifiesta como impedimentos, por su carácter obstructivo, para que la demandante, trabajadora de la empresa principal que la contrató, obtenga lo que le corresponde si se hubiere dado cumplimiento a las obligaciones laborales y previsionales que se determinaron como adeudadas, por los tribunales competentes;

Vigésimo: Que la transgresión a lo dispuesto en el artículo 478, actual 507 de la Ordenanza Laboral, en relación con su artículo 3° inciso primero y 1511 y 1520 del Código Civil, se hacen consistir en que no es posible concluir que todas las demandadas son o han sido empleadores de la demandante o que la Sociedad Inmobiliaria St. Andrew's Limitada haya sido creada para ocultar o disfrazar la calidad de empleador de la demandante; ni menos aún, que Doris Paredes Dumenés, liberada de responsabilidad en el pago de las prestaciones que reclamó la actora en la causa Rol N° 1.721 sea condenada en ésta en calidad de socia de Inverness Limitada, a dar cumplimiento a la sentencia dictada en la causa citada del Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica, en la que ni siquiera tuvieron la posibilidad de defenderse infringiendo así, además, el contenido del artículo 1520 del Código Civil, en razón de no encontrarse configurada la solidaridad en la ley como tampoco en el contrato celebrado por la demandante. Además, se objeta también la calidad de empleadora que se le atribuye a la sociedad Inmobiliaria St. Andrew's, afirmando que esta empresa nunca ha utilizado los servicios de la demandante;

Vigésimo primero: Que el fallo, en sus motivos duodécimo al décimo séptimo y previo análisis de la prueba rendida, determina que concurren los requisitos previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 478 -actual 507- del Código del Trabajo, razón por la que decide que en la especie se ha producido la figura del subterfugio ya que los demandados en la forma que se detalla en el motivo décimo cuarto, han eludido el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales declarada a favor de la actora, quien hasta la fecha no ha podido obtener el pago de su crédito. Por otra parte, la acción resulta plenamente procedente aun cuando se haya hecho valer luego del término de la relación laboral, por una parte, porque el precepto legal en estudio no distingue; y por la otra, porque precisamente, establecer dicho límite impediría hacer efectiva la responsabilidad de aquellas empresas que recurren a la figura del subterfugio para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores, como en el caso que se analiza.

Vigésimo segundo: Que, sin embargo, resulta efectivo lo que argumentan los recurrentes, en cuanto a que la condena solidaria impuesta en el fallo sólo se encuentra contemplada para la figura de la simulación del inciso primero del artículo 478- actual 507- del Código del Trabajo y no para el caso del inciso segundo del mismo artículo y Código, que es la aplicada en el fallo. Por lo tanto, no resulta procedente que tal forma de responsabilidad pueda hacerse extensiva a las otras conductas reguladas en el artículo 478. En primer lugar, por su carácter excepcional y en segundo lugar, porque de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1511 del Código Civil, la solidaridad sólo puede establecerse por testamento, la convención o la ley, cuyo no es el caso.

Vigésimo tercero: Que, en consecuencia, siendo improcedente que se haya impuesto a los recurrentes el pago solidario de las prestaciones reconocidas a la actora en los autos rol N° 1721, se ha incurrido en el error de derecho denunciado, el que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al imponerles una modalidad de pago que a la luz de los argumentos

expuestos resulta improcedente, por lo que corresponde que los demandados que representan una sola entidad económica o empresa, respondan en forma indistinta con su patrimonio respecto de tales prestaciones.

Vigésimo cuarto: Que se rechazará la reclamación que señala como menoscabado el contenido del artículo 3° inciso primero del estatuto Civil, pues esta norma dispone que toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, que en el caso de autos, se encuentra en el inciso 1° del artículo 3 del Código Laboral, tratándose del empleador y en el inciso penúltimo tratándose de empresa;

Vigésimo quinto: Que no es necesario referirse a la imputación que se hace en los recursos interpuestos por Sociedad Inverness Limitada, por Raúl Sepúlveda Carrillo y por doña Doris Paredes Dumenes, de haberse infringido la norma del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, atendido a que tal precepto sólo se enuncia como quebrantado, sin que a este respecto se elabore alguna argumentación que le sirva de fundamento, incumpliendo lo que al efecto prescribe el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil.

Vigésimo sexto: Que en concordancia con lo expuesto precedentemente, los recursos de casación en el fondo sólo serán acogidos en lo tocante a la infracción del artículo 478 del Código del Trabajo en relación con el artículo 1511 del Código Civil, desestimándose en lo demás.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 463 del Código del Trabajo y 764, 765, 767, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan los recursos de casación en la forma interpuestos por la sociedad Inverness Limitada, por don Raúl Sepúlveda Carrillo y doña Doris Paredes Dumenes y se acogen, sin costas, los recursos de casación en el fondo** deducido por sociedad Inmobiliaria Saint Andrew's Limitada, la sociedad Inversiones Inverness Limitada, por don Raúl Sepúlveda Carrillo y por doña Doris Paredes Dumenes, a fojas 220, 232 y 237, respectivamente, contra la sentencia de dos de octubre del año dos mil diez, que se lee a fojas 210 y siguientes, la que, en consecuencia, se invalida y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Valdés y Pérez, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo en su totalidad, sobre la base de los siguientes argumentos:

1.- Que la norma contemplada en los incisos segundo y tercero del artículo 478 actual 507 del Código del Trabajo sanciona el subterfugio, esto es, "la utilización de cualquier alteración que oculte, disfrace o altere la individualización o patrimonio, que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones que indica, que signifique para los trabajadores disminución o pérdida de derechos individuales o colectivos".

2.- Que el término "alteración", que utiliza el legislador laboral no lo define, por lo que es necesario recurrir a lo que al efecto señala el Diccionario de la Real Academia Española, en su 22° Edición, esto es, "acción de alterar", vocablo que, a su vez, tiene como acepción "cambiar la forma o esencia de algo". De esta manera, el primer requisito para que sea procedente la institución en estudio, es que se pruebe la mutación de la forma que revestía el empleador, para los fines ya señalados en la norma que lo consagra. En segundo lugar, se requiere intencionalidad o dolo, porque el ocultamiento persigue como objetivo eludir el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, es decir, debe concurrir claramente un componente subjetivo para configurar el ilícito laboral.

3.- Que a la luz de los hechos establecidos en la causa no se ha justificado ni concurre la mutación de las personas ni la existencia de una intencionalidad de parte del empleador destinada a eludir el cumplimiento de las obligaciones de la actora.

4.- Que por el contrario, de los antecedentes allegados al proceso aparece que las sociedades Saint Andrew's e Inverness nacieron a la vida jurídica tres años después de la extinción de la relación laboral habida entre la actora y la sociedad Educacional Southern Oxford- quien en todo caso jamás ha negado que era la empleadora de la actora- y, en el caso de las personas naturales, señores Sepúlveda Carrillo y Paredes Dumenes, éstos fueron demandadas como coempleadores y, en subsidio, en los términos del artículo 64 del Código del Trabajo, ambas acciones rechazadas en el juicio anterior, por sentencia ejecutoriada. Por lo expuesto, no es posible como lo hace la sentencia sino, con infracción a las reglas de la lógica

y las máximas de la experiencia, concluir que todas las demandadas incurrieron en subterfugio, máxime como se ha dicho, que no se ha probado la mutación ni la intencionalidad de incurrir en la conducta, si las primeras durante la vigencia de la relación laboral no habían nacido a la vida jurídica y las segundas fueron absueltas y ahora condenadas sólo por el hecho de asociarse. Tal asociación no permite por sí misma incurrir en la conducta denunciada salvo que se configuren copulativamente los elementos ya referidos.

5.- Que por lo razonado, la sentencia ha infringido los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo en relación con el artículo 478 -actual 507- del Código del Trabajo, al condenar a las recurrentes por la figura del subterfugio, no obstante no concurrir los presupuestos del ilícito civil previsto en la última de las normas señaladas.

Redacción a cargo del Ministro señor Patricio Valdés Aldunate.
Regístrese.
N° 8482-2010

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señora Gabriela Pérez P., señores Carlos Künsemüller L., Roberto Jacob Ch., y el Abogado Integrante señor Jorge Medina C. No firman la Ministra señora. Pérez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con licencia médica. Santiago, 22 de julio de 2011. r

Autoriza la Ministra de Fe de la Excm. Corte Suprema.

En Santiago, a veintidós de julio de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, veintidós de julio de dos mil once.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

- a) Se eliminan sus fundamentos undécimo y décimo noveno, así como el párrafo quinto del considerando décimo sexto.
- b) En el primer considerando se intercala el vocablo "demandante" entre las palabras "el" y "allegó"

Y teniendo en su lugar y además presente:

Primero: Los motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo y décimo noveno, que se dan por reproducidos al no estar afectados con el vicio de invalidación.

Segundo: Los fundamentos décimo tercero al vigésimo quinto del fallo de casación que antecede, los que se dan por expresamente reproducidos.

Tercero: Que concurriendo al efecto los requisitos que prescribe el artículo 478 en sus incisos segundo y tercero del Código del Trabajo- actual 507- se configura el ilícito civil "subterfugio" respecto de las demandadas de autos las que quedan condenadas al pago de las prestaciones declaradas a favor de la actora en los autos rol N° 1721, caratulados "Barros Jara Ana Lucila con Sociedad Educacional Southern Oxford Limitada", seguidos en el Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica.

Cuarto: Que no obstante lo resuelto precedentemente, no se impondrá una condena solidaria toda vez que, tal modalidad en el pago, sólo se ha previsto por el legislador para la figura de la simulación del inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo, que en cambio, los demandados han sido sancionados por la figura del subterfugio establecida en los incisos segundo y tercero de la misma norma legal, no siendo posible extenderla en forma analógica, por su carácter excepcional, ya que de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1511 del Código Civil, sólo puede constituirse por testamento, convención o por ley, situaciones que no concurren en estos autos.

Quinto: Que, en consecuencia, los demandados que configuran una sola entidad económica o empresa deberán responder en forma indistinta con su patrimonio de las obligaciones laborales y previsionales de la actora y que se cobran en autos. Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 463, 465 y 478 del Código del Trabajo, se declara:

Se revoca la sentencia apelada de fecha diez de mayo del año dos mil diez, escrita a fojas 128 a fojas 153, en cuanto por su decisión primera acoge la acción de simulación previstas en el inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo, decidiéndose en su reemplazo que se desecha la demanda por dicho concepto.

Se revoca, además, la referida sentencia en cuanto por su decisión segunda condena a los demandados en forma solidaria al pago de las prestaciones laborales que se le adeudan en dicho proceso y que al día 11 de marzo de 2009, asciende a la suma de \$34.287.896 y, en su lugar, se decide que los demandados quedan condenados a pagar indistintamente tales prestaciones.

Se confirma, en lo demás apelado, el referido fallo.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Valdés y Pérez quienes estuvieron por revocar también la sentencia en aquella parte que condena a los demandados por la figura del Subterfugio y absolverlos de tal condena, por cuanto en su parecer, no se dan los supuestos que al efecto prescriben los incisos segundo y tercero del artículo 478 del Código del Trabajo, conforme a los razonamientos expuestos en el fallo de casación que al efecto tienen por reproducidos.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.
Redacción a cargo del Ministro señor Patricio Valdés Aldunate.
Rol N° 8482-10

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señora Gabriela Pérez P., señores Carlos Künsemüller L., Roberto Jacob Ch., y el Abogado Integrante señor Jorge Medina C. No firman la Ministra señora. Pérez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con licencia médica. Santiago, 22 de julio de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excm. Corte Suprema.

En Santiago, a veintidós de julio de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Tribunal Constitucional. Recurso de Inaplicabilidad. Artículo 26 bis del Código del Trabajo. Imputación a jornada de trabajo de tiempos de descanso y espera entre turnos laborales.

Santiago, veintiséis de julio de dos mil once.

VISTOS:

Con fecha 10 de noviembre de 2010, don Gerardo Mena Edwards, Juez titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, solicitó de esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 26 bis del Código del Trabajo, a fin de que se emita un pronunciamiento acerca de si dicho precepto resulta lesivo a las garantías constitucionales de los trabajadores.

El precepto impugnado dispone:

“Art. 26 bis. El personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente¹. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas.

Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.”

La gestión judicial a propósito de la cual se promueve el requerimiento es el proceso laboral de tutela de derechos fundamentales RIT 103-10-T.L., caratulado “SINDICATO INTEREMPRESAS DE CONDUCTORES N°4 FLOTA TALAGANTE con BRAVO MIRANDA, DOMINGO, Y OTROS EMPRESARIOS”, en el cual la organización sindical demandante acciona por 14 choferes, en contra de los empresarios del transporte dueños de los buses que conducen y solidariamente en contra de la asociación gremial y de la cooperativa que los agrupan, que en este caso serían sus reales empleadores, invocando la doctrina del “levantamiento del velo” y el régimen legal de la subcontratación de trabajo.

En el libelo de tutela se señalan como infringidas las garantías del derecho a la integridad física y síquica de los choferes, contenidas en el N° 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Los demandantes de la gestión hacen notar que dicha vulneración es posible por el aprovechamiento que sus empleadores hacen de la ineficiencia de los medios de control de asistencia y de los problemas derivados de su fiscalización.

Agregan que en la medida que los intermedios, esperas y descansos no son imputables a la jornada, en la práctica trabajan entre 15 y 16 horas diarias, que debieran descomponerse en 7,5 horas de conducción y el resto de descanso, que en realidad no existe o es mínimo, por lo cual en la práctica se ven sometidos al denominado “dos por uno”, es decir, que un chofer desempeña en realidad el doble de una jornada, a causa de lo cual se ve afectado física y psicológicamente, dañando con ello a su familia y su entorno.

En la demanda de tutela solicitan el cese de la vulneración a sus derechos fundamentales y que se ordene establecer un sistema de control de asistencia y jornada, lícito y fidedigno, además de una indemnización de \$5.400.000 anuales por demandante, desde la fecha de inicio de la relación laboral, atendido que sus sueldos son de aproximadamente \$450.000 mensuales y que han sido víctimas del llamado “dos por uno”.

Los demandados señalan que los hechos no son efectivos, que los sistemas de control de asistencia fueron visados por la Inspección del Trabajo, que cumplen la normativa laboral sobre jornada y que no hay “dos por uno”. Señalan además que la asociación gremial demandada no es una empresa ni menos el empleador de los demandantes.

Con fecha 24 de noviembre de 2010, la Primera Sala de este Tribunal Constitucional ordenó al juez requirente que, previo a resolver acerca de la admisión a trámite, se diera cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la ley orgánica de esta Magistratura.

Cumpliendo lo ordenado, el juez requirente invoca como infringida la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que el precepto impugnado establece un trato especial y distinto del general, que menoscaba derechos laborales que el ordenamiento jurídico nacional considera irrenunciables. De la misma forma, considera infringida la garantía constitucional de la libertad de trabajo, contenida en el numeral 16° del mismo artículo 19 de la Constitución Política, al vulnerarse los principios generales de protección del derecho laboral, la irrenunciabilidad de los derechos y la presunción de no gratuidad de los servicios, en función de los cuales se establecen limitaciones de jornada, sueldo mínimo y otros institutos en favor del trabajador, que es la parte más débil de la relación laboral.

En específico, sostiene el tribunal requirente que, según las normas generales contenidas en el artículo 21 del Código del Trabajo, todo el tiempo que el trabajador se encuentre a disposición del empleador sin desempeñar funciones, por causa no imputable al dependiente, constituye jornada y debe ser remunerado, por lo cual, en la medida que el precepto impugnado establece lo contrario, dispone un trato diferenciado que vulnera el derecho a una jornada establecida según las normas comunes, por lo que introduce un factor de incertidumbre acerca de la duración de la jornada.

Por otro lado, al dejar la retribución del tiempo de espera entre turnos al acuerdo de las partes, se desconoce por el legislador la existencia e irrenunciabilidad del sueldo mínimo como base de cálculo supletoria de la remuneración, por lo cual se retorna al criterio civilista de autonomía de la voluntad, haciendo ilusorio el pago por los tiempos de espera entre turnos y aumentando de manera gratuita e ilegal el horario de trabajo.

Señala finalmente que también se viola el derecho de propiedad del trabajador sobre su tiempo fuera de la jornada trabajo, ya que por este régimen es el empleador quien dispone de los tiempos del dependiente, sin contraprestación pecuniaria, perturbando así la vida familiar y el derecho al esparcimiento y al descanso.

Sostiene asimismo que no existe asidero alguno que justifique esta diferencia de trato, que por tanto resulta inconstitucional.

Con fecha 15 de diciembre de 2010, el requerimiento fue acogido a trámite, confiriéndose traslado para resolver acerca de su admisibilidad.

A fojas 99, el sindicato demandante de tutela señala que la conducta de los demandados se ampara en lo dispuesto por la norma impugnada, que vulnera la Constitución, y agrega que se cumplen los presupuestos de admisibilidad, ya que basta la posibilidad previsible de que la norma sea aplicada para dar curso al proceso de inaplicabilidad.

A fojas 102 y siguientes, comparecen las demandadas solidarias Asociación Gremial Flota Talagante y Cooperativa de Servicios de Transporte Talagante Santiago, solicitando la declaración de inadmisibilidad del requerimiento. Argumentan que al ser formulado el libelo como una consulta o solicitud de informe, incluso complementado no cumpliría los presupuestos exigidos por la ley al no señalar la forma en que se produciría la infracción a la Constitución. Por otro lado, agregan que la acción carecería de fundamento plausible al fundarse en derechos irrenunciables contenidos en otras normas generales del Código del Trabajo, que no tienen rango constitucional y frente a las cuales prima la norma especial que se impugna. Afirman que la sola existencia de normas especiales no es sinónimo de una inconstitucionalidad y que la situación de los demandantes es en los hechos distinta a la habitual, omitiéndose por el juez requirente la alusión a la historia fidedigna del precepto impugnado.

A fojas 106, comparecen los empresarios del transporte que obran como demandados principales en la gestión invocada, solicitando la declaración de inadmisibilidad de la acción formulada. Exponen que la aplicación del precepto impugnado no resulta decisiva en el proceso de tutela y que se les acusa de haber utilizado de manera abusiva la norma, burlando así su sentido y espíritu. Agregan que el 9 de diciembre de 2010 se realizó la audiencia de juicio, pues el juez consideró que la decisión de esta controversia constitucional no obstaba a ello, ya que “no incide en la resolución del asunto controvertido”, según se señala a fojas 107. Reiteran lo argumentado por las otras demandadas, en orden a que el requerimiento es inadmisibile al haber sido formulado como un oficio o una solicitud de informe y agregan que en el proceso de tutela se promovió un incidente de recusación en contra del juez, por haber emitido opinión acerca del fondo del asunto al requerir de inaplicabilidad.

Con fecha 5 de enero de 2011 fue declarado admisible el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y con posterioridad se confirió traslado sobre el fondo del mismo a las partes de la gestión invocada.

A fojas 160, el juez requirente presentó un escrito de “evacua traslado”, en el cual, además de reiterar sus argumentos, profundiza acerca de la irrenunciabilidad de los derechos establecida por el artículo 5° del Código del Trabajo, que estima contradicha por el precepto impugnado en lo relativo a las remuneraciones y a la limitación de jornada. Agrega que la irrenunciabilidad de los derechos en materia laboral cumple la función de restablecer el equilibrio contractual, para proteger a la parte más débil de la relación jurídica, todo lo cual en este caso se ve vulnerado, sin que el trabajador pueda disponer de las 8 horas de descanso ni de las 8 horas para otras actividades.

Agrega que los propios demandados invocaron la norma impugnada para validar su actuación y profundiza algunos aspectos de la historia legislativa del precepto en cuestión, el cual tuvo por finalidad establecer para este tipo de trabajadores las mismas condiciones laborales de los servicios urbanos de transporte de pasajeros, en el que si bien los tiempos de espera no constituyen jornada, se remuneran con un mínimo de 1,5 ingresos mínimos mensuales como base de cálculo.

Añade que en la discusión legislativa se hizo ver la inconveniencia de pagar estos tiempos como horas extraordinarias, la inconveniencia de imputarlos a la jornada, además de la improcedencia de su gratuidad, pero que finalmente el objetivo de igualación no se cumplió, generándose la diferencia de trato existente hoy.

A fojas 273, el abogado Jorge Correa Sutil, en representación de la Asociación Gremial demandada, evacua el traslado acerca del fondo del asunto, solicitando el rechazo de la acción en los siguientes términos:

- En cuanto a los antecedentes de la gestión, señala que los tiempos en cuestión corresponden a lapsos de espera entre turnos de trabajadores del transporte rural, que pueden ser en tierra -como en este caso-, durante los cuales el trabajador no está a disposición del empleador. Sobre este punto, señala que el juez requirente ha entendido incorrectamente que sí se encuentran a disposición de su empleador, pero que eso no es efectivo, toda vez que no realizan labor alguna, lo cual debe ser así a causa de los tiempos de extensión de los viajes.
- En el caso de los demandantes, no están obligados a permanecer a disposición de su empleador, ni en el lugar de trabajo ni en los terminales durante dichos lapsos, siendo totalmente libres para trasladarse donde quieran y hacer lo que les plazca en su tiempo libre, en una verdadera interrupción de jornada que sólo los obliga a volver a la hora prefijada. Agrega que la norma impugnada no permite que en tiempo de descanso o espera de turno estén a disposición del empleador.
- Expone que, por lo anterior, es imposible conceptualmente que estos tiempos se imputen a la jornada, porque no lo son, ni menos que se remuneren, porque no hay trabajo ni sujeción al empleador.
- A fojas 266 señala que estos tiempos de espera son una molestia para el trabajador, pero que la ley permite compensarlos o retribuirlos. Serían una molestia por no ser jornada, no ser remunerables y por su carácter irregular, determinado por demoras de viajes y factores mecánicos imprevisibles. Expone que en este caso todos los

demandantes de tutela son compensados en su contrato individual por este concepto, con un 2% de la venta bruta de boletos del mes, agregando que además reciben un incentivo variable de producción.

- A continuación señala que la norma impugnada no tiene la aptitud de producir el resultado contrario a la Constitución que se denuncia, cuestión que se debe a gruesos errores de apreciación del juez. Por lo anterior trae a colación la abundante jurisprudencia de este Tribunal en orden a que en materia de inaplicabilidad el efecto contrario a la Carta Fundamental debe producirse por causa del correcto entendimiento de la norma, en función de la gestión invocada, y no por una interpretación errada o abusiva, cuestión que a su juicio sí ocurre en el caso y que redundaría en el rechazo de la acción, ya que el precepto impugnado fue celebrado en su momento como una verdadera conquista laboral.

- Expresa que la interpretación errada del juez se funda en estimar que el trabajador está a disposición del empleador en los tiempos de descanso y espera, en entender que la aplicación del precepto conlleva a que los tiempos de espera no sean retribuidos, cuando en realidad ello depende del acuerdo de las partes. Agrega que otro de los errores que lleva a la interpretación equivocada del precepto consiste en creer que el mismo permite negociar libremente una remuneración, cuando en realidad el pago por tiempos de espera es una simple compensación por una situación gravosa y no podría ser una remuneración, para lo cual cita una intervención del Senador Pablo Longueira, consignada en la historia de la ley, a fojas 282, en la cual se señala que de imputarse los descansos a la jornada del trabajador se generaría el problema de que a mediados de mes el trabajador se vería impedido de continuar conduciendo, por haber agotado su jornada, agregando que el tiempo extra se genera en la espera, lo que justifica un trato distinto al común.

- En otro orden aduce que la solicitud de inaplicabilidad se funda en principios generales del derecho laboral, no recogidos por la Constitución, por lo cual hay una cuestión de interpretación de ley general y de prevalencia de norma especial, mas no una cuestión de constitucionalidad.

- Por otra parte alega que el juez entiende que se cobran remuneraciones retroactivamente, en circunstancias que se demanda una indemnización de perjuicios.

- Por todo lo expuesto, señala que según la jurisprudencia de este Tribunal la acción de inaplicabilidad no persigue corregir errores ni resolver dudas derivadas de la mera interpretación de la ley, aun cuando ello genere inconstitucionalidades, agregando que los eventuales vicios denunciados desaparecen con una interpretación razonable de la norma impugnada en función del caso concreto.

- Posteriormente manifiesta que no hay inconstitucionalidad alguna, al no infringirse la igualdad ante la ley, porque la diferencia de trato es fundada, en la medida que cualquier trabajador alejado de centros urbanos puede pactar jornadas por tiempos superiores a la semana, citando ejemplos y doctrina que sostiene la compatibilidad de esta circunstancia con el derecho internacional. Señala además que este régimen de descanso, interrupción de jornadas y espera se funda en las objetivas circunstancias del rubro del transporte y la protección de valores superiores, aludiendo a pasajes de la historia de la norma en los cuales se dejó expresa constancia de la intención de proteger al trabajador mediante este sistema.

- Agrega que toda interrupción de jornada diaria se funda en las mismas reglas, citando ejemplos al efecto, en el régimen general del Código del Trabajo y en otras jornadas especiales, por lo que la diferencia no es irracional.

- Argumenta asimismo que la imputación de la espera a la jornada en el rubro del transporte es una opción de cada país, amparada por la OIT, citando, además, las legislaciones venezolana, argentina y mexicana acerca de la materia.

- A fojas 301 expone que la normativa contenida en el precepto impugnado es similar a otra que regula una situación análoga, el artículo 25 del Código del Trabajo, referido a choferes o auxiliares de buses interurbanos y trenes, agregando que el requirente está equivocado en esta materia, ya que para ellos no hay piso de 1,5 sueldos mínimos como base de cálculo de la compensación, cosa que sí ocurre con el transporte de carga.

- Señala que de declararse inaplicable la norma, los trabajadores no tendrían derecho a compensación por la espera ni tampoco gozarían del derecho al descanso, quedando así a disposición de su empleador, ya que esta norma se estableció en su favor. En síntesis, argumenta que la declaración de inaplicabilidad sí produciría un efecto contrario a la Constitución, ya que además los tiempos de conducción disminuirían y la remuneración también.

- Por otro lado señala que no se infringe la libertad de trabajo, ni sus límites, ni el derecho a una justa remuneración, porque la norma impugnada no puede producir el resultado denunciado, argumentando que tampoco se vulnera de forma alguna el derecho de propiedad.

- Finalmente agrega que si se llegara a declarar la inaplicabilidad del precepto impugnado, sus efectos subsistirán, porque en lugar de aplicarse la normativa general del artículo 21 del Código del Trabajo, se debieran aplicar los preceptos de su artículo 25, que dispone las mismas reglas para choferes o auxiliares de transporte interurbano, con la sola modificación de 2 horas menos de descanso, lo cual, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, inhibe la declaración de inaplicabilidad, al hacerla inconducente.

Por todo lo anterior solicita se rechace la solicitud de inaplicabilidad.

A fojas 317, y fuera de plazo, el sindicato demandante evacuó el traslado conferido, señalando que el Estado de Chile tiene deberes de derechos humanos que cumplir, los cuales han sido infringidos mediante el uso de la norma cuestionada, haciendo ver que no es efectivo que el trabajador pueda hacer lo que quiera con su tiempo en el marco de la relación laboral. A continuación expone un cuadro, a fojas 319, en el cual se explicita que un trabajador, en virtud de esta norma, puede llegar a estar las 24 horas del día a disposición del empleador.

Agrega que no es efectivo el supuesto efecto de mayor gravamen de la declaración de inaplicabilidad y que dicha tesis busca mantener un status quo violatorio del derecho internacional, escudándose en una eventual baja de remuneraciones que está fuera de la materia litigiosa, reiterando que acoger la acción es restablecer el imperio del derecho y no un atentado a la seguridad jurídica.

Con fecha 31 de marzo de 2011 se ordenó traer los autos en relación y con fecha 19 de abril siguiente tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Gerzo Gallardo, por el Sindicato Interempresas de Conductores N° 4 Flota Talagante, y Jorge Correa Sutil, por los empresarios demandados en la gestión pendiente y las dos entidades que en ella aparecen como demandados solidarios.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 93 N° 6° de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*;

SEGUNDO: Que, tal y como se ha indicado en la parte expositiva de esta sentencia, el requerimiento materia de autos fue presentado por el Juez titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, solicitando a esta Magistratura pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 26 bis del Código del Trabajo, con el fin de esclarecer si lo dispuesto en dicho precepto legal vulnera las garantías establecidas en el artículo 19, N°s 2°, 16° y 24°, de la Constitución Política de la República, respecto de los trabajadores implicados en el proceso laboral de tutela de

derechos fundamentales RIT 103-10-T.L., que se tramita ante el juez requirente y que constituye la gestión pendiente sobre la que incide el requerimiento;

TERCERO: El precepto impugnado dispone:

"Art. 26 bis: El personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas.

Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones."

CUARTO: Que para resolver adecuadamente el requerimiento de que se trata debe precisarse, en primer término, que no todo lo dispuesto en el artículo 26 bis del Código del Trabajo fue cuestionado en autos, sino sólo la parte que alude a las esperas que les corresponda cumplir a los choferes y auxiliares del transporte rural colectivo de pasajeros entre turnos laborales sin realizar labor, lapsos que el precepto legal considera no imputables a la jornada de trabajo y cuya retribución o compensación se ajustará libremente al acuerdo entre las partes. En consecuencia, la cuestión relevante a resolver en esta sentencia es si tales tiempos de espera deben o no formar parte de la jornada laboral que tienen que cumplir los respectivos trabajadores.

En efecto, dilucidar si la aplicación de este precepto legal vulnera garantías constitucionales de los trabajadores implicados en la respectiva gestión pendiente, exige precisar si los tiempos de espera sin realizar labor a que alude el artículo 26 bis del Código del Trabajo son de libre disponibilidad para los trabajadores, ya que de ello depende la procedencia de incluirlos o no en la jornada laboral y si su empleador está o no obligado a remunerarlos;

QUINTO: Que el artículo 21 del Código Laboral establece la norma general respecto de las esperas que deban cumplir los trabajadores durante la jornada laboral, sin realizar labor por motivos que no les sean imputables. Conforme a lo dispuesto en este artículo, dichas esperas forman parte de la jornada de trabajo si durante ellas el dependiente se encuentra a disposición del empleador. Por tanto, si las esperas son decididas por el empleador y mientras duran los trabajadores no son libres para disponer de ese tiempo en la forma en que autónomamente decidan, tales lapsos, aun cuando durante su transcurso los trabajadores no realicen labor alguna, deben ser considerados tiempo de trabajo y por tanto ser remunerados;

SEXTO: Que la regulación legal de los tiempos de espera del artículo 21 del Código Laboral es concordante con el reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo y de su protección. Si la ocurrencia y duración de las esperas que deban cumplir los empleados durante la jornada diaria de trabajo dependen de la discrecionalidad de su empleador y si durante ellas los trabajadores no son libres para hacer lo que deseen sino que deben permanecer dispuestos a seguir las instrucciones que reciban de parte del empleador, esos lapsos deben ser considerados laborados.

En efecto, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", en Revista de Derecho Público N° 28, Universidad de Chile. Santiago, 1980, p. 215). En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo sino también el trabajo en sí: "Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el

derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor" (José Luis Cea: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, p. 427).

Por todo lo anterior, es indudable que el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo. En consecuencia, si el legislador califica a priori y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluye la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador. Pero si pese a ello y en el hecho los trabajadores sí se mantienen a disposición del empleador durante tales esperas, ya que aun cuando no presten labores continúan efectivamente sujetos a la autoridad de aquél, quien decide la ocurrencia y duración de tales esperas y exige de sus empleados mantenerse atentos y disponibles en cualquier momento para conducir o desempeñar otras tareas, tal y como ocurre en el caso de autos, el precepto legal que excluye de la jornada de trabajo tales tiempos de espera liberando al empleador de la obligación de remunerarlos, debe ser declarado contrario a la protección constitucional del trabajo;

SÉPTIMO: Que, por otra parte, sucesivas interrupciones de la jornada diaria de trabajo debido a esperas entre los turnos asignados por la empresa, como las que ocurren en el caso de autos, que responden a la organización del tiempo de trabajo que ha decidido el empleador para sacar un provecho más eficiente a su actividad, impiden a los trabajadores cumplir de forma continuada e ininterrumpida las horas diarias de trabajo comprometidas en el respectivo contrato laboral, lo que redundaría en una prolongación del tiempo de dedicación al trabajo, limitando con ello las horas diarias de uso libre y privado que le queda al trabajador. Ello, por cierto, vulnera los derechos del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria de duración razonable, al descanso y a disponer libremente de su tiempo, todos los cuales están expresamente reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo reconocida en el artículo 19 N° 16° de nuestra Constitución.

En efecto, el artículo 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a una limitación razonable de la duración del trabajo"; el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce "el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ... d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos", y el artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos declara que "el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados partes garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: ... g) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y h) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales."

Por tanto, la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el artículo 19 N° 16° de la Constitución Política de la República, incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida.

Y VISTO:

Lo prescrito en el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como lo señalado en el artículo 31 N° 6 de la Ley 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

1) QUE HA LUGAR AL PRESENTE REQUERIMIENTO POR LAS RAZONES QUE SE HAN SEÑALADO Y QUE EN CONSECUENCIA SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN PENDIENTE, LA PARTE DEL ARTÍCULO 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO QUE SEÑALA QUE LAS ESPERAS QUE CORRESPONDA CUMPLIR ENTRE TURNOS LABORALES SIN REALIZAR LABOR NO SERÁN IMPUTABLES A LA JORNADA LABORAL, POR CONTRAVENIR LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 19 N° 16° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

2) CORRESPONDERÁ AL JUEZ REQUIRENTE DETERMINAR LA NORMA APLICABLE AL CASO CONCRETO SOBRE EL QUE INCIDE ESTA SENTENCIA DE INAPLICABILIDAD, TODA VEZ QUE ESTA DECISIÓN NO PREJUZGA ACERCA DE LA NORMA LEGAL QUE DEBE APLICARSE EN REEMPLAZO DEL PRECEPTO CUESTIONADO, CUESTIÓN QUE ES DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL A QUO Y NO DE ESTA MAGISTRATURA.

Adoptada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que el precepto legal impugnado y cuya inaplicabilidad se solicita, esto es el artículo 26 bis del Código del Trabajo, es una disposición especial aplicable sólo a los choferes o auxiliares de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, que integra el párrafo 1° Jornada ordinaria de trabajo del capítulo IV "De la jornada de trabajo", del Libro Primero del Código del Trabajo, por lo cual no debe interpretarse en forma aislada sino en relación con las otras disposiciones legales sobre la materia, de modo que guarden entre ellas la debida correspondencia y armonía;

2. Que el mencionado precepto legal no ha sido impugnado en su totalidad, sino únicamente en lo relativo a los tiempos de descanso a bordo o en tierra y a las esperas que les corresponde cumplir a los choferes o auxiliares entre turnos sin realizar labor, descansos y esperas que la ley declara que no son imputables a la jornada, debiendo, sin embargo, compensarse o retribuirse por acuerdo entre las partes, por lo cual el análisis de su conformidad o disconformidad con la Constitución debe limitarse a ese sólo aspecto;

3. Que la no imputabilidad a la jornada laboral del tiempo de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, se aplica asimismo en virtud del artículo 25 del Código del Trabajo a los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, a los que igualmente debe retribuirse o compensarse estos tiempos por acuerdo entre las partes, como también se extiende, según el artículo 25 bis del mismo Código que contiene una regla similar, a los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana;

4. Que el artículo 26 bis del Código del Trabajo, al establecer la no imputación a la jornada laboral de los tiempos de descanso y esperas que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no cabe considerarla una norma arbitraria, carente de justificación y que signifique una desprotección de los derechos del trabajador, sino que, al igual que los artículos 25 y 25 bis, tiene su justificación en la índole peculiar de las labores que efectúan los choferes, quienes, conforme a lo dispuesto en las normas citadas, no pueden conducir más de cinco horas continuas, contemplándose asimismo reglas especiales sobre el número de horas al mes que pueden trabajar, sobre su distribución diaria y descanso mínimo entre turnos;

5. Que, todo ello demuestra que la norma impugnada no sólo no vulnera derechos de los choferes trabajadores, sino que los protege adecuadamente, puesto que de aplicárseles las normas generales del Código del Trabajo en virtud de las cuales la jornada de trabajo puede ser de ocho horas diarias de trabajo y sólo interrumpida por una media hora para la colación -tiempo que no se considera trabajado para computar la jornada diaria-, tal solución sí que los colocaría en una situación de desprotección al obligarlos a conducir durante ocho horas casi continuas e incluso pondría en riesgo su vida e integridad física y psíquica, por lo que su aplicación resultaría inconstitucional a su respecto al infringir los números 1° y 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Redactó la disidencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Redactó la sentencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes y la disidencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.
Rol N° 1852-10-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente (s), Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, la Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olgúin.

1 El artículo 26 del Código del Trabajo dispone: "Si en el servicio de transporte urbano colectivo de pasajeros, las partes acordaren cumplir en turnos la jornada ordinaria semanal, éstos no excederán de ocho horas de trabajo, con un descanso mínimo de diez horas entre turno y turno. En todo caso, los choferes no podrán manejar más de cuatro horas continuas."