

SENTIDO DEL ARTICULO 28 DEL CODIGO DEL TRABAJO

BERARDO ELGUETA
Universidad Católica de Valparaíso

El artículo 28 del Código del Trabajo de 1987 señala: "Podrá excederse la jornada ordinaria, pero en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones".

"Las horas trabajadas en exceso se pagarán como extraordinarias".

Dicha norma corresponde a lo que preceptuaba en su artículo 40 el D.L. 2.200 de 1978, hoy derogado.

Frente al texto de la norma transcrita surgen una serie de dudas que hacen aconsejable realizar una análisis exhaustivo de ella.

A. SU ORIGEN

Esta norma fue establecida por primera vez al dictarse el D.L. 2.200 el año 1978, siendo inicialmente la redacción de su inciso 2º más engorrosa, por cuanto transcribía la correspondiente al pago de sobresueldo. Al dictarse la Ley 18.372 se sustituyó el inciso 2º por el que actualmente figura en el Código del Trabajo, siendo la filosofía que movió a la modificación el evitar una inútil repetición de normas.

En la legislación laboral anterior, Código del Trabajo de 1931, no se contenía una norma similar. Sin embargo, en el texto del artículo 3ero. del Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo

elaborado en la Primera Conferencia de la OIT, celebrada en Washington entre el 29 de octubre de 1919 y el 27 de enero de 1920, se lee: "El Límite de horas de trabajo previsto en el artículo 2º (8 horas por día y 48 semanales), podrá ser sobrepasado en caso de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes en las maquinarias o instalaciones, o en caso de fuerza mayor; pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa" (Convenios y recomendaciones. OIT, Ginebra 1966, página 2).

Debe hacerse presente que el referido Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo fue ratificado por Chile en su oportunidad y que en tal carácter se encuentra incorporado al ordenamiento laboral chileno.

Consiguientemente, podría afirmarse que la inclusión en la legislación laboral del actual artículo 28 del Código representa solamente el hecho de haber dado a la publicidad una norma que se encontraba contenida desde antes en el ordenamiento y que no había recibido la suficiente difusión por no haber sido incluida dentro del Código o sus leyes complementarias.

B. INTERPRETACION DE LA NORMA

El texto del artículo 28 expresa: "Podrá excederse la jornada ordinaria..."

Se parte de la hipótesis de un aumento de la jornada ordinaria, la que de acuerdo a nuestra legislación es establecida por el empleador dentro del límite que fija el artículo 23 del propio Código, el que señala: "La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de 48 horas semanales", de lo que establece el artículo 27 del mismo texto que señala: "El máximo semanal establecido en el inciso 1º del artículo 23 no podrá distribuirse en más de 6 ni en menos de 5 días" y que "en ningún caso la jornada ordinaria podrá exceder de 10 horas por día, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 37".

Consiguientemente, corresponde al empleador la fijación de la jornada ordinaria, dentro de los márgenes que le establece la Ley. Esta determinación requiere ser publicitada. Si la empresa es de aquellas que se encuentran obligadas a tener reglamento interno, de acuerdo a lo establecido en el N° 1 del artículo 150 del Código,

debe señalarse en él “las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquél se efectúa por equipos”, quedando de esta manera en conocimiento público, para los trabajadores y para la autoridad, el horario de funcionamiento de la empresa.

Si en cambio, la empresa no está obligada a tener el referido reglamento, el empleador al momento de la contratación o de la tramitación de una modificación al contrato individual, deberá hacer presente a los postulantes o a sus trabajadores el sistema de jornada en uso en la empresa.

Ahora bien, la jornada determinada debe quedar establecida en los contratos individuales del personal de acuerdo con el N° 5 del artículo 10 del Código del Trabajo, esto es, en forma directa o por la vía de la incorporación al mismo de las normas contenidas en el reglamento interno, las que pueden ser incorporadas al contrato por vía referencial.

Entendemos que el “excederse” a que alude el artículo 28 se refiere a la duración de la jornada de cada día de trabajo.

Seguidamente la norma señala que esta extensión se hará “en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena”.

Lo señalado plantea dos cuestiones: a) Hasta cuándo se puede exceder la jornada, y b) Para qué se puede disponer la extensión.

Respecto de lo primero la Ley no establece una limitación como no sea la que emana del objetivo de la extensión de la jornada, por consiguiente, en el caso no se aplica la limitación a la duración de la jornada extraordinaria (sobretiempo) que fija el artículo 30 del Código en dos horas por día. Esta limitación se refiere al trabajo extraordinario convencional.

Respecto del objetivo de la extensión el texto parece claro, “evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena”.

Por “marcha normal del establecimiento o faena” ha de entenderse las actividades necesarias para que la empresa cumpla con el fin económico, social, cultural o benéfico que le corresponde; en el caso de una de carácter productivo, el satisfacer eficientemente una necesidad material de la sociedad.

Por consiguiente, la extensión de la jornada encuentra su justificación en la necesidad social de que la empresa cumpla con su finalidad y sólo en la medida en que esta extensión se haga imprescindible o indispensable para que el objetivo sea cumplido.

El término “indispensable” alude a una idea de necesidad impostergable de actuación inmediata para evitar de esta manera que el objetivo de la empresa deje de cumplirse. Si el asunto es postergable, o sea puede esperar, no se daría el requisito para extensión de la jornada.

La ley ha querido reglamentar cuidadosamente la procedencia de esta extensión de jornada al señalar que ella podrá disponerse cuando “sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones”.

De la lectura de esta parte de la norma se advierte claramente que se encuentran consideradas dos situaciones: a) Que sobrevenga caso fortuito o fuerza mayor, o b) Que deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

Respecto del caso fortuito o fuerza mayor, éste está definido en el artículo 45 del Código Civil, norma que señala “se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

De acuerdo a la doctrina de los tratadistas se distingue el caso fortuito del de fuerza mayor. Se entiende por el primero los fenómenos impedientes que son obra de la naturaleza, tales como un terremoto, una inundación, etc.; y por fuerza mayor los hechos del hombre que imposibilitan al deudor de una obligación para cumplirla, como un acto de autoridad, el apresamiento por enemigos, la quiebra, etc.

Para el legislador los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor son sinónimos. Así lo establece el artículo 45 transcrito.

En todo caso, hechos de la naturaleza que causan daños o crean situaciones de grave peligro para la empresa o para una parte de ella, como vendavales con voladura de techo, el desplome de estructuras, las fallas graves en las mismas por desgaste o corrosión, la obstrucción de ductos, la caída de líneas y otras son causales suficientes para que se disponga el alargamiento de la jornada en la medida en que sea necesaria la inmediata intervención tendiente a evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento. Dicha prolongación puede ser dispuesta pero con el solo objeto de realizar las acciones indispensables para evitar que el fin de la empresa deje de cumplirse debido al problema que se ha presentado.

Por otro lado, los hechos del hombre, como podría ser la acción de la autoridad que formula exigencias nuevas a la empresa, una acción humana dolosa o culposa como la de un terrorista que atenta en contra de las instalaciones o la de un operador descuidado que las daña, puede ser motivo suficiente para que se haga necesario disponer un alargamiento de la jornada con las limitaciones y condicionantes señaladas en el párrafo anterior.

En ambas situaciones descritas, el elemento que debe mediar para que el empleador pueda exigir la extensión de la jornada es que haya “un imprevisto que no sea posible resistir”, sea que provenga de la acción del hombre o de la naturaleza.

Consiguientemente no cabe ni siquiera considerar la hipótesis de “casos fortuitos o de fuerzas mayores programadas o preconocidas”. Si el problema es previsible no puede hacerse uso del artículo 28 aduciendo caso fortuito o de fuerza mayor pues ambos conceptos parten de la base de un “imprevisto que no se puede resistir”.

Seguidamente la norma señala que es procedente la prolongación de la jornada cuando “deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones”.

Nos encontramos aquí con dos hipótesis distintas: a) evitar accidentes, o b) la necesidad de efectuar arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

Ambas situaciones autorizan al empleador a disponer una extensión o prolongación de jornada en la medida en que ella sea indispensable para “evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento”.

Naturalmente que, de acuerdo a lo que señala el texto expreso de la ley, no se trata aquí de que el empleador o sus representantes puedan en cualquier momento disponer una prolongación de jornadas porque existe cualquier necesidad de adoptar medidas normales para evitar accidentes o realizar reparaciones o arreglos en las maquinarias o instalaciones. Lo que debe haber es una necesidad imperiosa de actuar surgida de un imprevisto, de modo que si la situación de peligro no es de una entidad tal que sea potencialmente y en forma inmediata una causa de inseguridad para los trabajadores, o si las reparaciones pueden esperar, o sea que si ellas no se realizan de inmediato el proceso productivo no se va a interrumpir, no cabría disponer una prolongación de la jornada. Tras este problema debe

existir una determinación de tipo técnico que escapa del campo jurídico, pero que debe acatar los márgenes fijados por el legislador.

En resumen la facultad del empleador y de sus representantes para disponer una prolongación de jornada fundada en el artículo 28 del Código del Trabajo no es tan amplia como podría pensarse si se hace un análisis simplista, utilitario o ligero de la norma.

Estamos frente a una facultad condicionada en cuanto a su ejercicio al cumplimiento de los requisitos que establece la ley y a que se den las circunstancias que la misma determina. Debe existir en primer lugar una situación de peligro para la empresa que tenga el carácter de urgente e impostergable en el sentido de que si no es abordada en forma inmediata pueda amenazar el cumplimiento de la función social que a ésta le corresponde.

En segundo término, estas circunstancias deben derivar de un imprevisto, que puede consistir en algo que provenga de la naturaleza o de la acción del hombre o haber surgido una circunstancia capaz de poner en peligro la vida o la integridad del equipo humano de la empresa o haberse pesquisado alguna falla en las maquinarias o instalaciones que impone la necesidad de una inmediata reparación o arreglo.

C. LA ACTITUD DE LAS PARTES FRENTE A LA PROLONGACION DE JORNADA

De acuerdo a nuestra legislación, corresponde al empleador la facultad privativa de dirigir y administrar la empresa. Así lo señala el artículo 291 del Código del Trabajo al declarar que tal facultad no es ni puede ser objeto de negociación.

Ambas facultades, la de dirigir y administrar, aún cuando se encuentran íntimamente ligadas son diferentes. Las de dirección deben ser entendida como la de mandar en la empresa, que impone como contrapartida para el trabajador los deberes de obediencia, de acatamiento de jerarquía, de sujetarse a las órdenes y procedimientos que se le impartan o establezcan.

La facultad de dirección está íntimamente relacionada con el elemento subordinación que caracteriza a las relaciones laborales.

La de administrar, en cambio, ha de entenderse enlazada con lo referido a la asignación y uso de los recursos de tipo material y humano que integran la empresa.

La empresa, por definición, debe tener un objetivo a cuyo cumplimiento ha de estar enfocado el esfuerzo de quienes la integran, personas que usando los medios materiales de que se dispone realizan las diversas acciones encaminadas al logro del objetivo.

En un proceso lógico, corresponde al empleador en su carácter de dueño del capital o de los medios de producción, el diseñar y trazar el objetivo asignando luego los medios materiales para su cumplimiento. Es él quien determina fundar la empresa y utilizar sus medios para el logro de la finalidad que le asigna a su creación.

Luego viene la contratación del recurso humano para que opere los medios materiales; así comienza a funcionar "la empresa", entendiendo por tal la aventura que se emprende tras el logro de un objetivo.

En uso de sus facultades de administración, el empleador asigna, controla y maneja los recursos, sea que lo haga por sí mismo o por intermedio de sus subordinados directos en quienes delega parte de sus atribuciones. Esos subordinados directos serán los ejecutivos, supervisores y jefes en general. Su papel no se limita a la asignación de los medios, tiene además que organizar la empresa, es decir, determinar cómo se va a operar en ella fijando los procedimientos, los turnos, los horarios, etc.

Una empresa bien organizada debería operar sin problema, ya que hemos de partir de la base de que las medidas adoptadas y las disposiciones tomadas deben haber sido apropiadamente planificadas. Así como con una nave bien apertrechada y bien tripulada el armador se lanza confiado a la aventura marítima en la seguridad de arribar a buen puerto, el empleador con una empresa bien organizada podría confiar en el éxito seguro, sin embargo, pueden surgir imponderables o situaciones de emergencia que hagan necesaria la adopción de medidas inmediatas para evitar que la aventura o "empresa" fracase o no cumpla debidamente su objetivo. La emergencia es a la empresa lo que la tempestad es al armador.

Si las eventualidades que surgen son las estatuidas en el artículo 28 del Código del Trabajo, el empleador podrá disponer que se exceda la jornada ordinaria en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena.

Es en el empleador o en sus representantes que radica la facultad de disponer esta medida de emergencia, como en el capitán la de enmendar el rumbo de la nave. El debe disponerla y deberá

ponderar su procedencia, de ahí el término “podrá” que utiliza el legislador.

Debe afirmarse, desde luego, que para que esta orden sea válidamente impartida se requerirá que se hayan ponderado debida y seriamente los antecedentes, circunstancias y posibles consecuencias futuras de la no actuación inmediata.

En esta ponderación, si el empleador no tiene los conocimientos técnicos suficientes deberá asesorarse con los dependientes o terceros que los tengan, de manera de disponer lo que corresponda en forma apropiada.

Por su parte, para el trabajador la determinación del empleador de disponer una prolongación de jornada de conformidad al artículo 28 configura una orden patronal que debe ser acatada en virtud de su obligación de subordinación a quien dirige y administra la empresa.

Por ello, doctrinariamente se denomina a esta institución “sobre-tiempo forzado” por cuanto el trabajador no puede negarse a laborar en estas condiciones cuando así sea dispuesto.

En Derecho Comparado, el sistema establecido en el artículo 28 del Código recibe el nombre de “horas extraordinarias para trabajos imprescindibles”. Respecto de ellas los Profesores Gaspar Bayón-Chacón y Eugenio Pérez Botija señalan en su Manual de Derecho del Trabajo (Madrid 1967, tomo II, Pág. 475), que “se diferencian de las horas extraordinarias normales por dos circunstancias: 1) son siempre obligatorias para el obrero, y 2) se remuneran sin recargo...”

Tanto en el Derecho Laboral español cuanto en el chileno, las horas extraordinarias tienen el carácter de convencionales y en ambos, la prolongación de jornada por la necesidad de realizar trabajos imprescindibles e impostergables tiene el carácter de sobre-tiempo forzado.

La razón de ello es que el legislador no ha querido entregar al trabajador la calificación de la urgencia de la tarea que se le solicita realizar. Por ello simplemente se le impone la obligación de cumplirla.

Ahora bien, la norma del artículo 28 del Código es una norma laboral, por consiguiente debe ser interpretada restrictivamente, con criterio estricto y con enfoque proteccionista. Debe tenerse presente que su aplicación restringe o limita el tiempo de libre

disposición con que cuenta el trabajador tras su jornada y que esa limitación es de tipo indeterminada.

El trabajador al recibir la orden debe cumplirla porque de no hacerlo vulneraría su deber de subordinación, pudiendo incluso llegar a configurar la causal de caducidad de contrato de trabajo prescrita en el artículo 156 N° 4 del Código, esto es, abandono de trabajo, por cuanto se considera que entre las cláusulas esenciales se encontraría la de laborar en prolongación de jornada cuando sobrevengan circunstancias como las descritas en el artículo 28 del Código.

Lo anterior es consecuencia del hecho de que, de conformidad al artículo 3ero. del Código del Trabajo, la empresa es un ente integrado por capital, trabajo y administración con vistas a un objetivo. Si el trabajador es parte de la empresa, lógicamente debe compartir su destino y entregar su esfuerzo cuando su estabilidad, suerte o futuro estén en juego.

El contrato de trabajo ha de ser entendido como el acto por el que el trabajador se integra a la empresa y amarra su suerte a la de ésta no como una compraventa o arrendamiento de mano de obra, por consiguiente el deber de actuar para impedir males mayores en la empresa debería ser considerado hoy como una cláusula de la esencia del contrato.

Como la prolongación de jornada, pese a que tiene un trato remuneracional especial en el sistema chileno, representa una limitación a la libertad del trabajador y su cumplimiento es algo que dispone el empleador, no cabe en principio sino que el dependiente la acate, sin embargo, si considera que el empleador o su representante han hecho una errónea apreciación de los hechos debe existir la posibilidad de que a posteriori se haga efectiva la responsabilidad de quien mal usó de esta facultad excepcional.

Al no existir en el Código una sanción específica para el empleador que infringe la norma en estudio procedería que su incumplimiento por parte del empleador sea sancionado en la forma prescrita en el artículo 451 del Código, esto es, con una multa a beneficio fiscal de 1 a 10 Unidades Tributarias Mensuales, incrementándose hasta 10 Unidades Tributarias Mensuales por cada 100 trabajadores afectados por la infracción, la que se duplicaría en caso de reincidencia en un período de 6 meses.

Como puede advertirse, si el trabajador se niega a cumplir con lo ordenado por el empleador, puede ser sancionado hasta con la ter-

minación inmediata de su contrato y si el empleador mal usa de la facultad que se estatuye en el artículo 28, la sanción económica que debe serle aplicada es de gran trascendencia.

D. ANALISIS DE ALGUNAS SITUACIONES DUDOSAS

En el texto de los reglamentos internos de orden higiene y seguridad se suelen contener normas que repiten más o menos con exactitud la fórmula del artículo 28 del Código del Trabajo, tal es el caso del Nº 9 del artículo 15 del Reglamento Interno de la División Chuquicamata. Ante este hecho surge la duda si tal inclusión alteraría de alguna manera las conclusiones a que antes se arribara en materia de interpretación de la norma legal.

Teniendo en consideración que las normas internas que establezca el empleador tienen por límite la legislación laboral, debe concluirse en que estas normas fijadas internamente no pueden ir más allá que el texto legal y que, por consiguiente el empleador no se encontraría en condiciones de morigerar por la vía del reglamento interno las condiciones o limitaciones que la ley establece.

La segunda situación dudosa se produce en aquellos casos en que las empresas durante determinados períodos del año paralizan sus actividades productivas y aprovechan de entrar en etapas de mantención programada. Tal mantención se hace generalmente con personal propio y en oportunidades se refuerza las cuadrillas con personal transitorio o suministrado por terceros.

Frente a este caso se presenta la duda de si el personal de mantención que permanece laborando lo hace en virtud de una convocatoria formulada en virtud del artículo 28.

Estimamos que aquel personal que labora en su jornada y en su tarea, simplemente cumple con sus actividades habituales pactadas, ya que la naturaleza de sus servicios es la de ser trabajador de mantención. Sólo operaría la norma del tantas veces mencionado artículo 28 en la medida en que se hiciera necesario extender la jornada normal del trabajo de este personal para lograr hacer entrega de las instalaciones en condiciones de operar en el momento en que la empresa deba reiniciar sus actividades para dar reinicio a su giro.

Si el personal debe ser convocado para prestar servicios en días en que le corresponda su descanso normal, de acuerdo a los calendarios establecidos y se hiciera imprescindible contar con sus servi-

cios, la exigencia debería fundarse en el artículo 36 del Código del Trabajo y no en el 28 del mismo.

Una tercera situación que merece especial consideración es la que se produce cuando en una determinada faena, sección o tarea en que se labora en base a un sistema de turnos, el trabajador que debe relevar al que se encuentra prestando sus servicios no se presenta oportunamente a sus funciones.

Existe nutrida Jurisprudencia Administrativa de la Dirección del Trabajo que ha señalado que en tal evento, y cumpliéndose la condición de que no sea posible que la actividad quede abandonada, se hace exigible al trabajador que debía ser relevado que siga prestando sus servicios, aun cuando ello le signifique laborar una nueva jornada. En este caso estamos frente a una situación que habilita al empleador para aplicar lo establecido en el artículo 28 fundado en un caso fortuito o fuerza mayor.

Debe dejarse constancia que este sería el único caso en que legalmente procedería el llamado "redoble de jornada".

Finalmente, no queremos cerrar esta parte de este trabajo sin reiterar nuevamente que el artículo 28 del Código del Trabajo gira sobre la base de situaciones sorpresivas, de emergencia que hacen necesaria la prolongación de la jornada diaria del personal, no siendo procedente por lo tanto la aplicación de las facultades que otorga la norma cuando los hechos han sido previsibles (como en el caso de las mantenciones programadas) o cuando la empresa cuenta con los medios que le permitan seguir operando dentro de los márgenes normales de producción y seguridad, de modo que la reparación, el arreglo, la eliminación de condiciones inseguras pueda hacerse, razonablemente, dentro de la jornada de trabajo siguiente. Debe reiterarse, asimismo, que la duración de la prolongación de jornada está condicionada por el tiempo que demande la estricta superación de la emergencia creada o surgida.

CONCLUSION

El artículo 28 del Código del Trabajo es una norma excepcional que habilita al empleador para alterar extraordinariamente la duración de la jornada de su personal.

Se trata de una disposición que pese a su aparente simplicidad establece requisitos estrictos y específicos para su puesta en ejecu-

ción y cuya infracción puede traducirse en sanciones graves.

Tratándose de una norma excepcional, debe ser utilizada con ponderación, en la conciencia que sólo puede hacerse uso de ella frente a circunstancias especiales y sin olvidar que ella integra la legislación laboral que es por naturaleza proteccionista, por ende de interpretación restringida y estricta.