Concepción, cinco de julio de dos mil veintiuno.

VISTOS:

En los antecedentes RIT I-6-2020 y RUC 20- 4-0282798-0 del Juzgado del Trabajo de Tomé y Rol 168-2021 de esta Corte, doña **MELISA TAPIA MACAYA**, abogado, en representación de la **INSPECCIÓN COMUNAL DEL TRABAJO DE TOMÉ**, interpone Recurso de Nulidad en contra de la sentencia definitiva de 23 de marzo del presente año, a fin de que esta Corte, conociendo del recurso, se sirva invalidar dicha sentencia, dictando otra en su reemplazo que declare que se rechaza el reclamo judicial deducido por la actora y, consecuencialmente, que se mantiene firme la Resolución de Multa número 8055/2020/8, de fecha 17 de junio de 2020; con costas.

Invoca como causal de nulidad la del artículo 477 del Código del Trabajo, infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Declarado admisible el recurso, se procedió a su vista, oportunidad en la que alegaron, los apoderados de las partes, en defensa de sus respectivos derechos.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de nulidad establecido en el Código del Trabajo, tiene por objeto, según la causal de que se trate, asegurar el respeto a las garantías y derechos fundamentales, o bien, conseguir sentencias ajustadas a la ley. Así se desprende claramente de los artículos 477 y 478 del referido Código, que establecen las causales por las cuales procede tal recurso, el cual, además, tiene un carácter extraordinario que se evidencia, de un lado, por la excepcionalidad de los presupuestos que configuran cada una de las referidas causales, en atención al fin perseguido por ellas, situación que igualmente determina un ámbito restringido de revisión por parte de los tribunales superiores.

Por otra parte, la causal sustentada en el artículo 477 del Código del Trabajo, supone la aceptación de los hechos establecidos en la

XWWVJXJGSO

sentencia y solo importa un cuestionamiento a la aplicación del derecho a aquéllos, por lo que la argumentación y sustento del recurso por este motivo debe ser coincidente con lo antes expuesto y este motivo de nulidad tiene por objeto fijar el recto sentido y alcance de las normas que se dicen afectadas, ya sea porque se desatienden en un caso previsto por ellas; cuando en su interpretación el juez contraviene fundamentalmente su texto; o cuando les da un alcance distinto, ya sea ampliando o restringiendo sus disposiciones.

SEGUNDO: Que, según la recurrente, **respecto de la Multa N° 1,** La norma infringida sería el artículo 38 del Código del Trabajo, en su inciso 3°, que dispone:

Art. 38. *Las empresas exceptuadas del descanso dominical deberán otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios, aplicándose la norma del artículo 36. Estos descansos podrán ser comunes para todos los trabajadores, o por turnos para no paralizar el curso de las labores.*

Plantea que la reclamante, y el propio Tribunal tienen por acreditado que la trabajadora doña Yasna Torres Melgarejo, laboró 7 días continuos en la semana, esto es del lunes 13.04.2020 al domingo 19.04.2020, infringiendo el descanso semanal regulado en la normativa citada, y siendo además, reconocido por el propio tribunal, y aun así, dejando sin efecto la multa por error de hecho, por estimar que no existe infracción (cuando está incluso reconocida por todos).

Añade que existe la infracción, pues no es posible que un trabajador labore más de 6 días continuos, salvo que exista una resolución fundada de la Dirección del Trabajo (art. 38 inciso final Código del Trabajo), que así lo autorice; lo anterior, de acuerdo al art. 28 del Código del Trabajo. Así, el art. 28 del Código del Trabajo, preceptúa: "El máximo semanal establecido en el inciso primero del artículo 22 no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días"; de la norma precitada se colige que la determinación del número

XWWVJXJGSO

de días en que se distribuirá la jornada semanal de trabajo ha sido entregada por el legislador al acuerdo de las partes, limitándose la ley a fijar tanto el mínimo como el máximo de días que puede abarcar dicha distribución.

Cita dictamen Nº 6.101-282, de 19.10.94, precisando que por la expresión semana, debe entenderse aquella que dura un período continuo de siete días, sin que sea necesario que se extienda de lunes a domingo. A mayor abundamiento, la Dirección del Trabajo en dictamen Nº 5.501-263 de 15.09.94, ha precisado que la oportunidad en que debe otorgarse el descanso compensatorio por las labores realizadas en día domingo, corresponderá al séptimo día, esto es, inmediatamente después de los seis días continuos de trabajo que el artículo precitado permite como máximo semanalmente.

Menciona también el dictamen 5156/346 de 27.10.1998, en donde concluye que, "de acuerdo a las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa consultada y consideraciones efectuadas, expone que resulta jurídicamente improcedente la distribución de una jornada semanal de trabajo que implique laborar más de seis días y otorgar el día de descanso semanal al octavo día de ésta". En conclusión, al existir la infracción, y además, ser reconocida expresamente por la reclamante, no era posible dejar sin efecto la multa, pues no hay error de hecho en su aplicación.

Estima que la sentencia impugnada se dicta con infracción manifiesta del artículo 38 inc. 3° del Código del Trabajo, del momento de que se justifica su incumplimiento aduciendo que el descanso se otorgó con posterioridad al 7° día laborado. Por tanto, de haber aplicado correctamente la Ley en especial el art. 38 inc. 3° del Código del Trabajo, el resultado del juicio hubiera sido diverso, ya que en atención de que se encuentra acreditado el incumplimiento, solo bastaba que el tribunal aplicara correctamente el derecho y rechazara la reclamación porque se encuentra configurada la infracción (no existiendo entonces error de hecho).

XWWVXJGSO

Argumenta que la infracción de ley influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo desde que, de haberse aplicado correctamente el derecho, el tribunal necesariamente hubiese rechazando la reclamación judicial, cuestión que no ocurrió precisamente por haberse aplicado de manera incorrecta el derecho; ya que, aun cuando tiene por acreditada y reconocida la infracción, entiende que hubo error de hecho, por "inexistencia" de la misma, lo cual es a lo menos contradictorio, así, si el tribunal hubiere aplicado correctamente el derecho necesariamente habría rechazado la reclamación judicial.

TERCERO: Que, ahora bien, de acuerdo a la sentencia recurrida, se tiene por acreditado que efectivamente la trabajadora doña Yasna Torres Melgarejo, trabajó entre el lunes 06 de abril y el domingo 19 del mismo mes según el siguiente detalle:

a.- *LUNES 06.04.2020 CON MEDIA HORA DE COLACION 07:56- 15:09*

b.- MARTES 07.04.2020 CON MEDIA HORA DE COLACION 08:00- 15:29

c.- MIERCOLES 08.04.2020 CON MEDIA HORA DE COLACION 08:02-15:11

d.- JUEVES 09.04.2020 CON MEDIA HORA DE COLACION 08:03- 15:00

e.- VIERNES 10.04.2020 CON MEDIA HORA DE COLACION 08:13- 15:03

f.- SABADO 11.04.2020

CON MEDIA HORA DE COLACION 07:58- 14:59

g.- DOMINGO 19.04.2020 CON MEDIA HORA DE COLACIÓN 08.24- 15:58.

En consecuencia, se encuentra acreditado que trabajó sin interrupción durante toda la semana y sin descanso dominical.

Y estos hechos, resultan ser inamovibles para esta Corte, por lo que a partir de ellos ha de establecerse la vulneración legal que se argumenta en el recurso.

XWWVJXJGSO

CUARTO: Que, efectivamente, el artículo 38 del Código del Trabajo, establece las excepciones que permiten que un trabajador no tenga descanso dominical, entre las cuales no está comprendida aquella que realiza la trabajadora y tampoco se ha probado que exista un resolución fundada del Director del Trabajo que establezca un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descanso.

No debe olvidarse aquí, que el descanso semanal se trata de un derecho irrenunciable, lo que importa que el trabajador en caso alguno puede laborar más de seis días seguidos y ello independientemente de lo que haya acaecido, en los hechos, en la semana inmediatamente siguiente.

QUINTO: Que, en consecuencia, habiendo sido probado que la trabajadora no ha tenido el día de descanso (dominical) que legalmente se establece a su respecto, ello se trasunta en que, en la especie, y al acoger la reclamación por el capítulo en examen, el juzgado de la instancia ha aplicado el derecho con infracción de ley, según se ha explicitado, por lo que cabe acoger el recurso en esta parte.

SEXTO: Que en cuanto a **la Multa N° 2**, estima la recurrente que se infringe el artículo 206 inciso 1° del Código del Trabajo, que dispone:

Art. 206. *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.

XWWVJXJGSO

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.

Añade que la reclamante, y el propio Tribunal tienen por acreditada la infracción, pero la justifican en atención a que debido a la modificación de la malla horaria, dicha trabajadora laboró menos horas para las cuales fue contratada, entonces se debe entender o imputar la hora de lactancia a dicho tiempo en que no laboró, infringiendo abiertamente así la normativa citada, y siendo además, reconocido por el propio tribunal, y aun así, dejando sin efecto la multa por error de hecho, por estimar que no existe infracción (cuando está incluso reconocida por todos).

Plantea que, existe efectivamente la infracción, pues no es posible que el empleador impute la hora de lactancia a un tiempo en que deliberadamente liberó a la trabajadora de laborar (entendiéndose además "no laborado"), no pudiendo entonces dejar sin efecto la multa.

Añade que está configurada la causa, toda vez que se infringe abiertamente la norma citada, pues no media acuerdo con la trabajadora, y se le imputa la hora de lactancia a un tiempo que no se considera laborado.

Complementa que, sin perjuicio de la jornada que mantenga pactada la trabajadora, (aun cuando dicha jornada sea alterada y/o modificada) siempre tendrá su derecho a alimentación en forma íntegra, así en conformidad con lo establecido en el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, las trabajadoras, tienen derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años, derecho que puede ejercerse de algunas 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, y c) postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo. Es

XWWVXJGSO

del caso señalar que el legislador ha establecido expresamente en el inciso 4º del referido artículo 206 que el derecho a alimentar consagrado en la norma legal le resulta aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna.

Argumenta que en el caso que la trabajadora tenga convenida una jornada parcial de trabajo que realiza, por ejemplo, sólo en la mañana, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, entre otros, dictamen 2248/047 de 19.06.2007, ha señalado que no resulta jurídicamente procedente otorgar el permiso en forma proporcional a la jornada pactada, de forma que la dependiente debe gozar del referido permiso por el tiempo que determina la ley, esto es, de una hora al día, debiendo ejercerse de alguna de las formas antes señaladas. De acuerdo a lo anterior, el hecho de que el empleador modifique la jornada de trabajo no implica que la trabajadora pierda su derecho consagrado en el artículo 206 del Código del Trabajo. En conclusión, al existir la infracción, y además, ser reconocida expresamente por la reclamante, no es posible que se deje sin efecto la multa, pues no hay error de hecho en su aplicación.

Dice que de haber aplicado correctamente la Ley en especial el art. art. 206 inc. 1° del Código del Trabajo, el resultado del juicio hubiera sido diverso, ya que en atención de que se encuentra acreditado el incumplimiento, solo bastaba que el tribunal aplicara correctamente el derecho y rechazara la reclamación porque se encuentra configurada la infracción (no existiendo entonces error de hecho).

Indica que la infracción de ley precedentemente analizada influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo desde que, de haberse aplicado correctamente el derecho, el tribunal necesariamente hubiese rechazando la reclamación judicial, cuestión que no ocurrió precisamente por haberse aplicado de manera incorrecta el derecho; ya que, aun cuando tiene por acreditada y reconocida la infracción,

XWWVXJGSO

entiende que hubo error de hecho, por "inexistencia" de la misma, lo cual es a lo menos contradictorio, así, si el tribunal hubiere aplicado correctamente el derecho necesariamente habría rechazado la reclamación judicial.

SÉPTIMO: Que de frente a la infracción legal denunciada por la recurrente, debe tenerse en cuenta, de partida, que de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código del Trabajo, el derecho a la lactancia que asiste a las trabajadoras para dar alimento a sus hijos menores de dos años, tiene el carácter de irrenunciable y es considerado como trabajado. Y la propia norma establece varias formas que pueden ser convenidas para ejercer este derecho:

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.

En lo fáctico, y según se desprende del fallo impugnado, ha quedado demostrado que la trabajadora doña Marion Concha Leal, no ha tenido el derecho que establece el artículo 206, ya citado, bajo el pretexto de que producto de la pandemia, se ha adecuado la hora de salida, trabajando menos horas y por esa vía compensando la hora de lactancia.

OCTAVO: Que, atendido el carácter irrenunciable del derecho de que se trata, el texto expreso de la ley en relación a las formas en las que se ejerce el aludido derecho, y la circunstancia de considerar dicho tiempo como trabajado, esta Corte estima que se ha infringido la norma en la interpretación dada por el tribunal *a quo*, por lo que, análogamente, corresponde también acoger el recurso por el capítulo en comento.

NOVENO: Que, por último, solo cabe hacer presente que el recurso interpuesto se circunscribió solamente a las dos multas más arriba singularizadas, empero se dejó afuera a la tercera multa, esto es, a la Resolución de Multa N°8055/2020/8-3, razón por la cual los

XWWVXJGSO

efectos de lo resuelto en la presente sentencia sólo alcanzarán a las dos primeras.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 482 del Código del Trabajo, y demás pertinentes **SE ACOGE** el recurso de nulidad deducido contra la sentencia definitiva de fecha veintitrés de marzo de dos mil veintiuno, dictada por el Juez Letrado Titular del Juzgado de Letras de Tomé, la que, en consecuencia, **es nula**, debiendo dictarse, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, la sentencia de reemplazo correspondiente con arreglo a la ley y según lo que fue postulado en el recurso de que se trata.

No se condena en costas del recurso a la parte recurrida, por estimarse que tuvo motivos plausibles para oponerse a su acogimiento.

Regístrese, notifíquese y devuélvase por la vía respectiva, en su oportunidad.

Redacción del Abogado Integrante don Waldo Ortega Jarpa.

Para la redacción de este fallo, se hizo uso de la facultad establecida en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

No firma la ministra suplente doña Antonella Farfarello Galleti, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y al acuerdo, por haber cesado en su suplencia y retornado a su tribunal de origen.

Rol N° 168-2021. Laboral.

Cesar Gerardo Panes Ramirez
MINISTRO
Fecha: 05/07/2021 14:50:07

Waldo Sergio Ortega Jarpa
ABOGADO
Fecha: 05/07/2021 16:06:28

XWWVJXJGSO

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Concepción integrada por Ministro Cesar Gerardo Panes R. y Abogado Integrante Waldo Sergio Ortega J. Concepcion, cinco de julio de dos mil veintiuno.

En Concepcion, a cinco de julio de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XWWVXJGSO

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl