



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad;

EN EL PRIMER OTROSÍ: Suspensión del Procedimiento que indica;

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Acompaña documentos;

EN EL TERCER OTROSÍ: Solicita alegatos;

EN EL CUARTO OTROSÍ: Forma de notificación;

EN EL QUINTO OTROSÍ: Oficio que indica;

EN EL SEXTO OTROSÍ: Personería;

EN EL SÉPTIMO OTROSÍ: Se tenga presente.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SEBASTIAN FEDERICO BORQUEZ BECKER, abogado, cédula de identidad número 15.378.139-7, en representación según se acreditará, de ----, sociedad del giro de su denominación, domiciliada en ----, Provincia de Santiago, Rol Único Tributario N°77.087.752-0, y con domicilio para estos efectos en Avenida Vitacura N° 2.808, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, al Excelentísimo Tribunal Constitucional respetuosamente digo:

Que interpongo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, a que se refiere el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República (en adelante, indistintamente, Constitución o CPR), con el objeto de que SS., Excmo. Tribunal Constitucional resuelva se ha precepto legal que se señala más adelante y que se impugna en este escrito, resulta inaplicable en la gestión judicial que se individualizará, toda vez que la aplicación que de ellos se ha efectuado resultara contraria a la Constitución.

En particular se solicita se declare la inaplicabilidad al caso concreto del inciso segundo del artículo 4 y de los incisos 5°, 6° a 7° del artículo 162 todos del Código del Trabajo (en adelante, indistintamente el “CT”) que, en lo pertinente, dispone:

Artículo 4 inciso segundo: *“Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.*

Artículo 162

Inciso 5to: *“Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el **empleador** le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el integro de dichas cotizaciones*



previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.

***Inciso 6to:** Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago.*

***Inciso 7mo:** Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador. No será exigible esta obligación del empleador cuando el monto adeudado por concepto de imposiciones morosas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales, y siempre que dicho monto sea pagado por el empleador dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la notificación de la respectiva demanda.”*

Que, el requerimiento que se pasa a desarrollar en esta presentación se solicita en relación con la causa **RIT O-7582-2021**, caratulada “----”, seguida ante el **Segundo Juzgado de letras del Trabajo de Santiago**. Posteriormente a través de un recurso de Nulidad interpuesto por esta parte, está actualmente conociendo **la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol 3520-2022 de la secretaria Laboral-Cobranza, el cual se encuentra en estado de acuerdo.**

La aplicación de las normas transcritas en contra de mi representada, quien no tiene relación laboral alguna con el demandante y por ende no tiene la calidad de empleador o ex empleador respecto de aquel, en dicha gestión resulta contraria a la Constitución Política de la República, en conformidad a los fundamentos de hecho y de derecho que paso a exponer a continuación.

1. Requisitos de admisión a trámite y admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

El requerimiento cumple con los requisitos exigidos para ser admitido a trámite, decretar su admisibilidad y ser acogido definitiva, establecidos por el artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental y por la Ley N° 17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, (LOCTC) en su texto refundido, coordinado y sistematizado, como se explica a continuación:

a. Existencia de una gestión pendiente

En este caso concreto y según da cuenta en certificado al efecto, de la existencia de la causa **RIT O-7582-2021, caratulada “----”, seguida ante el Segundo Juzgado de letras del Trabajo de Santiago. Posteriormente a través de un recurso de Nulidad interpuesto por esta parte, está actualmente conociendo la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol 3520-2022 de la secretaria Laboral-Cobranza, el cual se encuentra en estado de acuerdo.**

En este proceso, mi representada, así como lo certifica el atestado emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de gestión pendiente y que adjunto a esta presentación, es una de las partes demandadas cumpliendo con ello con los artículos 79, 80 y 84 de la Ley Orgánica Constitucional de este Excelentísimo Tribunal, en adelante LOCTC.

b. Requerimiento interpuesto por persona legitimada activamente

Consta del certificado acompañado en el segundo otrosí que, en la gestión pendiente indicada en punto anterior, **mi representada tiene la calidad de parte demandada**, el documento también consigna el nombre y domicilio procesal de mi mandante en dicha gestión.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental y en el artículo 79, 80 y 84 de la LOCTC **mi representada tiene la calidad de legitimado activo para interponer la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.**

c. No existe idéntico vicio reclamado en controles preventivos o represivos de constitucionalidad ante SS. Excelentísimo respecto de los preceptos legales impugnados.

Sin perjuicio de que respecto el precepto legal impugnado en **el inciso segundo artículo 4 del CT** existen los requerimientos rol 1971-11 y 12483-21 que fueron rechazados, estos se fundaron en vicios totalmente distintos a los alegados en esta oportunidad.

En el primer caso del 2011 su Excelentísimo Tribunal realizó una admisibilidad parcial, esto es, declaró inadmisibile el requerimiento respecto del artículo 4 del CT, y solo lo declaró admisible respecto de los artículos 292 del CT y 238 del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto, queda totalmente descartado.

En el segundo caso del 2021, sin perjuicio de ser impugnado el artículo 4 del CT, se impugno inciso diverso al que se impugna en esta causa. En efecto se impugno el inciso final y no el segundo del artículo 4 del CT como ocurre en este requerimiento.

A su turno, a modo ejemplar, los requerimientos recientes de roles 13.898-22 y 13.973 patrocinados por el abogado que suscribe esta presentación, contra el **artículo 162 del CT** no se sustentaban en los mismos vicios, y además, estaban las gestiones pendientes, en una **etapa de ejecución de sentencia**, razón por la cual fueron declarados inadmisibles con 3 votos a favor de dicha inadmisibilidad y 2 en contra, por cuanto **se consideró en dichos requerimientos, que al estar en una etapa de cumplimiento de sentencia el precepto legal dejaba de tener la característica de decisorio litis.**

En este caso actual, dicha situación es diversa, pues la gestión pendiente está en **etapa declarativa** sin que se dicte sentencia de termino aun, por cuanto no está iniciada la etapa de ejecución, ergo, el precepto es totalmente decisivo en la gestión pendiente y por ende el vicio sería distinto, en esta oportunidad.

A mayor abundamiento existen, requerimientos acogidos en contra de del precepto legal impugnado y contenido en el artículo 162 del CT en los roles de este Excelentísimo Tribunal

número 5822-18, 5151-18, 6166-19, 6167-19, 6879-19, 6469-19, 5679-19, 9040-20, 8990-20, 7400-19, 5152-18, 8907-20 entre otros.

Por último, no existen controles preventivos con vicios idénticos a saber, respecto de los preceptos legales impugnados.

d. Preceptos legales impugnado tienen rango legal. Característica decisoria litis.

El rango legal de los preceptos imputados es evidente, no mereciendo mayores reparos este punto, dado que se trata de del inciso segundo del artículo 4 e incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 162 todos del Código del Trabajo los cuales han sido íntegramente transcritos en la primera página de este requerimiento, cuya transcripción damos por reproducida en esta parte, por razones de economía procesal. Estas normas jurídicas fueron debidamente publicada, promulgadas y se encuentra totalmente vigentes.

Es de conocida aplicación que el precepto legal impugnado debe cumplir con el requisito de ostentar jurídicamente dicho rango normativo, es decir, ser Ley de la Republica. Nuestro Código Civil define en su artículo 1 a la Ley señalando:

“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”

Por lo tanto, toda norma que ha transitado por el camino impuesto por las normas relativa a la formación de Ley de nuestra constitución, son ley al menos formalmente.

Dichas normas de rango legal, según se explicará, de aplicarse para resolver la gestión pendiente, producirá en ella efectos contrarios a la Constitución, pues su aplicación genera una desproporción enorme, vulnera la legalidad, la igualdad ante la ley, libertad contractual laboral y el contenido esencial de los derechos, la libertad contractual y el derecho de propiedad por lo que se hace necesaria su declaración de inaplicabilidad, en este caso concreto ya que incide de **manera decisiva** en la resolución de esta.

En el caso de la gestión pendiente, como se advierte de la sola lectura de las normas legales objetadas, constituyen derecho aplicable en la materia e inciden en la resolución del juez laboral del caso concreto y de los tribunales colegiados que han conocido del proceso al efecto.

Tanto es así, **SS., EXCMO.**, que **su declaración de inaplicabilidad es decisiva** para restaurar las normas constitucionales conculcadas, pues, es la única vía para que el Juez no pueda aplicar el precepto legal erróneamente interpretado y aplicado, y con ello aplique las normas legales a mi representada que no conculcan a la Constitución.

En suma, **SS., EXCMO.**, su control concreto, ex post y represivo de constitucionalidad es necesario y vital su declaración de inaplicabilidad, para resguardar la Constitucionalidad y su principio de Supremacía.

2. Antecedentes de la gestión pendiente

a. Proceso declarativo en el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago rit O-7582-2021

SS., EXCMO., la gestión pendiente tiene su génesis en una demanda de naturaleza laboral interpuesta ante el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, por don ---en contra de las demandadas 1) Restaurant ----.; y en contra de 2) ----., esta última mi representada.

La demanda solicita declarara un despido indirecto y condenar a las demandadas de manera solidaria, por constituir ambas una unidad económica de acuerdo con el artículo 3, en subsidio por existir subterfugio entre ambas de acuerdo con el artículo 570, y en subsidio, por existir continuidad laboral de acuerdo con el artículo 4 todos del Código del Trabajo.

La demanda se fundamenta en un auto despido generado por el don --- quien se desempeñaba como aseo en el Restaurant ---- ubicado en la calle Isidora Goyenechea número --- de la comuna de las Condes, sustentado en eventuales incumplimientos graves a las obligaciones que impone el contrato de trabajo, específicamente no otorgar el trabajo convenido y no pagar remuneraciones, ni cotizaciones desde el 7 de octubre de 2021. Y decide auto despedirse el día 15 de diciembre de 2021. Indica además textualmente que se le indico que por pandemia no vuelva a trabajar, todo ello, verbalmente por don ---- representante de Restaurante ---, el día 1 de septiembre de 2020.

Mi representada se defendió oponiendo excepciones de falta de legitimidad pasiva e inexistencia de relación laboral, de unidad económica, de subterfugio y de continuidad laboral. Indicando que compro el establecimiento comercial denominado restaurante --- y que opero con la continuidad laboral, respecto de los trabajadores que efectivamente prestaron servicios en el restaurant, pero no con respecto a trabajadores que nunca, asistieron ni prestaron servicios para mi representada tal como lo exige el artículo 4 del CT al indicar que la continuidad es también exigible al trabajador pues sus obligaciones siguen subsistentes, además la Sociedad principal demandada Restaurante Isidora Premium Limitada, sigue teniendo existencia y no ha finiquitado al demandante por lo tanto, es esa la responsable de sus trabajadores.

Pues jamás mi representada ha contratado al demandante de la gestión pendiente y tampoco este ha prestado servicios a mi representada, si lo hizo respecto de la demandada principal Restaurant Isidora Premium Ltda.

El actor nunca presto servicios para mi representada, pues estuvo con suspensión laboral por pandemia respecto de su ex empleador quien vendió el restaurant a mi representada el día 18 de junio de 2021 sin vender la personalidad jurídica, pues dicha sociedad principalmente demandada sigue existiendo, solo se vendió un activo de dicha sociedad, y además sin que concurriera a prestar servicios el trabajador, sino hasta el 7 de octubre de 2021. Haciendo imposible aplicar el artículo 4 del CT por cuanto dicho artículo opera por continuidad laboral y para trabajadores que siguen prestando servicios para el nuevo propietario, poseedor o mero tenedor de

la empresa trasferida y en caso de que su primer empleador ya no siguiera existiendo y es esta la aplicación, correcta y no aquella que aplica dicha institución jurídica al caso de la gestión pendiente y que transgrede la constitución que incoamos en reclamar ante SS., Excmo.

La sentencia de la Jueza de Letras del Trabajo doña María teresa Quiroz Alvarado de fecha 25 de octubre de 2022 rit O-7582-2021 del Segundo Juzgado de Letras de Santiago, rechazo las solicitudes de declaración de Unidad Económica de acuerdo con el artículo 3 y la declaración de existencia de subterfugio de acuerdo con el artículo 507 ambos del CT. Sin embargo, llego a la conclusión jurídica de que existía continuidad laboral de acuerdo con el artículo 4 inciso segundo del CT y condeno solidariamente al verdadero ex empleador y a mi representada a:

- Se declara que ---- se auto despidió justificadamente el día 6 de diciembre de 2021 y que se **condena únicamente** a ---- por ser continuadora legal, mi representada;
- Que se condena al pago de indemnización sustitutiva previa;
- Que se condena al pago de indemnización por años de servicio;
- Que se condena al pago del incremento legal del 50%;
- Que se condena al pago de feriado;
- Que se condena al pago de remuneraciones de septiembre, octubre, noviembre días de diciembre de 2021;
- Que se condena a las remuneraciones post auto despido por efecto de la nulidad del auto despido;
- Intereses y reajustes;
- Que cada parte pagara sus costas.

b. Recurso de nulidad y conocimiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago rol 3520-2022 secretaria Laboral.

En contra de la sentencia reseñada esta parte presento en tiempo y forma recurso de nulidad, rol 3520-2022 secretaria Laboral de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

Dicho recurso esta actualmente en estado de acuerdo, y con la vista de la causa ya efectuada.

SS., EXCMO., como puede rápidamente apreciarse la aplicación concreta del artículo 4 del Código del Trabajo a la gestión pendiente ha sido, declarar la continuación laboral entre la trabajadora y el primer empleador con el segundo empleador, aun cuando, la empresa primitiva aún existe y además dicho trabajador nunca haya prestado servicios para el continuador legal, lo que según esta defensa produce efectos inconstitucionales que se explicaran en los capítulos siguientes.

Es más, SS., Excmo. mi representada adquirió de Restaurante Isidora Premium Limitada el establecimiento de comercio denominado Restaurante --- ubicado en Isidora Goyenechea número ---- comuna de las Condes, durante pandemia, y que constituye un activo dentro de su patrimonio, por lo que su persona jurídica sigue existiendo

y sus trabajadores estaban suspendidos y mi representada, es continuador legal, respecto de todo el personal que siguió prestando servicios efectivos para mi representada, tal como lo establece el artículo 4 del CT lo cual es evidentemente constitucional, pero no puede llegarse a la misma conclusión respecto de trabajadores que nunca asistieron a trabajar, ni a prestar servicios para mi representada, y por el hecho de que el ex empleador no los haya finiquitado, se sancione a mi representada haciéndole responsable de prestaciones que nunca se devengaron a su respecto, simplemente porque el actor nunca prestó servicios para ella.

Lo **mismo ocurre con el artículo 162 del CT también impugnado, y sin adelantarnos a los argumentos de fondo del presente requerimiento, es dable solo indicar por ahora, que la interpretación del artículo 162 incisos 5, 6 y 7 del CT que se ha aplicado en la gestión pendiente implica aplicar una sanción a una persona jurídica que nunca estuvo en posición de cometer la conducta necesaria para evitar la sanción de la nulidad del despido,** lo que es totalmente ilógico e inconstitucional. Entre otras razones es por ello, que se requiere de su declaración de inaplicabilidad en estos autos.

En efecto, sendos fallos de tribunales Superiores han indicado que la nulidad del despido es una sanción que como tal observa criterios de interpretación restrictivos, de acuerdo con las garantías constitucionales sancionatoria penales como se desarrollara, que son la *lex praevia, lex stricta y lex scripta*.

Por ende, **la aplicación correcta y constitucional de la norma como se explicará latamente, tendrá como conclusión la no comunicabilidad de dicha sanción al continuador legal, menos aun cuando el extrabajador jamás ha prestado servicios para dicho continuador.**

3. Como la aplicación concreta del precepto legal impugnado en la gestión pendiente concreta es contraria a la Constitución. Respecto del artículo 4 inciso 2do del CT. Imposición de obligaciones no consensuadas.

SS., Excmo. El precepto legal impugnado establece. Artículo 4 inciso segundo: “*Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.*”

Esta norma laboral, tiene su **ratio lege** en proteger al trabajador que sigue prestando servicios en su calidad de tal, de cambios en la propiedad, mera tenencia o posesión de una empresa aplicando una intangibilidad contractual a sus derechos y la vigencia de estos respecto del nuevo dueño, poseedor o mero tenedor de la empresa, quien será su nuevo empleador y por otro lado **el trabajador no vera alterada su obligación de asistir a trabajar y prestar sus servicios, solo en este caso se justifica esta protección,** la cual, **no fue pensada para trabajadores que, luego de producirse el cambio en la propiedad, posesión o mera tenencia de la empresa no prestan servicios al empleador nuevo,** como se ha aplicado en el caso concreto y lo cierto que esta aplicación produce una serie de conculcaciones constitucionales, entre ellas, a la libertad

contractual, el principio de legalidad, derecho de propiedad, pues se obliga a pagar al empleador nuevo por servicios jamás prestados, lo cual además produce un total enriquecimiento sin causa, respecto del trabajador y también respecto del antiguo empleador, quien si está obligado a hacer frente a las obligaciones laborales de los trabajadores que ha decidido contratar y que si han prestado servicios efectivos.

El principio de la autonomía de la voluntad se ve seriamente conculcado al crear obligaciones no consensuadas respecto de mi representada, esta autonomía se ve especificada en la libertad contractual la cual si está protegida por la constitución respecto de las partes en un contrato. En efecto, la libertad contractual se despliega en todo el iter contractual, y por ende permite decidir libremente qué, cómo, con quién y cuándo contratar, es decir, una persona debe expresar su voluntad en dicho sentido de manera expresa o tacita, esto último, ocurre con el artículo 4 del CT impugnado **siempre y cuando el trabajador siga prestando efectivamente sus servicios.** Dicha libertad, está asegurada de manera clara en la Constitución, específicamente en el artículo 1 y 19 números 16, 21 y 23 de la Constitución Política de la República.¹

El fundamento del artículo 4 inciso segundo del CT como se viene diciendo, está dado, mientras el trabajador siga prestando servicios, en ningún caso está previsto para casos en que el trabajador no presta servicios, para el nuevo dueño. El consentimiento del nuevo empleador a respetar los derechos laborales, la vigencia de los mismos, los años de antigüedad, **está dado precisamente con la condición que se produzca una continuidad laboral efectiva, es decir,** que el trabajador continúe prestando servicios y cumpliendo sus obligaciones laborales con el nuevo empleador, y en dicho caso no es inconstitucional, por cuanto, la libertad de contratar no se ve conculcada pues el nuevo empleador consiente en ello, y no en estar obligado a pagar servicios u obligaciones laborales o previsionales respecto de trabajadores que nunca trabajaron o prestaron sus servicios.

4. Como la aplicación concreta del precepto legal impugnado en la gestión pendiente concreta es contraria a la Constitución. Respecto del artículo 162 incisos 5to, 6to y 7mo del CT

La aplicación que se ha dado del **del artículo 162 incisos 5to, 6to y 7mo del CT** a la gestión pendiente, vulnera el principio legalidad, libertad contractual laboral, de proporcionalidad de las sanciones, de seguridad jurídica y el Derecho de Propiedad, todo ello consagrado en la Constitución Política de la República, lo que genera como consecuencia un resultado contrario a la carta fundamental como se expondrá en los acápites siguientes.

La imposición de una sanción desproporcionada, esto es, que no guarda relación con la conducta a partir de la cual se impone, o que no encuentra una justificación suficiente en los hechos específicos que se invocan para aplicarla, constituye un tratamiento arbitrario respecto de aquella persona que debe soportarla.

¹ Tapia R, Mauricio. En *“Decadencia y resurgimiento de los principios originales del Código Civil”* artículo publicado en *“Estudios de Derecho Civil”* Tomo I, AbeledoPerrot. 1° ed. 2011 Pag. 27.

En este sentido, al exigir que toda sanción que se aplique guarde un cierto equilibrio con el comportamiento en virtud del cual se la justifica, el Principio de Proporcionalidad viene a hacer efectivos los contenidos de la prohibición de la discriminación arbitraria, al impedir que la actividad punitiva adopte tal carácter al ser ejercida.

Por lo anterior, al aplicar una sanción desproporcionada no sólo se está vulnerando un principio general de Derecho -el de Proporcionalidad de las sanciones-, sino que se está afectando la garantía constitucional de la no discriminación arbitraria consagrada en el inciso 2° del N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, cabe tener presente que se ha entendido de manera uniforme que la vulneración del Principio de Proporcionalidad de las sanciones constituye, asimismo, una vulneración del debido proceso, consagrado como garantía constitucional en el N° 3° del artículo 19 de la carta fundamental.

Así, la Jurisprudencia ha señalado que el derecho a un procedimiento justo y racional comprende elementos sustantivos, como es garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada.

La conclusión ineludible de lo señalado consiste en establecer que aplicar una sanción, como ciertamente es la contemplada en el artículo 162 del Código del Trabajo, sin respetar el Principio de Proporcionalidad, se vulneran las garantías del N°2 y 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en los términos expresados.

Sobre el particular, cabe señalar, que la denominada "nulidad del despido" no es una nulidad propiamente tal entendida como sanción civil, **sino que se trata precisamente de una sanción.**

En este sentido, **la Excm. Corte Suprema ha señalado que "la sanción de nulidad del despido tiene como fundamento la integridad previsional de los trabajadores", y al determinar, más adelante que "cuando el trabajador ejerce la acción destinada a sancionar al empleador (...) si el empleador infringió la normativa previsional corresponde imponerle la sanción que contempla el artículo 162, inciso 5°, del Código del Trabajo" (Excm. Corte Suprema Rol N° 41.846-17).**

Y, en los términos que se encuentra configurada esta sanción, las atribuciones de los Tribunales de Justicia, se encuentran absolutamente mermadas ya que la referida sanción opera, sin que los tribunales puedan graduarla, ni limitarla. El mecanismo sancionatorio continúa operando de manera ilimitada en el tiempo, sin consideración alguna al hecho de que la actora no **está desarrollando ya trabajo alguno para su ex empleador,** o bien, se encuentra contratado o desarrollando funciones para un nuevo empleador, y máxime cuando no ha prestado nunca servicios como sucedió para con mi representada.

Por lo anterior, el rol del juez frente al proceso sancionatorio, que apunta precisamente a garantizar la proporción o equilibrio entre la conducta que se imputa o reprocha y la dimensión específica del castigo concreto que se impone, queda eliminado por el Legislador.

Dicho lo anterior, cabe indicar la forma en que, la aplicación de la referida sanción -y por ende los preceptos impugnados- al caso concreto resulta vulnerador del Principio de Proporcionalidad y del Debido Proceso, en referencia.

Adicionalmente, de acuerdo con los criterios ya fijados por esta magistratura, se infringe sin duda el Principio de Igualdad ante la Ley, en la medida que, por las circunstancias expuestas, no se cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y tolerabilidad al aplicar la sanción en cuestión al caso concreto, lo que redundará nuevamente en la afectación al Principio de Proporcionalidad ya desarrollado.

De hecho, en la práctica se ha castigado más a mi representada que nunca tuvo relación laboral consentida con la actora de la gestión pendiente, que a la persona jurídica que, si la tuvo en los hechos, pues esta fue liberada de las costas por no defenderse y mi representada condenada en costas por defenderse, cuestión insólita a parecer de esta parte.

En suma, SS EXCMO., la aplicación concreta de los preceptos legales impugnados se manifiesta en que no se hace ninguna distinción, respecto de mi representada, a hacerla responsable de una sanción, por un hecho que no cometió, ni estuvo en posición de cometer por cuanto no era empleador, por ende mal podría haber retenido y pagado las cotizaciones en circunstancias, que mi representada se le aplica inconstitucionalmente el precepto legal impugnado de manera totalmente ilimitada, todo ello en contra de la propia jurisprudencia de este Tribunal (*Sentencia rol 10.640-21 INA de 14 de octubre de 2021*) y ello produce las conculcaciones constitucionales que se explicaran.

Nuestro ordenamiento constitucional es claro al exigir, para efectos de aplicar e interpretar una norma sancionatoria, como es el artículo 162 del CT en sus incisos 5to, 6to y 7mo que debe imponerse, respetando el principio de tipicidad y legalidad, y de la **lex praevia, lex stricta y lex scripta**.

La sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, recaída en la gestión pendiente, aplican el artículo 162 del CT sin considerar **que mi representada nunca durante la relación laboral entre la actora y la demandada Restaurante ----, estuvo en condiciones de retener, declarar y pagar las cotizaciones previsionales del actor por ende, nunca pudo cometer, el tipo o conducta sancionada en el artículo 162 incisos 5to, 6to y 7mo del CT.**

Lo cual, escapa totalmente de la exigencia que para aplicar sanciones, se debe tratar de una conducta que este previamente establecida en la ley mediante un tipo que establezca un sujeto activo (en este caso el empleador, que mi representada nunca lo fue en la realidad, solo por ficción legal) y el verbo rector de la conducta.

Tampoco cumple con el requisito, de no extender la aplicación del tipo (entre ellos el sujeto que puede cometer el tipo) a otras hipótesis no contempladas, en el tipo.

En suma, estas aplicaciones de los preceptos legales impugnados de manera aislada producen las conculcaciones constitucionales que en los capítulos siguientes analizaremos.

5. Normas constitucionales vulneradas por la aplicación concreta y errada en la gestión pendiente de los preceptos legales impugnados

Como se ha venido desarrollando, resulta ser que la aplicación las normas impugnadas **produce un efecto y aplicación a la gestión pendiente no querido por la Constitución:** afectar la libertad contractual general y laboral, el derecho de propiedad, la igualdad ante la ley, de legalidad y la proporcionalidad de las sanciones y la esencia de los derechos y la seguridad jurídica.

a. Libertad Contractual laboral. Artículos 1, 19 números 16, 21 y 23 de la Constitución.

Como se adelanto es una especificidad de las libertades económicas garantizadas en la Constitución en su artículo 1 y 19 números 16, 21 y 23 de la Constitución.

“Artículo 1º. - Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Artículo 19 La Constitución asegura a todas las personas:

16. La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

21. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen;

23. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.”

Indudablemente que la función social del contrato de trabajo es la cooperación mutua entre empleadores y trabajadores, mediante la contratación de servicios y como contraprestación el pago de una remuneración, dicha contractualidad se hace bajo los principios generales de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, y solo excepcionalmente se aplican ficciones legales que suplen la falta de acuerdo contractual, y previo requisitos taxativos.

Es evidente que la libertad contractual incluye, que contratar, como contratar y con quien contratar, es decir incluye la libertad *ab initio*, ello en materia laboral tiene sus excepción por cuanto, para preservar precisamente la conmutatividad de las partes, se toma como herramienta un tipo contractual denominado dirigido, esto es que establece mínimos para la parte más débil de la contratación, por debajo de los cuales no puede contratarse al darles la naturaleza de irrenunciables,

pero esto, lejos de afectar la libertad contractual laboral la fortalece pues, pone en un plano de igualdad a las partes.

Es por ello, que la norma legal impugnada contenida en el inciso segundo del artículo 3 del CT que contempla la continuidad laboral, establece que los trabajadores seguirán teniendo vigentes sus derechos laborales, previsionales, su antigüedad y también su obligación de prestar servicios, aun cuando, la titularidad de la propiedad, posesión o mera tenencia de la empresa en la que presten servicios cambie.

Es decir, este precepto se aplica aun cuando no exista acuerdo formal y expreso entre trabajador y nuevo empleador en el sentido, de crear un vínculo laboral, es un verdadero consentimiento tácito, y como tal solo produce efectos cuando existen hechos inequívocos en dirección a ese consentimiento y esos hechos inequívocos son:

- Por parte del trabajador, prestar efectivamente sus servicios al nuevo empleador, en este caso el actor de la gestión pendiente, prestaba servicios de aseo, que nunca presto para mi representada, pues nunca se presentó a trabajar para ella; y
- Por parte del empleador, cumplir con sus contraprestaciones de pago de remuneración y cotizaciones, que tienen como causa la primera prestación de servicios.

Es un caso parecido a la institución civil denominada tacita reconducción, propia de los contratos de tracto sucesivo, como el de arrendamiento de servicios inmateriales, el cual, es muy similar al contrato de trabajo en sus elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales. Es decir, el contrato sigue en vigencia o continua, porque existen hechos inequívocos de seguir ejecutándolo ambas partes, pero si estos actos no están presentes no se aplica dicha ficción legal de manera automática.

Respecto del precepto legal impugnado tanto el inciso segundo del artículo 4 como los incisos 5, 6 y 7 del artículo 162 ambos del CT, pugnan con la libertad contractual laboral, sometiendo a mi representada a tener obligaciones laborales y previsionales con quien no existe contrato previo, pues se trata de un trabajador de otro empleador, y sin siquiera darse las condiciones fácticas para que estas excepciones a la contractualidad operen, que es el presupuesto básico que el trabajador preste servicios, esto es, trabaje efectiva y realmente para el nuevo empleador y propietario de la empresa, que es la base para aplicar los preceptos legales impugnados, lo dicho ha sido declarado por esta Magistratura de la siguiente manera:

Sentencia Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol 10.640-21-INA de 14 de octubre de 2021. Considerando “*Quinto: Que el instituto contemplado en el inciso quinto parte final del artículo en cuestión, establece una especie de nulidad del despido que, en todo caso no conlleva el reintegro del trabajador a sus funciones, pues, él no requiere cumplir con la obligación principal de asistencia, sino que produce una suspensión del término al contrato. Dicho de otro modo, **la norma no tiene como objetivo extender ad infinitum la relación laboral, menos aún***”

sin el consentimiento de las partes y, particularmente, cuanto esta ha terminado por causas legales.”

b. Derecho de Propiedad. Enriquecimiento sin causa. Artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la Republica.

El derecho de propiedad se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 19 numero 24 además de estar consagrado en buena parte del derecho constitucional supranacional sobre derechos humanos como el pacto de San José de Costa Rica, la declaración de Derechos del Hombre entre otros, y protege esencialmente el fruto del esfuerzo de las personas, mediante el derecho de propiedad que es la facultad que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

La propiedad se expresa sobre cosas corporales y sobre cosas incorporeales, llamadas también derechos y acciones. Como parte de este reconocimiento, se reconoce desde el Derecho Romano, como atributo de la personalidad, el patrimonio, que está constituido por una universalidad jurídica de derecho, que tiene como componentes al activo o derechos y al pasivo u obligaciones.

En este sentido, las personas pueden obligarse voluntariamente, disminuyendo proporcionalmente así, sus derechos o activo, lo que equivale a disminuir su propiedad o patrimonio neto.

Por lo tanto, la imposición de obligaciones afecta al derecho de propiedad entendido este, como derecho real que esta por sobre, cosas corporales o incorporeales entre ellos, dineros que sirven en el caso de marras, como único medio de pago para las obligaciones a las cuales ha sido obligada mi representada. En este sentido la imposición de obligaciones pecuniarias con el actor, que es un trabajador que nunca presto servicios para mi representada, produce efectivamente un empobrecimiento sin causa para mi representada y un enriquecimiento sin causa por parte del ex trabajador de Restaurante ----.

En efecto, buena parte de la doctrina indica que nuestro derecho permite el enriquecimiento aun cuando muchas veces sea a costa del empobrecimiento de uno de los patrimonios de los contratantes, siempre que tenga un antecedente o causa o título legitimo como una compraventa o una donación o en este caso la continuidad laboral siempre que por un lado se hayan prestado los servicios laborales contratados.

Cuando **este título no existe la persona pagará lo que no debe y se empobrecerá en su propiedad** y la persona quien recibe el pago se enriquecerá sin causa, por esto es que el ordenamiento jurídico contempla una acción de repetir lo pagado injustamente a la víctima la cual se denomina *actio in rem verso* en materias civiles.

Las condiciones para que se dé el enriquecimiento sin causa son:

- Que una persona se haya enriquecido;
- Que haya un empobrecimiento correlativo de otra; y

- Que el enriquecimiento sea injusto, ilegítimo o sin causa.

El empobrecimiento correlativo, que sufre mi representada por la aplicación de los preceptos impugnados, es el empobrecimiento que debe ser causa directa e inmediata del enriquecimiento de la otra parte. Igualmente se verá empobrecido quien presta servicios y no es remunerado o quien remunera a pesar de no haber recibido la prestación de servicios.

c. Principio de proporcionalidad derivado de la igualdad ante la ley.

En primer término, el contenido del derecho a la igualdad ante la Ley se encuentra establecido en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República que establece:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

La doctrina ha definido la igualdad ante la ley como: *“el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de raza, nacionalidad, sexo, profesión, actividad u oficio y del grupo, sector social o categoría económica a que pertenezca.”*²

Según la jurisprudencia asentada de este EXCMO. Tribunal la igualdad ante la ley -como derecho fundamental consagrado en el N° 2 del artículo 19 de la CPR-, consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes.

*De esta manera, no se trata por supuesto de una igualdad absoluta, sino que resulta necesario que las normas jurídicas han de aplicarse en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición.*³

Conforme a lo anterior el juicio de igualdad encierra en sí la posibilidad de que una ley diferencie, de forma objetiva, su aplicación respecto al destinatario de la norma. En ese sentido, el ordenamiento jurídico constitucional chileno permite una diferenciación legislativa, siempre y cuando, dicha diferenciación obedezca a fines objetivos y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de arbitrariedad. Así lo ha señalado expresamente este EXCMO. Tribunal de la forma siguiente:

² **EVANS DE LA CUADRA**, Enrique, Los Derechos Constitucionales, Santiago, 1999, Editorial Jurídica de Chile, 2° Edición, Tomo 2, Pag. 125.

³ Fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de fecha 20 de diciembre de 2007, dictada en los autos Rol N°784-2007. En el mismo sentido, fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de fecha 29 de julio de 2009, dictada en los autos Rol N°1254-2008.

“De este modo, resulta esencial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por ley, su finalidad y los derechos del afectado, que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación.”⁴

Que, a partir de lo señalado, se desprende que el derecho a la igualdad ante la ley no tiene como corolario que la ley se aplique “a secas” sin distinguir el destinatario de la norma.

Esto en el caso sub-lite es muy relevante, toda vez que mi representada Servicios Gastronómicos Los Otros SpA ni siquiera fue la empleadora del trabajador que demandó en la gestión pendiente, este nunca prestó servicios para ella tampoco.

Mi representada **SS. EXCMO.**, es la que hoy está siendo condenada únicamente, respecto de los efectos de una conducta ilícita que no cometió, cual es no declarar, retener y pagar las cotizaciones del actor, que el sujeto activo únicamente puede ser el empleador, y que por lo tanto la sanción emanada de dicha conducta únicamente debe pesarle a este, **quien no fue condenado**, y no debe comunicar a terceros, por la naturaleza punitiva de la nulidad del despido, máxime cuando la continuidad laboral, no se dio en los hechos por cuanto, el trabajador nunca prestó servicios para mi representada y su empleadora no dejó de existir pues solo vendió y transfirió un activo de su patrimonio sin extinguirse como persona jurídica y empresa.

En el caso concreto como latamente se ha razonado, se han aplicado los preceptos legales impugnados sin ninguna distinción entre los demandados, en circunstancias de que existen hechos, que establecen con una claridad meridiana, que mi representada o no debe soportar los efectos de un ilícito que no cometió, no puede ser que resulte más gravosamente sancionada, que el propio autor del ilícito laboral de no pago de cotizaciones previsionales.

Por el contrario, **resulta intrínseco a la garantía fundamental que se aplique de forma diferenciada**, teniendo en consideración las características particulares de los destinatarios de la norma.

El principio de proporcionalidad como criterio que permite evaluar la diferenciación del destinatario de la norma. Así también lo ha entendido la jurisprudencia constitucional sobre la materia y en ese sentido, el su Excelentísimo Tribunal ha argumentado que las normas jurídicas deben ser vistas, analizadas y ponderadas en base al principio de proporcionalidad que se colige del principio de igualdad.

Así, por ejemplo, en una sentencia del año 2008, su **SS. EXCMO.**, Tribunal Constitucional dispuso que:

“Si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para

⁴ Fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de fecha 13 de septiembre de 2012, dictada en los autos Rol N°1951-2011.

*alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones-proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes (...)*⁵

El principio de proporcionalidad, según el célebre constitucionalista alemán, Robert Alexy, es base del juicio de ponderación, **herramienta propia del derecho que tiene por objeto regular y dar una respuesta a las colisiones de derechos fundamentales y principios.**

Este juicio puede ser explicado mediante la simple fórmula de la denominada ley de ponderación: *“cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*⁶ A su vez, el juicio de ponderación, entre otros, con el principio de la proporcionalidad en sentido estricto, según Alexi.

Así, se refiere Alexi al estándar de proporcionalidad, que contiene etapas o pruebas de razonabilidad, que revisaremos brevemente a continuación:

- **El primer test o prueba de idoneidad busca establecer que la medida sea idónea o apta para alcanzar el fin perseguido por el legislador.** En este caso, lo que se mide es la relación de medio-fin entre la norma jurídica y la finalidad perseguida por el legislador. En este sentido la ratio lege de la continuidad laboral y para la nulidad del despido es proteger trabajadores que efectivamente han prestado servicios, en el primer caso, y en contra de empleadores negligentes en el pago de la seguridad social del trabajador, en el segundo.
- **El segundo test o prueba de necesidad,** esta algo más vinculado al caso concreto, persigue establecer que la medida sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa menos gravosa o invasiva, de los derechos fundamentales; y
- Por último, **el tercer test o prueba de proporcionalidad en sentido estricto persigue dirimir que la medida sea racional, no desproporcionada, y que se pueda justificar tanto en su objetivo como en sus efectos.**

El objetivo del legislador, el cual emana de la sola lectura del artículo 4 y 162 del Código del Trabajo es proteger al trabajador que presta servicios, de los cambios en la propiedad de la empresa y sancionar al empleador cuando al proceder al despido de un trabajador no había cumplido íntegramente con su obligación de contenido previsional, respectivamente.

Esto último es, el retener, declarar y pagar los haberes legales por concepto de previsión de salud, cesantía, pensiones, seguros y todos aquellos que manda la ley con dicha calidad y enterarlos en el instituto previsional correspondiente. De la sola lectura de la norma y de la revisión de la historia fidedigna de la norma en cuestión, que recuerda con el nombre de “Ley Bustos”, su

⁵ Fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de fecha 28 de agosto de 2008, dictada en los autos Rol N°1061-2008.

⁶ Alexy, Robert. Teoría del discurso y derechos fundamentales. Fontamara. Madrid (1999). p. 78

origen y fundamento es la sanción para el empleador que se “hizo fuerte” o se enriqueció con los valores que le descontó de sus remuneraciones a un trabajador y que luego, no entero a los institutos previsionales. De ello obviamente se desprende la gravedad pues, como vemos deslinda con una conducta penal, denominada de la apropiación indebida. Y en el caso de marras el único empleador que “se hizo fuerte” o se benefició, fue restaurante ----., pues no declaro ni pago las cotizaciones, de trabajadores que estaban a su disposición para prestar servicios, pero no respecto de mi representada que ningún servicio, le fue prestado.

La finalidad de la “Ley Bustos” es la que se ha señalado, no otra. Sin embargo, aplicando erróneamente el artículo 162 del Código del Trabajo al procedimiento donde incide la cuestión pendiente aplicando una sanción a un sujeto activo que no cometió el ilícito, ni estuvo en una posibilidad de hacerlo, pues no fue empleador durante la relación laboral, lo que no resguarda la igualdad ante la ley.

Es decir, se utiliza artículo 162 del Código del Trabajo, para especular, que en el caso de que no existieran bienes en el patrimonio del verdadero empleador, este asegurado el pago en un segundo patrimonio de alguien que ni siquiera recibió los servicios del trabajador en cuestión menoscabando gravemente normas constitucionales, lo que, resulta en una infracción del principio de ponderación que se colige del principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la Republica.

d. Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, en especial de los denunciados como vulnerados en este requerimiento. Artículo 19 número 26 de la Constitución Política de la Republica

El artículo 19 N° 26 de la CPR dispone que:

“Artículo 19°. - La Constitución asegura a todas las personas:

26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

La norma constitucionalmente impone al legislador una limitación adicional a su función reguladora del ejercicio de los derechos fundamentales, la cual estrecha la competencia que, en este sentido, le ha conferido, consistente en el respeto que él debe a la esencia de los derechos y a su libre ejercicio.

Por ello, en cualquier caso, no puede llegarse, por esa vía normativa, a afectar la esencia del derecho ni impedir su libre ejercicio:

“Que desde temprano ha sido un desafío verificar en sede constitucional los alcances de lo que se ha denominado “el límite de la capacidad de limitar los derechos fundamentales”⁷

Nuestra Magistratura Nacional, siguiendo una sentencia del Tribunal Constitucional español, identificó los dos caminos de determinación del contenido esencial:

“Naturaleza jurídica: modo de concebir o configurar cada derecho. El contenido esencial de un derecho subjetivo lo constituyen aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Intereses jurídicamente protegidos; el núcleo y medida de los derechos esenciales los constituye aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resultan real, concreta y efectivamente protegidos. Se desconoce el contenido cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Estos intereses son los valores o bienes.”⁸

De otro lado, se puede observar que la aplicación efectuada de los artículos 3 de continuidad laboral y del artículo 162, inciso quinto al séptimo de nulidad del despido, ambos del Código Laboral, afecta al contenido esencial de los derechos constitucionales indicados en acápites precedentes y seguridad jurídica del mismo, del derecho a la y de propiedad que tiene mi representada sobre sus activos y bienes.

El **derecho a la seguridad jurídica** ha sido reconocido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como valor jurídico parte de los principios generales del derecho y, consecuentemente, de aplicación en las todas las ramas con una importancia trascendental, de hecho, considerado, como un fin en sí mismo del Derecho.

El contenido de dicho derecho dice relación con la previsibilidad y certeza respecto del ordenamiento jurídico que requieren los sujetos para desarrollar sus actividades y organizar sus conductas.

En el trámite judicial pendiente que funda este requerimiento, es evidente que aplica la continuidad laboral y la nulidad laboral respecto de un trabajador que jamás presto servicios a mi representada, es una aplicación automática, abstracta y de manera aislada, por ende, produce efectos inconstitucionales graves, entre ellos, lesionar gravemente el derecho de propiedad, libertad de contratación laboral, proporcionalidad sancionatoria, entre otros, establecidos en el artículo 1, 19 número 3, 16, 21, 23 y 24 de la CPR, por cuanto, no aplica armónicamente con un derecho básico de toda persona cual es verse obligado a través de su consentimiento expreso o tácito, pues el silencio no forma consentimiento en Chile, salvo contadísimas excepciones y que en este caso, no aplican.

⁷ Brage Camazano, Joaquín (2004), “Los límites a los derechos fundamentales”, Dykinson, Madrid).

⁸ Fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de fecha 13 de octubre de 2015, dictada en los autos Rol N°2.693-2014.

Al efecto, artículo 19 número 24 de la CPR reconoce:

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

Sobre este derecho a la propiedad, se ha expresado en doctrina: *“El ‘dominio’, que se llama también ‘propiedad’, es el derecho real que se tiene sobre una cosa corporal o incorporal, para usar, gozar y disponer de ella según lo resuelva su dueño, sin atentar contra la ley o el derecho ajeno (arts. 582 y 583 del Código Civil). La propiedad es el más amplio y completo de los derechos reales porque otorga a su titular la plenitud de las facultades que se puede tener sobre una cosa”.*

El tribunal al condenar a mi representado únicamente sin que el verdadero ex empleador fuera siquiera condenado, está afectando gravemente, la libertad contractual y además su derecho de propiedad, pues lo coloca en una posición de empobrecimiento sin causa, pues agrega pasivos a su patrimonio.

Al efecto, no solo se considera una afectación al derecho de propiedad una usurpación, un hurto, una expropiación sino también cercenar derechos legales que emanan de dicha garantía, como gravar con obligaciones sin título su patrimonio.

A este respecto, la doctrina y jurisprudencia constitucional han denominado esta hipótesis como las llamadas expropiaciones regulatorias que han sido definidas al efecto por SS. EXCMO de la siguiente forma:

“Las llamadas regulaciones expropiatorias toman forma cuando, al disciplinar o limitar el ejercicio de alguna actividad, un acto legal termina causando una privación total o parcial del dominio, sin expropiación propiamente tal.”⁹

Eso es lo que ocurre en la gestión pendiente, a través de querer regular el pago de las cotizaciones previsionales por parte del empleador directo y aplicar erradamente el artículo 4 y 162 del CT, se termina, privando parcialmente de las facultades del dominio, a mi representada.

6. Conclusiones sobre la inconstitucionalidad de la aplicación de los preceptos legales impugnados en el caso concreto de la gestión pendiente.

La primera de las conclusiones, que se muestra ilógico aplicar una continuidad laboral establecida en el artículo 4 inciso segundo del CT, en circunstancias que en el terreno de los hechos y concretamente el demandante no continuó prestando servicios para el nuevo propietario de la empresa, pues dicha aplicación es contraria a la razón y consecuentemente a la Constitución. Y además el empleador primitivo solo vendió un activo de su patrimonio pero su personalidad jurídica y empresa no sufrió alteraciones en su propiedad, posesión o mera tenencia.

Para que dicha norma de continuidad laboral a pesar de cambios en la propiedad de la empresa, se aplique sin efectos inconstitucionales, debe concretamente existir una relación laboral verdadera y continua con el nuevo propietario, esto es, por un lado el trabajador debe seguir

⁹ Terramater S.A. con Alto Jahuel Transmisora de Energía S.A., Tribunal Constitucional Rol 2751, 7 de julio de 2015. Lo mismo reprodujo en las sentencias Roles 334 y 505.

prestando servicios y obligado a realizar sus funciones, y por el otro el empleador nuevo, observar sus derechos, darles vigencia, y es evidente que es a esta situación a la cual debe aplicársele en toda su extensión la continuidad laboral y no a situaciones en que no ha existido una continuidad en la prestación de servicios por parte del trabajador, que es un requisito de la continuidad laboral.

A su turno, que se infiere de inmediato es que no se advierte el fundamento racional, ni sentido de justicia para pagar una deuda **que se seguirá reajustando sin freno ni límite hasta el infinito, basada en una ficción legal, esta ficción es, que existiría una relación laboral entre las partes.**

Se explica esta situación por la ficción legal consagrada por el artículo 162 del Código del Trabajo, que hemos analizado en el apartado precedente, consistente en no considerar finalizado un vínculo contractual mientras el empleador directo se mantenga moroso en el pago de sus cotizaciones previsionales y, sobre la base de este artificio legal, mantener subsistente unas obligaciones contractuales, con el agravante de que la subsistencia de ellas no tienen una causa que le sirva de fundamento, toda vez que el trabajador no cumple -ni ha cumplido jamás- con la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación, para mi representada, en los términos que contempla el artículo 7° del Código Laboral.

Lo que se quiere es que se paguen las deudas previsionales adeudadas; **no que se mantenga un contrato de trabajo -y sus obligaciones- sin consentimiento de las partes ni contraprestaciones efectiva de servicios entre los pseudo contratantes que ya no desean mantener esa relación laboral, lo que afecta sin duda a la libre contratación y a la libertad de trabajo, así consagrada en el Carta Fundamental.**

A mayor abundamiento, se denota inconstitucional la aplicación de sanciones a personas naturales o jurídicas, que no estuvieron en la posibilidad de cometer las conductas necesarias para atribuirles dicha sanción. O dicho de otro modo, la aplicación del artículo 162 del CT impugnado, comunicándolo a terceros, no guarda relación con el fin de la norma que es sancionar empleadores directos negligentes en el pago de sus cotizaciones previsionales devengadas durante la relación laboral, y no a terceros.

Por último, esta parte afirma que imponer obligaciones laborales de manera solidaria a una persona natural o jurídica, que no ha consentido a contratar laboralmente, por un lado, respecto de un trabajador, que por el otro, no ha prestado servicios constituye un enriquecimiento sin causa, que conculca derechamente con el Derecho de Propiedad garantizado en nuestra constitución.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 de la constitución política de la república y demás normas pertinentes; **SÍRVASE S.S. EXCMO.** tener por interpuesto Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad a objeto de que se **declare conjunta o separadamente que el artículo 4 inciso segundo y el artículo 162 incisos quinto, sexto y séptimo del Código del Trabajo, es o son inaplicables en la causa caratulada “... y otro”, la que ha tenido tramitación en el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago bajo el rol O-7582-2021 y en la**

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en rol 3520-2022 secretaria Laboral actualmente en estado procesal de; “en acuerdo”, por cuanto su aplicación en la gestión pendiente respecto de mi representada resulta contraria a la Constitución Política de la República, en conformidad con los fundamentos de hecho y derecho en los términos que se ha expuesto en el presente requerimiento.

PRIMER OTROSÍ: De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 1° del N°6 y 11 del artículo 93 de la CPR, concurriendo los requisitos de cautela en la forma señalados en esta presentación, **SOLICITO AL EXCMO. TRIBUNAL que ordene la suspensión del procedimiento** en que incide la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ordenándose oficiar al efecto a;

- Al Segundo juzgado de letras del Trabajo de Santiago rit O-7582-2021;
- A la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago rol secretaria Laboral 3520-2022.

Considerando que en la etapa en que se encuentra la causa esto es, en acuerdo, por lo que un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago es inminente, esta defensa considera que es urgente solicitar y decretar desde ya la suspensión del citado procedimiento ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

SEGUNDO OTROSÍ: SÍRVASE S.S. EXCELENTÍSIMO tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

1. Escritura Pública de 16 de agosto de 2023 en que consta mi personería para comparecer por la requirente SERVICIOS GASTRONOMICOS LOS OTROS SpA;
2. Certificado de gestión pendiente emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago;
3. Ebook de la gestión pendiente radicada en Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de la causa rol 3520-2022 caratulada “----”; y
4. Ebook de la gestión pendiente ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de la causa rol O-7582-2021 caratulada “-----”.

TERCER OTROSÍ: En conformidad al artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, **SOLICITO A SS. EXCMO.** que se oigan alegatos en la vista de esta causa.

CUARTO OTROSÍ: En atención a lo dispuesto en el artículo 42 inciso 8° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, **SOLICITO A SS. EXCMO.** que me notifique las resoluciones que se dicten en el proceso a al siguiente correo electrónico: sborquez@cuadragajardo.com, sin perjuicio de lo cual solicito que las notificaciones por carta certificada se hagan llegar a mi domicilio de Avenida Vitacura número 2.808, comuna de Las Condes, Santiago.

QUINTO OTROSÍ: SOLICITO A SS. EXCMO. que, de conformidad a lo establecido en el artículo 82 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y luego de acogido a trámite la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se sirva oficiar a la Ilustrísima Corte de

Apelaciones de Santiago para que remita a este Excelentísimo Tribunal el expediente de la causa rol 3520-2022 Caratulados “-----” en que incide esta inaplicabilidad.

SEXTO OTROSÍ: SOLICITO A SS. EXCMO. tener presente que mi personería para actuar en representación de la **SERVICIOS GASTRONOMICOS LOS OTROS SpA** consta de la escritura pública de fecha 16 de agosto de 2023, instrumento que sea acompaña en el segundo otrosí de esta presentación.

SÉPTIMO OTROSÍ: SOLICITO A SS. EXCMO. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión asumiré personalmente el patrocinio y poder en esta causa, y que mi domicilio es en Avenida número 2.808, comuna de Las Condes, Santiago.