

JURISPRUDENCIA:

"Que, a juicio de esta Corte, aquella es la postura jurisprudencial que debe prevalecer sobre el asunto en examen, que contraría la consignada en el fallo impugnado, por lo que procede acoger el arbitrio de unificación de jurisprudencia, permitiendo, al mismo tiempo, constatar que se configura la causal de nulidad del artículo 477 del Código del Trabajo, mediante la cual se denuncia la infracción del artículo 183-A del mismo compendio.

Pues bien, de los hechos establecidos por los jueces de la instancia, queda de manifiesto que la actividad realizada por el actor al día del accidente, esto es, conducir el camión en el cual se transportaban escombros desde la obra de la Municipalidad de Doñihue, que le fue adjudicada a la demandada empleadora principal, denominada "Remodelación Servicios Higiénicos Mis Primeros Pasos", no corresponde a una de naturaleza discontinua u esporádica, siendo irrelevante, como lo afirma el fallo impugnado, si el retiro de escombros se trataba o no a una actividad que fuera asignada de modo exclusivo a la empresa adjudicataria, pues basta con probar que, en los hechos, realizaba tal labor, con trabajadores vinculados a su empresa, como sucede en autos.

En efecto, el régimen de subcontratación, como se indicó precedentemente, debe ser analizado desde la perspectiva de su vinculación con el proceso productivo emprendido por la dueña de la obra. En la especie, se trata de un encargo para realizar una serie de mejoras materiales en una instalación de la Municipalidad, donde el retiro de escombros es una faena laboral que se inserta en la ejecución del encargo, tanto es así, que como el propio fallo recurrido reconoce, se establece la obligación de su retiro en las especificaciones técnicas, indicando que "los excedentes de excavaciones que no sean aptos o no se requieran para rellenos, así como otros escombros originados por las faenas de construcción deberán ser retirados de inmediato del recinto de la obra a botadero oficial, debiendo archivarse los documentos que acrediten dicha faena", añadiendo que la periodicidad o frecuencia de dicha labor, debe ser ejecutada semanalmente.

A juicio de esta Corte, tales datos confirman la existencia de régimen de subcontratación respecto del actor, por cuanto concurre la ejecución de una labor que se enmarca dentro del proceso productivo encargado, realizado por un trabajador de la empresa contratista, con caracteres de periodicidad que excluyen la discontinuidad o lo esporádico que exime de dicho estatuto." (Corte Suprema, considerando 9°).

"Que, para dichos efectos, se debe recordar que, como esta Corte viene afirmando de un tiempo importante a esta parte, el lucro cesante corresponde a un instituto que por su particular contenido, en cuanto se trata de un daño que se proyecta hacia el futuro, no puede exigir el nivel de certeza que se pretende en el fallo impugnado; en efecto, la noción de lucro cesante surge a propósito de

la clasificación del daño que hace el artículo 1556 del Código Civil, atendiendo a la forma en que el incumplimiento contractual afecta el patrimonio del acreedor, a cuyo efecto distingue entre el daño emergente y el lucro cesante. Mientras el primero consiste en una disminución patrimonial, el segundo alude al hecho de haberse impedido un efecto patrimonial favorable. Hay lucro cesante, en consecuencia, cuando se deja de percibir un ingreso o una ganancia. En la especie, el daño alegado se fundamenta en el incumplimiento del deber de cuidado que establece el artículo 184 del Código del Trabajo, que permitió el accidente del trabajo que afectó al actor, que habría significado la pérdida de capacidad laboral, por lo que procede que se le indemnice con la suma correspondiente a dicha pérdida patrimonial, en el evento que existan elementos objetivos que permitan realizar al proyección futura referida.

De esta manera, la tesis que debe primar, es aquella expuesta en los fallos de contraste, por lo que corresponde acoger el presente arbitrio, desde que la sostenida por la decisión recurrida, se opone y contradice con aquella, configurando, consecuentemente, la infracción de los preceptos contenidos en los artículos 1556 del Código Civil y 69 literal b) de la Ley N° 16.744, en los términos exigidos por el artículo 477 del Código del Trabajo, de manera que el recurso de nulidad planteado por dicha vulneración debió ser acogido, y anulada la sentencia de base.

Conforme a lo razonado, y habiéndose determinado la interpretación acertada respecto de las materias de derecho referida, objeto del juicio, se dará lugar al recurso de unificación de jurisprudencia, en ambos extremos, de la manera en que se dirá." (Corte Suprema, considerando 12°).

"Que, por otro lado, establecido que la empleadora directa infringió el deber de seguridad que emana del artículo 184 del Código del Trabajo, al no adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar que en el lugar de trabajo, o con ocasión de él, se produzca un accidente que afecte la vida, la integridad física o psíquica, o la salud del trabajador, al encargarle la conducción de un vehículo con la totalidad de su documentación vencida y sin contar con licencia de conducir habilitada para tal efecto, careciendo de una supervisión y evaluación exhaustiva del trabajo a realizar y de quienes lo realizan, como también, de un procedimiento de trabajo seguro para efectuar la labor encomendada, sin evaluar las diferentes condiciones de riesgos que puedan presentarse, ni contar con capacitación permanente y sistemática en prevención de riesgos, además de falta de planificación para la labor encomendada, y falta de supervigilancia." (Sentencia de reemplazo, considerando 4°).

"Que, esas mismas falencias, son susceptibles de ser predicadas respecto de la Municipalidad de Doñihue, pues, afectándole, en su calidad de dueña de la obra, las mismas obligaciones antes referidas, por disposición expresa del artículo 183-E del Estatuto Laboral, no rindió prueba destinada a acreditar, de manera suficiente, haber adoptado con diligencia las medidas adecuadas para

proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena. En efecto, se demuestra principalmente la falta de supervigilancia, control y fiscalización en los vicios incurridos por el empleador, al encargar al actor la conducción del vehículo referido, en las condiciones antes reseñada, razón por la cual, corresponde concluir, que la Municipalidad de Doñihue es también responsable del accidente en cuestión." (Sentencia de reemplazo, considerando 5°).

"Que, en lo concerniente al lucro cesante, en cuanto corresponde al daño que experimentará el actor en su patrimonio al dejar de percibir, a partir de su incapacidad laboral, los ingresos que éste producía con su trabajo y con los que proveía las necesidades del núcleo familiar, se debe señalar que, si bien su determinación presenta el obstáculo de tratarse de una cuestión que se puede entender sujeto a incertidumbre tanto sobre la evolución y estabilidad de las ganancias futuras de la víctima, como esta Corte ya ha manifestado, si el lucro cesante se basa en un hecho real y cierto, esto es, que el actor poseía un trabajo y, es un hecho indiscutible que a partir de su incapacidad, se producirá una pérdida de esa estimación futura, que constituye un daño cierto, que debe ser cuantificado considerando el curso normal de los acontecimientos, esto es, la razonable probabilidad de que su desempeño laboral se hubiera mantenido en términos similares al que tenía a la época del accidente, por un periodo prolongado en el tiempo, esto es, hasta la edad de su jubilación, que corresponde a 65 años.

Así las cosas, si la procedencia del lucro cesante aparece fundada en hechos ciertos, no debe ser impedimento para declararlo el que su evaluación tenga que hacerse, necesariamente, sobre la base de un cálculo de probabilidades, es decir, según la ocurrencia normal de los acontecimientos.

De esta manera, con el mérito de lo reflexionado en la sentencia de casación, se tiene acreditado que el demandante mantenía una relación laboral con la empresa demandada, y que se desempeñaba como Jefe de Obras, y que al momento del accidente, era un hombre de 45 años de edad, y que actualmente tendría una afectación del 70,6% de su capacidad laboral." (Sentencia de reemplazo, considerando 6°).

MINISTROS:

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C.

TEXTOS COMPLETOS:

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES:

Rancagua, veinte de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTOS Y OÍDOS:

Comparece el abogado Juan Abello Gómez, por la parte demandante el trabajador don Héctor Hernán Barrios Olguin, en los autos rol O-122-2018, Ingreso Corte N° 219-2018 caratulados " Barrios con Claudia Andrea Ulloa Guerra Constructora E. I. R. L. y otro" quien deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 23 de agosto de 2018, dictada por la Juez Titular del Juzgado de Letras de Rancagua, doña María Loreto Reyes Gamboa, quien acogió la excepción de falta de legitimación activa de la demandante y la falta de legitimación pasiva opuesta por la Ilustre Municipalidad de Doñihue y en consecuencia rechaza en todas sus partes la demanda deducida respecto de este parte. Y además hace lugar a la demanda del actor en contra de Claudia Andrea Ulloa Guerra Constructora E. I. R. L solo en cuanto se condena a la demandada a pagarle a la demandante la suma de \$70.000.000 a título de indemnización por daño moral, más intereses y reajuste, sin costas a la demandada por no haber sido totalmente vencida.

El recurrente solicita que se anule la sentencia, en base a la causal del artículo 477 respecto del artículo 3 y 183-A en primer lugar en relación con el régimen de subcontratación. En segundo lugar, infracción a los artículos 1556 del Código Civil en relación con el artículo 69 letra b) de la Ley 16.744 en relación al lucro cesante. Como segunda causal invocada la contenida en el artículo 478 letra e) del Código del Trabajo en relación con el artículo 459 N° 4 del mismo origen en relación al quantum indemnizatorio. Y finalmente la causal del artículo 478 letra e) del código del Trabajo en relación con el artículo 459 N° 4 del mismo Código en relación con el régimen de subcontratación y al lucro cesante.

En su oportunidad el recurso fue declarado admisible y, en la audiencia de vista del recurso el recurrente reiteró las causales opuesta y fundamentos de su libelo impugnatorio, escuchándose también en la ocasión la abogado de uno de los demandados la Ilustre Municipalidad de Doñihue, la primera quien pidió se acoja este por existir los vicios que se denuncian y el segundo su rechazo.

Terminada la aludida audiencia, la causa quedó en estado de acuerdo, y con su mérito, se procede a dictar la siguiente sentencia:

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de nulidad se ha establecido en el Código del Trabajo como el medio para la impugnación de las sentencias definitivas, siendo su finalidad, según la causal invocada, asegurar el irrestricto respeto a las garantías y derechos fundamentales, o bien, obtener sentencias ajustadas a la Ley (artículos 477 y 478 del Código del Trabajo). Se trata de un recurso de carácter extraordinario, tanto por lo restringido de las causales que lo hacen procedente, como por los fines que persigue, así como por la rigurosidad exigida a los recurrentes para fundamentar las causales invocadas.

SEGUNDO: Que, respecto de la primera causal de nulidad impetrada, esto es, la del artículo 477 del Código del Trabajo la cual contendría errores de derecho por infracciones de ley, en especial en los artículos 3 y 183-A del Código del Trabajo, en relación al régimen de subcontratación, todo lo cual se desprendería de los considerandos noveno a duodécimo de la sentencia, cuando acoge la excepción de falta de legitimación activa de la demandante y falta de legitimación pasiva de la Ilustre Municipalidad de Doñihue, argumentada únicamente en opinión del recurrente, en que las obras o servicios prestados por la contratista Claudia Andrea Ulloa fueron para la magistrada discontinuas o esporádicas a la luz de lo dispuesto en el artículo 183-A, puesto que para la sentenciadora la obra adjudicada y contratada consistía en una remodelación de servicios higiénicos que comprendía un recambio de artefactos sanitarios, iluminación, cambio de pisos y muros; y no el transporte de trabajadores o materiales de trabajo o escombros, lo cual debía realizar la contratista a su costo.

Todo ello según el recurrente no sería efectivo puesto que el retiro de escombros de la obra es de responsabilidad exclusiva de la contratista lo cual se desprendería de las especificaciones técnicas Número Uno Obra Gruesa numero 1.2 Retiro de escombros. Junto al Decreto Alcaldicio N° 2729 de fecha 13 de octubre de 2016 que adjudico la obra, documental del número 9 denominada orden de compra de fecha 20 de octubre de 2016 que la obra habían comenzado; documento del número 7 Acta de Recepción provisoria; obra remodelación de 16 de enero de 2017, que la obra no había terminado, resulta suficiente demostrado que el día del accidente el 9 de enero de 2017 esta tenía 3 meses de desarrollo, y no podríamos hablar de una labor o trabajo discontinuo o esporádico como señala la sentenciadora.

Sin embargo, para esta Sala los hechos deben probarse y en este caso sobre el retiro de escombros que fuera responsabilidad exclusiva de la empresa adjudicataria, como del trabajador no resulta demostrada suficientemente con la prueba documental, ya que si nos detenemos a leer el

punto de los retiros de escombros señala " los excedentes de excavaciones que no sean aptos o no se requieran para rellenos, así como otros escombros originados por las faenas de construcción deberán ser retirados de inmediato del recinto de la obra a botadero oficial, debiendo archivar los documentos que acrediten dicha faena." "La frecuencia de la extracción de escombros será semanalmente".

Luego al actor no demostró documentalmente, o a través de los otros medios de prueba, que el día del accidente, la conducción de camión correspondía a una labor de la empresa y que era necesario el retiro de escombros, labor que resulta perfectamente lógica que pueda ser cumplida por la empresa o un tercero. Así, la conclusión de la juez ad quo que el retiro de escombros era un trabajo discontinuo y esporádico resulta amparada por el derecho y la lógica jurídica. Lo cual se ve reforzado por la prueba rendida que el camión conducido por el actor sin licencia para tal efecto, ni documentos propios de circulación, no era de conocimiento y menos de control por parte de la Municipalidad.

Que, analizado las normas legales en que se basa el vicio invocado, resulta evidente que dicha norma que excluyen la subcontratación en caso de labores esporádicas y discontinuas de la empresa, según razona la sentenciadora en sus diferentes considerandos del fallo no se advierte infracción de Ley, ya que el tribunal en los considerandos citados se limita a destacar el cumplimiento de los requisitos del artículo 183-A del Código del Trabajo y su excepción como es el caso de marras. Todo lo cual nos lleva a rechazar la causal invocada.

TERCERO: Que, respecto de la primera causal de nulidad impetrada, esto es, la del artículo 477 del Código del Trabajo la cual contendría errores de derecho por infracciones de ley, ahora en relación con los artículo 1556 del Código Civil en relación con el artículo 69 letra b) de la Ley 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en relación al lucro cesante, todo lo cual se desprendería de los considerandos trigésimo quinto y trigésimo sexto de la sentencia, ya que con una adecuada interpretación de las normas mencionadas y acorde a lo resuelto por la Exc. Corte Suprema el tribunal pudo dar por acreditado la disminución de la capacidad de ganancia del actor, con un grado de certeza razonable que se exige, ya que el tribunal al analizar sus secuelas producto del accidente estas serían permanentes. De haberlo hecho razona el recurrente debió haber condenado a las demandadas al pago total de \$305.511.000 correspondiente al 70% de su remuneración mensual multiplicada por el tiempo que le faltaba para jubilar de 252 meses.

Para el recurrente el fundamento legal y legítimo de su pedimento está en el artículo 1556 de nuestro Código Civil que establece la indemnización de perjuicios, lo cual comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya sea por no haberse cumplido una obligación o en forma imperfecta. Todo ello en armonía con el artículo 1557 que la indemnización se debe desde que este ha caído en mora y si la obligación es de no hacer desde su contravención. Mas lo que establece el artículo 69

letra b) de la Ley 16.744 que admite tanto a la víctima como personas que el accidente haya causado daño el reclamar al empleador o terceros responsables.

Que en su opinión los razonamientos de la sentenciadora para rechazar tal pedimento son muy escasos, puesto que lo trataría en solo dos considerandos (35 y 36) y no habría certeza para ésta, sobre el empleo del trabajador en lo futuro, como tampoco su sobrevivencia hasta los 65 años.

Que, además el tribunal ad quo no realizó ningún análisis doctrinal ni jurisprudencial en relación con el lucro cesante, señalando acto seguido situaciones jurisprudenciales y de la doctrina sobre la interpretación y aplicación.

Que, para este Sala según el Profesor Daniel Peñailillo Arévalo el lucro cesante, "es la ganancia esperada que no se obtuvo debido al incumplimiento del contrato o al hecho dañino", siendo un elemento esencial para su reconocimiento la certeza y efectividad del daño, lo cual también hace suyo la sentenciadora, la cual bajo el derecho que le asiste de valoración de la prueba en el ámbito laboral, esto es artículo 456 del Código del ramo, ésta no logra tener el convencimiento de su eventual existencia y eventual pago, por considerar que de toda la prueba vertida especialmente por el actor, le permitieran tener una certeza de estabilidad en el empleo en la empresa para la cual trabajaba, como también de sus montos a percibir en el futuro. Puesto que se trata de una empresa que trabaja en base a licitaciones y no a obras de carácter permanente y continuo.

Que, analizado las normas legales en que se basa el vicio invocado, resulta evidente que dichas normas no han sido violentadas y por lo mismo tampoco han influido en lo sustancial del juicio que hayan llevado a la sentenciadora a infracciones de Ley. Por todo lo anterior se rechaza la acción por la causal invocada, ya que la aplicación e interpretación de las normas invocadas por el sentenciador se encuentra ajustado derecho.

CUARTO Como segunda causal interpuesta en forma conjunta invocó la causal contenida en el artículo 478 letra e), en relación al artículo 459 Número cuatro ambos del Código del Trabajo, en la fundamentación del quantum indemnizatorio en la suma de \$70.000.000 por daño moral, esto es, cuando la sentencia se hubiere dictado prescindiendo del análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probado y el razonamiento que conduce a esta estimación.

Así, de la lectura del recurso este señala que, respecto de esta segunda causal, la sentenciadora al fijar este "mezquino quantum" según cataloga el recurrente, y sus razonamientos en los

considerandos 29, 31, 32, 33 y 34 no permiten llegar a la conclusión adoptada, como tampoco entregaría una justificación del porqué de ese monto y no otro.

Para el recurrente de la lectura detenida de los considerandos citados precedentemente quedo demostrado el daño gravísimo sufrido por el trabajador sus secuelas y que por ello debió acceder a los \$420.000.000 solicitados como daño moral. Señalando que los \$70.000.000 es una suma ínfima el cual tampoco advierte un razonamiento para este mezquino quantum.

Que, en este sentido la exigencia del artículo 459 N° 4 del Código del Trabajo, es que exista una congruencia entre el razonamiento expresado y la resolución a que se arriba. El juez no es libre de fijar el monto que estime conveniente, sino que está vinculado a sus propios razonamientos, lo cual no ocurriría en la sentencia de autos.

Que, tal como se señalara en el considerando anterior el juez laboral valora la prueba según las reglas de la sana critica (artículo 456 del C. del Trabajo) siendo válido partir explicando que la sana critica es un método de apreciación de la prueba, donde el juez la valorará de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos.

Que, la lógica por su parte tiene ciertos principios que le son rectores como son 1. Principio de Identidad: Cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero. 2. Principio de contradicción: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser verdaderos. 3. Principio de tercero excluido: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser falsos (uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible). 4. Principio de razón suficiente: Todo juicio para ser realmente verdadero, necesita tener una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad.

Que, al analizar los razonamientos cuestionados por el recurrente a saber considerandos 29,31,32,33 y 34 se advierte que la sentenciadora parte dando por probado la existencia de lesiones graves de carácter traumática del trabajador, que tuvo muy presente el testimonio de su cónyuge doña Viviana Nubia Verdejo Pérez, del hermano del actor don Jose Leopoldo Barrios Olgúin. Sin perjuicio que la Asociación Chilena de Seguridad con fecha 11 de mayo de 2018 informo al tribunal que no contaba resolución sobre eventual incapacidad o invalidez del trabajador organismo competente y autoridad legal.

Que, desarrollada la prueba la juez advirtió que no se desplegó una actividad probatoria abundante para poder ponderar valores superiores a los fijados por este concepto, puesto que la demanda pretendió cobrar una serie de categoría de daños que están dentro del concepto de daño moral, a saber, sufrimiento, pérdida de placeres de la vida, daño Psíquico, daño estético. Especialmente testigos que ahondaran en este punto, fotografías etc., que permitieran conocer el cambio de vida entre un antes y un después.

Que, para esta Sala la indemnización del daño moral resulta muy difícil de fijar en forma precisa, persiguiendo a la víctima una suerte de socorro que le atenué el daño o llevarlo de la mejor manera, pero que también este actuar caritativo se debe enfrentar con una suerte de pedimento de lucro injustificado, de manera que la juez se preocupó ante fijar el monto y explicó su lógica -considerando treinta y tres- de lo cual se participa, y que permiten concluir que el actuar de la sentenciadora estuvo ajustado a derecho y por lo mismo no hubo inflación de ley que pudo haber influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Por ello también se rechazará la causal de nulidad invocada.

QUINTO: Que, finalmente deduce la causal del artículo 478 letra e) del Código del Trabajo en relación con el artículo 459 N° 4 del mismo Código en relación con el régimen de subcontratación y al lucro cesante.

Que, respecto a esta causal es dable partir señalando, que tal como cita el recurrente el artículo 478 letra e), en relación al artículo 459 N° 4 del Código del Trabajo, dicha normativa exige que en la dictación de la sentencia definitiva se contenga el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación.

SEXTO: Que, esta causal la deduce y funda en dos situaciones, una en relación al razonamiento del tribunal que rechazo del régimen de subcontratación y un segundo aspecto respecto del razonamiento del tribunal que rechazo el lucro cesante.

SÉPTIMO: Que por orden procesal se analizara el primer lugar el presunto vicio que afectaría a la sentencia de la causal contenida en el artículo 478 letra e) del Código del Trabajo en relación con el artículo 459 N° 4 del mismo Código en lo referente razonamiento del tribunal referente al haber negado a la existencia de un régimen de subcontratación existente entre la empresa Claudia Andrea Ulloa Guerra Constructora E.I.R.L. y la Ilustre Municipalidad de Doñihue, argumentado en los considerando noveno a duodécimo, en los cuales concluye que el transporte de trabajadores o escombros no era parte del servicio contratado con el mandante lo cual consta expresamente en las especificaciones técnicas, pero que para la recurrente no señalaría en que parte artículo o clausula costa aquello. Además, que el retiro de escombros era parte del contrato era parte de las

obligaciones del contratista y por ende esta labor debió ser vigilada y fiscalizada por la Municipalidad con un mínimo de diligencia y verificación que el camión tenía sus papeles al día, infringiendo su razonamiento de que el retiro de escombros era del tipo esporádico y discontinuos, a la luz de lo que dispone el artículo 183-A del Código del Trabajo.

Analizado lo expuesto se rechazara la causal invocada puesto que como se ha señalado en el considerando segundo producto del análisis de la primera causal, que en las bases y especificaciones técnicas de la obra y a propósito del punto específico referido al retiro de escombros que en su Número Uno Obra Gruesa Numero 1.2 Retiro de escombros señala " los excedentes de excavaciones que no sean aptos o no se requieran para rellenos, así como otros escombros originados por las faenas de construcción deberán ser retirados de inmediato del recinto de la obra a botadero oficial, debiendo archivar los documentos que acrediten dicha faena." "La frecuencia de la extracción de escombros será semanalmente".

Luego al actor no demostró documentalmente, o a través de los otros medios de prueba, que el día del accidente, la conducción de camión correspondía a una labor de la empresa y que era necesario el retiro de escombros, labor que resulta perfectamente lógica que pueda ser cumplida por la empresa o un tercero. Así, la conclusión de la juez ad quo que el retiro de escombros era un trabajo discontinuo y esporádico resulta amparada por el derecho y la lógica jurídica. Además, resulta grave que la empresa demandada de dominio de un familiar del trabajador, le haya instruido para la conducción de un camión que técnicamente no contaba con documentos válidos y además el trabajador que no tenía documentación calificada para este tipo de vehículos pesado haya de igual forma ejercido la conducción. Y se le reproche a la Municipalidad su control cuando quien infringe primariamente las normas mínimas de seguridad es el empleador y desgraciadamente también el trabajador.

Así, no se advierte vicio en razonamiento de interpretación por parte del tribunal que haya influido sustancialmente en lo resuelto por lo cual se rechazar dicha causal.

OCTAVO: Finalmente, el recurrente deduce la causal contenida en el artículo 478 letra e) del Código del Trabajo en relación con el artículo 459 N° 4 del mismo Código en lo referente razonamiento del tribunal que no dio lugar a la demanda respecto de lucro cesante pedido ascendente \$305.511.000 y que tal rechazo la magistrado lo funda en que no se habría acreditado la edad del actor a través de un instrumento válido, lo cual no sería efectivo espacialmente de la prueba documental incorporada en el numerados, 4 14 y peritaje de fisiatra de fecha 25 de mayo de 2017. Así omitió el análisis de estos documentos y que además la aseveración del tribunal que la incapacidad no fue acreditada por un órgano competente, lo cual no sería efectivo al tenor del considerando vigésimo noveno. Y por todo ello el tribunal debió haber acogido el lucro cesante demandado.

Que, tal como se indicara precedentemente el lucro cesante para ser acogido requiere de una prueba certera que acredite afectividad, y que en el caso de marras el tribunal no logro formarse en convencimiento de su existencia, ya que la prueba fue deficiente en este aspecto, como es la estabilidad en el empleo, monto a percibir en el futuro entre otros, pero también no es menos cierto que el único instrumento público valido para acreditar tanto la existencia humana y su desarrollo es la Certificado de Nacimiento que no fue acompañado, y además la defensa del trabajador no adjunto documentos que acreditara el grado de incapacidad de la autoridad competente de la incapacidad que es la Asociación Chilena de Seguridad según Ley N° 16.744 sobre accidentes y enfermedades profesionales, quien informo al tribunal que al 11 de marzo de 2018 no existía resolución que determinara el grado eventual de incapacidad o invalidez del trabajador Héctor Hernán Barrios Olguin (considerando trigésimo de la sentencia). Resultando el pedir carente de toda base jurídica puesto que dicho instrumento es esencial para demandar indemnización de perjuicios.

Conforme a lo expuesto, se advierte un suficiente cumplimiento de las exigencias del contenido de la sentencia que ha sido cuestionada, pues en ella se considera la prueba aportada por ambas partes, junto a presunciones legales que decía relación de similares circunstancias a los hechos que la sentencia dio por comprobados; y consigna los razonamientos que conducen a ellos.

NOVENO: Que, en los términos señalados, como se ha dicho, la sentencia cumple de forma suficiente con las exigencias requeridas por la ley, contexto en que las alegaciones de la recurrente aparecen más bien como una disconformidad en cuanto al fondo de lo decidido, pero ello, tratándose la nulidad de un recurso extraordinario de derecho estricto, no puede ser fundamento de éste, cuestión que es propia de una apelación.

DÉCIMO: Que, de acuerdo a lo referido en los fundamentos precedentes, sólo cabe desestimar el recurso de nulidad en análisis.

Por estas consideraciones y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 420, 474, 477, 478, 480 y 482 del Código del Trabajo, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el abogado don Juan Abello Gómez, en contra de la sentencia de 23 de agosto de 2018, dictada por la Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, doña María Loreto Reyes Gamboa, la que no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante don Claudio Sepúlveda Delaigue.

Rol N° 219-2018.-

Pronunciado por la Primera Sala de la C. A. de Rancagua integrada por los Ministros (as) Emilio Iván Elgueta T., Marcelo Vásquez F. y Abogado Integrante Claudio Andrés Sepúlveda D.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, veinte de julio de dos mil veinte

Vistos:

En estos autos RUC 1840008829-0, RIT O-122-2018 del Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, don Héctor Barrios Olguín deduce demanda de indemnización de perjuicios por accidente del trabajo en contra de Claudia Ulloa EIRL en su calidad de empleadora principal, y solidariamente en contra de la Municipalidad de Doñihue en su calidad de dueña de la obra, fundado en el incumplimiento de las obligaciones que impone el artículo 184 y pertinentes del Código del Trabajo.

Mediante sentencia de veintitrés de agosto de dos mil dieciocho, se acogió la demanda deducida, sólo en cuanto condenó a la demandada principal al pago de la suma de 70 millones de pesos por concepto de daño moral, pero la rechazó respecto de la Municipalidad de Doñihue, como asimismo, desestimó el capítulo por el cual demandó indemnización por lucro cesante.

En contra de este fallo, el actor recurrió de nulidad, fundado en las causales contenidas en los artículos 477 y 478 e) del Código del Trabajo, denunciando a través de la primera causal, por un lado, la infracción del artículo 3° y 183-A del estatuto laboral; y, por otro, la vulneración del artículo 1556 del Código Civil en relación con el artículo 69 b) de la Ley N° 16744. La causal del literal e) del artículo 478 del estatuto laboral, lo vincula con el numeral 4° del artículo 459 del mismo texto.

Por sentencia de veinte de diciembre de dos mil dieciocho, la Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó el recurso de nulidad deducido.

En contra de esta última decisión la misma parte dedujo recurso de unificación de jurisprudencia, para cuyo conocimiento se ordenó traer estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, de conformidad a lo que previenen los artículos 483 y 483-A del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existen distintas interpretaciones sostenidas en una o más sentencias firmes emanadas de Tribunales Superiores de Justicia. La presentación respectiva debe ser fundada, incluir una relación precisa y circunstanciada de los distintos pronunciamientos respecto del asunto de que se trate, sostenidos en las mencionadas resoluciones y que haya sido objeto de la sentencia en contra de la cual se recurre y, por último, se debe acompañar copia fidedigna de la o las sentencias que se invocan como fundamento.

Segundo: Que mediante el recurso se proponen dos materias para su unificación, a saber: en primer lugar, acerca de la correcta aplicación e interpretación de las normas sobre trabajo en régimen de subcontratación, en especial los artículos 183-A, 183-B y 183-E del Código del Trabajo, reprochándose que haya descartado la concurrencia de régimen de subcontratación, al considerar que las labores desarrolladas son de carácter discontinuo o esporádico, excluyendo dicho tipo de vínculo.

En segundo lugar, se plantea sobre la adecuada interpretación del artículo 1556 del Código Civil en relación con el artículo 69 letra b) de la Ley N° 16.744, en lo relativo al lucro cesante y la acreditación de la disminución de la capacidad de ganancia.

Pide, que se acoja el arbitrio impetrado, invalidando la sentencia impugnada, dictándose la pertinente de reemplazo.

Tercero: Que para unificar la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a una determinada materia de derecho relativas a la cuestión jurídica en torno al cual se desarrolló el juicio, atendida la forma como está concebido el recurso de que se trata, es necesario aparejar resoluciones firmes que adopten una línea de reflexión contradictorias, que resuelva litigios de análoga naturaleza y sobre la base de supuestos fácticos afines idóneos de compararse.

Cuarto: Que, según se lee, la decisión recurrida rechazó el recurso de nulidad deducido en contra de la de base que, si bien acogió la demanda en lo referente al daño moral y respecto del demandado principal, en lo pertinente, desestimó la existencia de régimen de subcontratación con relación a la Municipalidad demandada; y, además, denegó el capítulo indemnizatorio fundado en el lucro cesante.

Para tal conclusión, la judicatura de instancia tuvo por establecidas, en lo pertinente, las siguientes circunstancias:

- La existencia de un vínculo laboral entre el actor y la demandada principal, contratado como Jefe de Obras, para prestar sus servicios en la ciudad de Rancagua.

- En el contexto de dicho vínculo, se le encargó la conducción de un camión para el transporte de escombros desde la faena de la Municipalidad.

- En el trayecto de dicha labor, el vehículo sufrió un desperfecto mecánico que le ocasionó al afectado lesiones que le provocaron una paraplejía definitiva, siendo su causa basal, el pinchazo de un neumático, producto de la falta de mantención del referido vehículo.

- Entre la demandada principal Claudia Ulloa Constructora EIRL y la Municipalidad existía una relación contractual administrativa, por medio de la cual se le adjudicó a aquella el proyecto denominado "Remodelación Servicios Higiénicos Mis Primeros Pasos".

- El contrato consiste en la obra de remodelación de tales servicios, consistente, específicamente en el "recambio de artefactos sanitarios y equipos de iluminación, reposición de pisos y muros en mal estado además de la implementación de mallas mosquiteras entre otros trabajos de mantención".

- No se adjuntó resolución del órgano competente relativo al grado de incapacidad que el accidente le ocasionó al actor, ni se acompañó su certificado de nacimiento.

Sobre la base de dichos presupuestos fácticos, la judicatura del grado concluyó, por un lado, la responsabilidad de la demandada principal, sin embargo, descartó la existencia de régimen de subcontratación en relación con la Municipalidad demandada, pues consideró que el servicio

contratado entre ellas, no era el transporte de escombros, lo que corresponde a una labor que debía realizar el contratista para ejecutar el servicio que si fue acordado, por lo que la labor efectuada por el actor, se trata de una de carácter ajeno al servicio acordado prestar al mandante, esto es, funciones que no tienen vinculación con el giro de dicha empresa, sino con servicios ligados con transporte de trabajadores, materiales y escombros.

Por otro lado, reafirma dicha conclusión, indicando que el contrato de trabajo del actor, fue suscrito para ejercer el cargo de "jefe de obras", funciones que no se realizaban en un lugar específico, pero recibiendo instrucciones en el domicilio del empleador, esto es, en la ciudad de Rancagua, sin perjuicio de que debiera concurrir a las dependencias de la Municipalidad de Doñihue, por lo que expresa que, "en el peor de los casos estaríamos en presencia de servicios que se prestaban de manera esporádica y discontinua".

De este modo, concluye, en la especie no son aplicables las reglas relativas al régimen de subcontratación, desestimando la demanda en relación a la Municipalidad de Doñihue.

En relación a la demandada principal, regula el daño moral sufrido en la suma de 70 millones de peso, pero rechaza el lucro cesante, por cuanto, no se determinó el grado de incapacidad laboral por el órgano competente, ni se acreditó la edad del actor con el certificado correspondiente, lo que impide concluir de forma certera "que durante todo el tiempo que le restaba para cumplir la edad para jubilarse por vejez hubiese mantenido una fuente laboral con ingresos equivalentes a los que supuestamente percibía antes de sufrir el accidente".

Quinto: Que la parte demandante dedujo recurso de nulidad fundado en la causal contenida en el artículo 477, que formula en dos capítulos, por un lado, en relación a las normas que regulan la subcontratación laboral, estos son, los artículos 3° y 183-A del Estatuto Laboral; y, por otro, en lo concerniente al lucro cesante, denunciando la infracción de los artículos 1556 del Código Civil y 69 b) de la Ley N° 16.744. Finalmente, opone la causal subsidiaria del literal e) del artículo 478 del código laboral, en relación con el numeral 4° de su artículo 459, en relación a ambos acápite ya enunciados.

El fallo impugnado rechazó tales arbitrios, sosteniendo, en lo relativo a la primera materia de derecho propuesta en el recurso en análisis, que no se pudo demostrar que las labores desarrolladas por el actor, consistentes en el retiro de escombros, fuera responsabilidad exclusiva de la empresa adjudicataria, pues el actor no pudo probar que la conducción del camión el día del accidente correspondía a una actividad de aquella y que era necesario el retiro de escombros, lo que pudo ser cumplido por la propia empleadora directa o un tercero, conforme se desprende de las especificaciones técnicas, por lo que se tratan de labores esporádicas y discontinuas de la

mandataria, que excluyen la responsabilidad por régimen de subcontratación de la Municipalidad de Doñihue, descartando la infracción de la normativa invocada al respecto, como también, la falta de fundamentación en este punto, que se reprochó mediante la interposición del motivo de nulidad del artículo 478 e) del Estatuto Laboral, que también fue desestimado.

En relación al capítulo indemnizatorio fundado en el lucro cesante, el fallo impugnado rechazó el libelo de nulidad, señalando que, sobre la base del concepto del instituto en cuestión, que corresponde a la de "ganancia esperada que no se obtuvo debido al incumplimiento del contrato o al hecho dañino", fluye que el elemento esencial para su reconocimiento, es la obtención de certeza y efectividad del daño, que es justamente alrededor de lo cual gira el razonamiento de la sentenciadora de instancia, quien estimó que ello no se logró acreditar "por considerar que de toda la prueba vertida especialmente por el actor, le permitieran tener una certeza de estabilidad en el empleo en la empresa para la cual trabajaba, como también de sus montos a percibir en el futuro. Puesto que se trata de una empresa que trabaja en base a licitaciones y no a obras de carácter permanente y continuo", de manera que no se vulneraron las normas denunciadas como infringidas.

Sexto: Que el recurso de unificación, en lo relativo a su primer planteamiento, acompañó como fallos de cotejos, dos pronunciamientos de esta Corte, recaídos en los antecedentes N° 6869-09 y 21195-15.

El primero de ellos, corresponde a una decisión que resolvió un recurso de casación en el fondo, que refiriéndose al alcance del régimen de subcontratación, en relación a las relaciones jurídicas que se traban de modo discontinuo o esporádico, señala que por tales labores, "deben entenderse los servicios ocasionales, aislados, que obedecen a una causa específica extraordinaria, que se expresa en un contrato civil o comercial con un objeto determinado y que queda limitado en el tiempo", de modo que las prestaciones que impliquen permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, como aquellas que excedan de la brevedad, especificidad o transitoriedad de las mismas, quedan comprendidas en el régimen de trabajo en subcontratación.

Añade, que entonces, el criterio para definir la concurrencia de régimen de subcontratación, es el de la habitualidad, en cuanto permanencia en el tiempo de las labores desarrolladas por los dependientes del contratista en beneficio de la empresa principal, en otras palabras, se trata de determinar si las funciones realizadas por los trabajadores del contratista o subcontratista se han originado en el proceso productivo -entendido en su sentido amplio- desarrollado por la empresa principal, en la medida en que se encuentre presente la continuidad en dichas funciones, ya que, "en el evento de tratarse de servicios ocasionales, aislados, que obedecen a una causa específica extraordinaria, con un objeto determinado y delimitado en el tiempo, es decir, accidentales, casuales o fortuitos, dicho estatuto no resulta aplicable".

Por su parte, la segunda sentencia mencionada, concluyó, en el contexto de un recurso de casación en el fondo, la existencia de régimen de subcontratación respecto de la empresa demandada CGE Distribución S. A., en virtud de la adjudicación obtenida "... para la ejecución del proyecto de instalación y reposición del alumbrado eléctrico, concluyéndose su responsabilidad por la inobservancia de los deberes de seguridad que protegen a los trabajadores en la ejecución de una obra, obligación que debería ser respetada por quien precisamente encarga la obra, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 183 y 184 del Código del Trabajo".

Séptimo: Que, como se aprecia, se verifica el contraste exigido por la ley para la procedencia del recurso de unificación de jurisprudencia, desde que de la lectura de los fallos acompañados para dichos efectos por los recurrentes, se advierte que contienen un pronunciamiento en sentido diverso concerniente a la materia jurídica en análisis, esto es, respecto la concurrencia del régimen de subcontratación, pues en la decisión impugnada se descartó, al estimar que los hechos establecidos no la configuran, pues las labores de transporte de carga y escombros de una obra, son labores esporádicas o discontinuas y ajenas a las obras contratadas, por lo que queda fuera del marco de la responsabilidad que se somete a las reglas de la subcontratación, y ello, no obstante, que en la especie, se acreditó que dicha faena laboral estaba vinculada con la obra para la cual la empleadora principal fue contratada, incluida en los términos de la adjudicación.

Por su parte, en los fallos de contraste se sostiene que la discontinuidad o lo esporádica de una obra se verifica en el caso de servicios ocasionales y aislados, que obedecen a una causa específica extraordinaria, por lo que las prestaciones que impliquen habitualidad o periodicidad, excediendo del margen de brevedad, especificidad o transitoriedad, quedan comprendida en el régimen de trabajo en subcontratación. Añade que uno de los criterios para precisar la procedencia de dicho régimen, es la determinación de si las funciones en duda, se originaron o no en el proceso productivo, entendido en sentido amplio, en la medida que se verifique continuidad en las mismas y no se trate de un servicio que obedezca a una causa específica extraordinaria.

De este modo, corresponde a esta Corte decidir que postura jurisprudencial debe prevalecer, y así, decidir el destino del presente arbitrio.

Octavo: Que para tales efectos, es relevante señalar, que el artículo 183-A del código laboral, dispone que: "Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios

o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478".

Como se puede colegir de su lectura, son requisitos para que se configure trabajo bajo dicho régimen: la existencia de una relación en la que participa una empresa principal que contrata a otra -contratista- que obra como empleador del trabajador subcontratado; que entre la empresa principal y la contratista exista un acuerdo, de carácter civil o mercantil, conforme al cual ésta desarrolla para aquélla la obra o servicio que motivó el contrato; que las labores sean ejecutadas en dependencias de la empresa principal, requisito respecto del cual la Dirección del Trabajo, a través del Dictamen N° 141/5 de 10 de enero de 2007, sostuvo que también concurre cuando los servicios subcontratados se desarrollan fuera de las instalaciones o espacios físicos del dueño de la obra, con las particularidades que indica; que la obra o el servicio sea estable y continuo, lo que denota habitualidad y no interrupción en la ejecución o prestación; que las labores sean desarrolladas por cuenta y riesgo del contratista o subcontratista; y que el trabajador sea subordinado y dependiente de su empleador, contratista o subcontratista.

Por otro lado, debe tenerse presente, que la definición legal del régimen en análisis, tiene como punto de partida la prestación de servicios del trabajador, en la medida que se enmarquen en labores que impliquen no sólo permanencia, sino también periodicidad y alguna secuencia en el tiempo, y, fundamentalmente, vinculación con el proceso productivo en el cual se ha originado el encargo por parte del dueño de la obra.

Noveno: Que, a juicio de esta Corte, aquella es la postura jurisprudencial que debe prevalecer sobre el asunto en examen, que contraría la consignada en el fallo impugnado, por lo que procede acoger el arbitrio de unificación de jurisprudencia, permitiendo, al mismo tiempo, constatar que se configura la causal de nulidad del artículo 477 del Código del Trabajo, mediante la cual se denuncia la infracción del artículo 183-A del mismo compendio.

Pues bien, de los hechos establecidos por los jueces de la instancia, queda de manifiesto que la actividad realizada por el actor al día del accidente, esto es, conducir el camión en el cual se transportaban escombros desde la obra de la Municipalidad de Doñihue, que le fue adjudicada a la demandada empleadora principal, denominada "Remodelación Servicios Higiénicos Mis Primeros Pasos", no corresponde a una de naturaleza discontinua u esporádica, siendo irrelevante, como lo

afirma el fallo impugnado, si el retiro de escombros se trataba o no a una actividad que fuera asignada de modo exclusivo a la empresa adjudicataria, pues basta con probar que, en los hechos, realizaba tal labor, con trabajadores vinculados a su empresa, como sucede en autos.

En efecto, el régimen de subcontratación, como se indicó precedentemente, debe ser analizado desde la perspectiva de su vinculación con el proceso productivo emprendido por la dueña de la obra. En la especie, se trata de un encargo para realizar una serie de mejoras materiales en una instalación de la Municipalidad, donde el retiro de escombros es una faena laboral que se inserta en la ejecución del encargo, tanto es así, que como el propio fallo recurrido reconoce, se establece la obligación de su retiro en las especificaciones técnicas, indicando que "los excedentes de excavaciones que no sean aptos o no se requieran para rellenos, así como otros escombros originados por las faenas de construcción deberán ser retirados de inmediato del recinto de la obra a botadero oficial, debiendo archivarse los documentos que acrediten dicha faena", añadiendo que la periodicidad o frecuencia de dicha labor, debe ser ejecutada semanalmente.

A juicio de esta Corte, tales datos confirman la existencia de régimen de subcontratación respecto del actor, por cuanto concurre la ejecución de una labor que se enmarca dentro del proceso productivo encargado, realizado por un trabajador de la empresa contratista, con caracteres de periodicidad que excluyen la discontinuidad o lo esporádico que exime de dicho estatuto.

Décimo: Que, en lo relativo a la segunda materia levantada por el recurso, se acompañaron como decisiones de contraste, dos sentencias dictadas por esta Corte, en los autos N° 2547-14 y 82482-16, de 24 de noviembre de 2014 y 5 de marzo de 2018, respectivamente.

En la primera, se acogió un recurso de unificación de jurisprudencia deducido en el contexto de una demanda por accidente del trabajo rechazada en la instancia, y en la que se desestimó el recurso de nulidad que fue impetrada. En la decisión de reemplazo, se dio la demanda por lucro cesante, señalándose que tanto el porcentaje de incapacidad, como la edad del trabajador afectado, se tuvo por establecido con el mérito de un informe de la Asociación Chilena de Seguridad y de un informe pericial.

En la segunda, que también recae en un recurso de unificación de jurisprudencia, se plantea como definición, que el lucro cesante es la "pérdida de ingresos provocada por el daño corporal y su determinación supone asumir lo que habría ocurrido en el futuro de no haber acaecido el accidente, lo que exige efectuar un juicio de probabilidades", lo que implica asumir lo que habría de ocurrir en el futuro de no haber sucedido el accidente, mediante una mirada objetiva hacia el curso ordinario de los acontecimientos. En dicho proceso, se estimó que de la remuneración que percibía

el actor al momento del accidente, su edad y la incapacidad laboral proyectada por el perito, se puede ponderar la merma mensual sufrida en sus ingresos, la que es posible multiplicar por el periodo de años que razonablemente habría desarrollado su actividad, pues para la procedencia de dicho capítulo, no se requiere de una certeza absoluta, sino de una probable que permita arribar a una posibilidad concreta.

Undécimo: Que, como se indicó, el fallo impugnado consideró que, para que el lucro cesante pueda ser acogido, es menester una "prueba certera que acredite efectividad", infiriendo que en la especie ello no se logró, principalmente, por que no se acompañó certificado de nacimiento del trabajador, el que considera como "único instrumento público válido para acreditar tanto la existencia humana y su desarrollo", ni se acompañaron documentos que comprobaran el grado de incapacidad, por parte de la autoridad competente, que es la Asociación Chilena de Seguridad.

Como se advierte, se verifica el supuesto procesal que permite la procedencia del recurso, al constatar la existencia de distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los Tribunales Superiores de Justicia, corresponde entonces a esta Corte señalar el criterio interpretativo que debe primar, como perspectiva doctrinal unificada en cuanto a la materia de derecho en examen.

Duodécimo: Que, para dichos efectos, se debe recordar que, como esta Corte viene afirmando de un tiempo importante a esta parte, el lucro cesante corresponde a un instituto que por su particular contenido, en cuanto se trata de un daño que se proyecta hacia el futuro, no puede exigir el nivel de certeza que se pretende en el fallo impugnado; en efecto, la noción de lucro cesante surge a propósito de la clasificación del daño que hace el artículo 1556 del Código Civil, atendiendo a la forma en que el incumplimiento contractual afecta el patrimonio del acreedor, a cuyo efecto distingue entre el daño emergente y el lucro cesante. Mientras el primero consiste en una disminución patrimonial, el segundo alude al hecho de haberse impedido un efecto patrimonial favorable. Hay lucro cesante, en consecuencia, cuando se deja de percibir un ingreso o una ganancia. En la especie, el daño alegado se fundamenta en el incumplimiento del deber de cuidado que establece el artículo 184 del Código del Trabajo, que permitió el accidente del trabajo que afectó al actor, que habría significado la pérdida de capacidad laboral, por lo que procede que se le indemnice con la suma correspondiente a dicha pérdida patrimonial, en el evento que existan elementos objetivos que permitan realizar al proyección futura referida.

De esta manera, la tesis que debe primar, es aquella expuesta en los fallos de contraste, por lo que corresponde acoger el presente arbitrio, desde que la sostenida por la decisión recurrida, se opone y contradice con aquella, configurando, consecuentemente, la infracción de los preceptos contenidos en los artículos 1556 del Código Civil y 69 literal b) de la Ley N° 16.744, en los términos

exigidos por el artículo 477 del Código del Trabajo, de manera que el recurso de nulidad planteado por dicha vulneración debió ser acogido, y anulada la sentencia de base.

Conforme a lo razonado, y habiéndose determinado la interpretación acertada respecto de las materias de derecho referida, objeto del juicio, se dará lugar al recurso de unificación de jurisprudencia, en ambos extremos, de la manera en que se dirá.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de veinte de diciembre de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, que rechazó el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia de base de veintitrés de agosto de ese año, por el motivo de infracción de ley previsto en el artículo 477 del Código del Trabajo, en relación, por un lado, con los artículos 3° y 183-A del Código del Trabajo; y, por otro, con los artículos 1556 del Código Civil y 69 b) de la Ley N° 16.744, y, en consecuencia, se acoge la referida causal, en ambos extremos, y se declara que la sentencia de base es nula en aquella parte que dice relación con las materias del arbitrio, esto es, respecto la existencia de régimen de subcontratación; y, la procedencia de responsabilidad por lucro cesante, debiendo dictarse acto seguido y sin nueva vista, pero separadamente, la respectiva sentencia de reemplazo.

Redacción de la abogada integrante Leonor Etcheberry.

Regístrese.

Rol N° 3.201-2019.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C.

SENTENCIA DE REEMPLAZO:

Santiago, veinte de julio de dos mil veinte.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 483-C Código del Trabajo, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue en unificación de jurisprudencia.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de base, previa eliminación de los párrafos segundo, tercero y cuarto del considerando décimo, como asimismo su motivo undécimo y duodécimo. Se suprime, también, del razonamiento trigésimo quinto, el párrafo que comienza con la expresión "Que, como se ha dicho", y que finaliza con el punto aparte. Asimismo, se elimina el fundamento trigésimo sexto.

Y se tiene, además, y en su lugar presente:

Primero: Que son hechos establecidos, en lo que interesa, que la empleadora directa se adjudicó un contrato, por el cual debía ejecutar la remodelación de servicios higiénicos de un establecimiento educacional de la Municipalidad demandada, específicamente el "recambio de artefactos sanitarios y equipos de iluminación, reposición de pisos y muros en mal estado además de la implementación de mallas mosquiteras entre otros trabajos de mantención", acreditándose, además, que "los excedentes de excavaciones que no sean aptos o no se requieran para rellenos, así como otros escombros originados por las faenas de construcción deberán ser retirados de inmediato del recinto de la obra a botadero oficial, debiendo archivar los documentos que acrediten dicha faena", y que "la frecuencia de la extracción de escombros será semanalmente".

Asimismo, se probó que el actor, trabajador de la empresa Claudia Ulloa EIRL, el día del accidente, ejecutó la labor de conducir un camión que justamente transportaba material de escombros de la obra o faena materia de autos, sin contar con licencia hábil para tales efectos, ni documentos propios de circulación, el cual sufrió un pinchazo en uno de sus neumáticos, que provocó su volcamiento.

Por otro lado, se encuentra probado que el actor, a consecuencia de lo anterior, resultó con lesiones graves de carácter traumática que le generó como secuelas subsecuentes "paraplejia completa flácida, vejiga neurogénica, intestino neurogénico, dolor crónico mixto, trastorno sensitivo, atrofia muscular tren inferior, trastorno de control postura axial, limitación de rangos articulares de hombro derecho, cicatriz dorsolumbar, escara sacara, disfunción sexual".

Segundo: Que, por su parte, analizado el mérito del informe pericial médico, evacuado por la facultativa Dra. Delia Ruiz Rodríguez, es posible tener por probado, que el actor, a la fecha de su presentación (esto es, mayo de 2018), tenía 46 años de edad, y que se desempeñaba como Jefe de Obra Construcción, y que, a consecuencia del accidente establecido, sufrió una lesión medular consistente en Traumatismo Raquimedular con fractura torácica inestable T12 y lesión medular nivel neurológico T11 la cual ocasiona como secuela una paraplejia completa, esto es, la pérdida de la función motora y sensitiva de las extremidades inferiores y órganos pelvianos, estado secuelar que implica un impedimento o grado de invalidez, equivalente al 70,6% de incapacidad laboral.

A dicho informe, a juicio de esta Corte, se le debe dar valor probatorio pleno en lo expuesto, y por lo tanto, tener por acreditadas las conclusiones referidas, desde que, utilizado el parámetro de apreciación de la prueba de acuerdo con los criterios de la sana crítica, aparece que lo expresado en el informe referido, se conforma no sólo con las reglas de la lógica, por cuanto sus conclusiones son coherentes con el resto de la prueba rendida y hechos reconocidos, sino que, son la expresión de la aplicación de la ciencia médica, fruto de la reflexión de una profesional de dicho ámbito, que opera con el afianzamiento de una *lex artis* determinada, y que no ha sido controvertida con una opinión profesional que en el mismo ámbito, permita desestimar sus apreciaciones.

Por lo demás, en cuanto a la edad del actor, obran para efectos de su establecimiento, las fichas médicas adjuntas al proceso, y los comprobantes de datos de la atención de urgencia prestada por el Hospital de Rancagua, en el cual se hace constar que su fecha de nacimiento es el 10 de febrero de 1972, lo que significa que, a la fecha del accidente, acaecido el 9 de enero de 2017, contaba con casi 45 años de edad.

Por otro lado, se debe consignar, que no se alegó formalmente en la contestación de la demanda, ni tampoco se acompañó antecedente alguno, que de cuenta que la demandada hizo valer de su derecho de retención e información.

Tercero: Que, en lo relativo a la existencia de un régimen de subcontratación, se debe señalar, que conforme lo expresado en el fallo de unificación, este se configura en la medida que, como señala la doctrina y jurisprudencia administrativa y judicial, se acredite la existencia de:

- 1) Un empleador o empresa mandataria;

- 2) Un trabajador de la misma, respecto el cual se acredite la existencia de un vínculo laboral;

3) Un encargo ejecutado por la empresa mandataria o empleador, quien presta sus servicios para la empresa mandante, bajo su cuenta y riesgo, y;

4) Los Servicios prestados o ejecución de la obra, revistan el carácter de permanentes, esto es, que no correspondan a servicios esporádicos o transitorios.

En la especie, el punto en controversia es el último.

Al respecto, esta Corte, sobre la base de los hechos acreditados, considera que la labor efectuada por el actor, no correspondía a servicios esporádicos y transitorios, sino a una función permanente e inserta en el proceso productivo de la empleador. En efecto, en una faena de construcción, no es posible considerar que el despeje de los materiales de escombros pueda significar algo ajeno al giro de una empresa que se dedica a tal menester, o que pueda constituir una actividad ocasional o condicional, sino que a un servicio que hace parte de la prestación de la obra, tanto es así, que las propias especificaciones técnicas la contemplan como parte del contrato adjudicado a la empleadora principal, y establece un mínimo de periodicidad, correspondiente a su realización, por lo menos, una vez a la semana, y que, para su ejecución, la demandada encargó su gestión a un empleado de su empresa, configurándose, por lo tanto, todos los elementos del régimen de subcontratación.

Cuarto: Que, por otro lado, establecido que la empleadora directa infringió el deber de seguridad que emana del artículo 184 del Código del Trabajo, al no adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar que en el lugar de trabajo, o con ocasión de él, se produzca un accidente que afecte la vida, la integridad física o psíquica, o la salud del trabajador, al encargarle la conducción de un vehículo con la totalidad de su documentación vencida y sin contar con licencia de conducir habilitada para tal efecto, careciendo de una supervisión y evaluación exhaustiva del trabajo a realizar y de quienes lo realizan, como también, de un procedimiento de trabajo seguro para efectuar la labor encomendada, sin evaluar las diferentes condiciones de riesgos que puedan presentarse, ni contar con capacitación permanente y sistemática en prevención de riesgos, además de falta de planificación para la labor encomendada, y falta de supervigilancia.

Quinto: Que, esas mismas falencias, son susceptibles de ser predicadas respecto de la Municipalidad de Doñihue, pues, afectándole, en su calidad de dueña de la obra, las mismas obligaciones antes referidas, por disposición expresa del artículo 183-E del Estatuto Laboral, no rindió prueba destinada a acreditar, de manera suficiente, haber adoptado con diligencia las medidas adecuadas para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena. En efecto, se demuestra principalmente la falta de supervigilancia, control y fiscalización en los vicios incurridos por el empleador, al encargar al actor la conducción del

vehículo referido, en las condiciones antes reseñada, razón por la cual, corresponde concluir, que la Municipalidad de Doñihue es también responsable del accidente en cuestión.

Sexto: Que, en lo concerniente al lucro cesante, en cuanto corresponde al daño que experimentará el actor en su patrimonio al dejar de percibir, a partir de su incapacidad laboral, los ingresos que éste producía con su trabajo y con los que proveía las necesidades del núcleo familiar, se debe señalar que, si bien su determinación presenta el obstáculo de tratarse de una cuestión que se puede entender sujeto a incertidumbre tanto sobre la evolución y estabilidad de las ganancias futuras de la víctima, como esta Corte ya ha manifestado, si el lucro cesante se basa en un hecho real y cierto, esto es, que el actor poseía un trabajo y, es un hecho indiscutible que a partir de su incapacidad, se producirá una pérdida de esa estimación futura, que constituye un daño cierto, que debe ser cuantificado considerando el curso normal de los acontecimientos, esto es, la razonable probabilidad de que su desempeño laboral se hubiera mantenido en términos similares al que tenía a la época del accidente, por un periodo prolongado en el tiempo, esto es, hasta la edad de su jubilación, que corresponde a 65 años.

Así las cosas, si la procedencia del lucro cesante aparece fundada en hechos ciertos, no debe ser impedimento para declararlo el que su evaluación tenga que hacerse, necesariamente, sobre la base de un cálculo de probabilidades, es decir, según la ocurrencia normal de los acontecimientos.

De esta manera, con el mérito de lo reflexionado en la sentencia de casación, se tiene acreditado que el demandante mantenía una relación laboral con la empresa demandada, y que se desempeñaba como Jefe de Obras, y que al momento del accidente, era un hombre de 45 años de edad, y que actualmente tendría una afectación del 70,6% de su capacidad laboral.

Séptimo: Que encontrándose acreditado lo anterior, resulta procedente dar lugar a una indemnización por lucro cesante.

Ahora bien, para estimar la medida del daño que debe ser indemnizado, este tribunal se basa en los ingresos que habría podido generar con el producto de su trabajo, desde la fecha del hecho dañoso hasta el término de su vida laboral, a los 65 años -lo que significa un lapso de 20 años-. Por otro lado, se encuentra acreditado que percibía como remuneración, la suma de \$1.450.000, de la cual, su 70,6% equivale a \$1.023.700, que multiplicado por los 20 años referidos, arroja una suma de \$245.688.000, por la cual se acogerá la demanda.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 41, 42, 168, 173, 183-A, 183-B y 183-E 420, 446 y siguientes del Código del Trabajo, se declara:

Que se acoge, la demanda deducida por don Juan Pablo Abello Gómez, declarándose, además de lo establecido en el fallo de base, la existencia de un régimen de subcontratación entre las demandadas Municipalidad de Doñihue y Claudia Ulloa Guerra E. I. R. L, por lo que se les condena a pagar de manera concurrente o in solidum al pago de la suma de \$70.000.000 por concepto de daño moral, y a la suma de \$245.688.000 por concepto de Lucro Cesante.

Dicha suma deberá ser reajustada conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor desde que esta sentencia quede ejecutoriada a la fecha del pago efectivo, aplicándosele, además, los intereses corrientes para operaciones de crédito no reajustables, desde que las demandadas incurran en mora, sin costas.

Redacción de la abogada integrante Leonor Etcheberry.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 3.201-2019.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C.