



Chile  
Capacita

# **MÓDULO 1**

# **JURISPRUDENCIA**

---

# EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

## UNIDAD 1

### PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

#### PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

##### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 2661/0161, de 31.05.1993:*

*"La subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia, para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o que modifiquen los ya existentes, sin perjuicio de su actualización, dejándose constancia en ellos del cambio de empleador y conteniéndose una mención relativa a la antigüedad de los dependientes, sin que sea necesario agregar o modificar ninguna otra estipulación".*

*"La falta de anuencia del trabajador en la antedicha actualización, es irrelevante toda vez que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores por aplicación de la norma contenida en el inciso 2° del Código del Trabajo se produce por el solo ministerio de la ley".*

*Ordinario N° 2940, de 12.06.2015:*

*De la disposición legal precedentemente transcrita se infiere, como reiteradamente lo ha sostenido esta Dirección, que el legislador ha vinculado la continuidad de la relación laboral y los derechos individuales y colectivos del trabajador con la empresa y no con la persona natural o jurídica dueña de ésta. Por tal razón las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran tales derechos ni la subsistencia de los contratos de trabajo, los que continúan vigentes con el nuevo empleador.*

*Es dable señalar que del precepto legal citado anteriormente se desprende que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio o mera tenencia de la empresa se produce por el solo ministerio de la ley, razón por la cual tal situación no constituye causal de término de los contratos de trabajo, motivo por el que no se ve afectada la plena vigencia de los instrumentos celebrados en la entidad primitiva.*

*El criterio en comento se desprende de los pronunciamientos formalizados en Dictámenes N°s 1607/35 de 28.4.2003; 4607/324 de 31 de octubre de 2000; 4420/315 de 23.10.2000 y 2736/049 de 8.7.2011, entre otros.*

*Ahora bien, en el evento que la empresa ..... S.A., por decisión interna resuelva traspasar algunos de sus activos a ..... S.A., dando lugar efectivamente a un cambio del titular de la entidad empleadora respecto de todo o parte de su personal dependiente, será aplicable el principio de continuidad de la relación laboral contemplado en el artículo 4 inciso 2° del Código del Trabajo, no pudiendo verse afectados los derechos y obligaciones que los trabajadores tengan en virtud de contratos individuales o colectivos de trabajo, los que en todo caso se mantienen vigentes con el nuevo empleador.*

*Ordinario N° 3419, de 30.06.2016.*

*De la disposición legal precedentemente transcrita se infiere, como reiteradamente lo ha sostenido esta Dirección, que el legislador ha vinculado la continuidad de la relación laboral y los derechos individuales y colectivos del trabajador con la empresa y no con la persona natural o jurídica dueña de ésta. Por tal razón*

*las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran tales derechos ni la subsistencia de los contratos de trabajo, los que continúan vigentes con el nuevo empleador.*

*La doctrina institucional ha precisado, además, que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio o mera tenencia de la empresa se produce por el solo ministerio de la ley, razón por la cual tal situación no constituye causal de término de los contratos de trabajo de los respectivos dependientes, no viéndose así afectada, la plena vigencia de los instrumentos celebrados en la entidad primitiva, los cuales se mantienen en su totalidad, no obstante las modificaciones totales o parciales del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa.*

*La señalada doctrina también ha sostenido que la relación laboral se establece entre el trabajador y la empresa, por lo que, considerando que la ley entiende por esta última toda organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo la dirección de un empleador, dable resulta concluir que lo fundamental para mantener el vínculo laboral es el componente factual, el que permaneciendo en el tiempo, permite la continuidad de la relación laboral, independientemente de las modificaciones que pueda sufrir el componente jurídico.*

*Igualmente ha precisado, entre otros, en dictamen 2661/161 de 31.05.1993, que "la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores, en caso de verificarse la modificación total o parcial del dominio o mera tenencia, se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia, para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o que modifiquen los ya existentes..."*

*Ordinario N° 3566, de fecha 08.07.2016.*

*En primer término, corresponde precisar que esta Dirección carece de competencia legal para pronunciarse sobre el sentido y alcance de lo dispuesto en la ley N° 19.728 sobre Seguro de Desempleo, y resolver acerca de aportes y cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores al mismo seguro, materias que deben ser conocidas por la misma Administradora de Fondos de Cesantía S.A. AFC y, en definitiva, por la Superintendencia de Pensiones.*

*No obstante lo anterior, respecto de su consulta referida a la continuidad laboral de los dependientes que se encuentran en el caso descrito, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:*

*El artículo 4° del Código del Trabajo, en su inciso 2°, establece:*

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

*De la disposición legal precedentemente transcrita se infiere, como reiteradamente lo ha sostenido esta Dirección, que el legislador ha vinculado la continuidad de la relación laboral y los derechos individuales y colectivos del trabajador con la empresa y no con la persona natural o jurídica dueña de ésta. Por tal razón las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran tales derechos ni la subsistencia de los contratos de trabajo, los que continúan vigentes con el nuevo empleador.*

*La doctrina institucional ha precisado, además, que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio o mera tenencia de la empresa se produce por el solo ministerio de la ley, razón por la cual tal situación no constituye causal de término de los contratos de trabajo de los respectivos dependientes, no viéndose así afectada, la plena vigencia de los instrumentos celebrados en la entidad primitiva, los cuales se mantienen en su totalidad, no obstante las modificaciones totales o parciales del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa.*

*La señalada doctrina también ha sostenido que la relación laboral se establece entre el trabajador y la empresa, por lo que, considerando que la ley entiende por esta última toda organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo la dirección de un empleador, dable resulta concluir que lo fundamental para mantener el vínculo laboral es el componente factual, el que permaneciendo en el tiempo, permite la continuidad de la relación laboral, independientemente de las modificaciones que pueda sufrir el componente jurídico.*

*Igualmente ha precisado, entre otros, en dictamen 2661/161 de 31.05.1993, que "la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores, en caso de verificarse la modificación total o parcial del dominio o mera tenencia, se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia, para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o que modifiquen los ya existentes..."*

*Ahora bien, consta de los antecedentes acompañados a su presentación, especialmente de una muestra de contratos individuales de trabajo, que, tal como señala, el 01 de julio de 2012 la empresa ..... S.A. habría contratado a ciertos trabajadores acordando con ellos el reconocimiento de antigüedad laboral con su empleador anterior y la continuidad de su relación laboral.*

*Asimismo, aparece que con fecha 01 de diciembre de 2015, los mismos trabajadores habrían acordado con ..... S.A. en un anexo a sus contratos individuales de trabajo, que ésta es su actual empleadora y el reconocimiento de su antigüedad laboral con la empresa señalada en el acápite anterior.*

*Respecto de lo anterior, cabe destacar que de los mismos antecedentes se desprende que con fecha 27.11.2015 se redujo a escritura pública otorgada ante el Notario Público de Santiago don ....., el acta de la junta extraordinaria de accionistas celebrada el 27.11.2015, en la que las empresas .....S.A.", "..... S.A"y "..... S.A.", acordaron su fusión, absorbiendo la primera de las sociedades señaladas, a las otras dos.*

*Cómo es dable apreciar, las partes habrían acordado en los contratos individuales de trabajo que en el año 2012 y 2015, la nueva sociedad reconoce para todos los efectos legales y contractuales, el período laborado para las empresas primitivas. Asimismo, corresponde considerar, que de acuerdo a lo dispuesto en el citado y comentado inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo, la modificación del dominio de las empresas empleadoras absorbidas por ..... S.A., tampoco afectaría los derechos y antigüedad laboral de los trabajadores de que se trata.*

*Lo anterior, guarda armonía, con la doctrina de este Servicio sobre la materia en consulta, contenida en Dictamen N° 3314/57 de 28.06.2016, que ha precisado que: "en caso de que a través de una cláusula contractual expresa, las partes contratantes reconozcan la continuidad de los servicios prestados para ambas empresas, ello sería suficiente para considerarlas como una relación laboral única para los efectos de que se trata, cuya fecha de inicio sería la de ingreso a la primera de ellas."*

*Pues bien, de lo expuesto, no cabe sino concluir, que, en la especie, existiría continuidad entre los servicios prestados por los trabajadores objeto de su consulta, por lo cual debe considerarse como fecha de inicio de los respectivos servicios la acordada por las partes en los contratos individuales de trabajo suscrito entre ellos y la empresa consultante.*

**Ordinario N° 5297/121, de 06.11.2017**

*Este Servicio, según criterio manifestado en Dictamen N° 627/14, de 21.01.1991, sostiene que el cambio de concesionario de un Casino de Juegos constituye una modificación de la mera tenencia de la empresa, por lo que dicha circunstancia no puede alterar los derechos laborales ni las obligaciones que derivan del carácter de empleador.*

*Luego, la continuidad laboral debe necesariamente manifestarse en los términos que dispone el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo, esto es, sin alterar los derechos de los trabajadores contenidos en sus*

*contratos de trabajo individual o instrumentos colectivos, los que mantienen su vigencia y continuidad con el nuevo operador.*

*Lo anterior, deriva de entender que el término del contrato de concesión no implica un motivo justificado para poner fin a la relación laboral, puesto que, ante tales circunstancias, no se configurarían las causas de término consistentes en el fin de la obra o faena, ni el vencimiento del plazo convenido, sino más bien, una eventualidad propia de la explotación del negocio, misma que en virtud del principio de ajenidad, no puede ser transferida en perjuicio de los trabajadores.*

*En ese sentido, se comprende que el legislador haya utilizado la expresión continuidad, y no un mecanismo indemnizatorio a favor de los trabajadores, puesto que todo el sistema de autorización de casinos se funda en un interés de continuidad operacional.*

*Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que el actual operador ponga término a la relación laboral –antes o al verificarse el vencimiento de la concesión– invocando alguna de las causales de despido que contempla el Código del Trabajo, mismas que podrían eventualmente contener el derecho a una indemnización en favor del trabajador.*

*Sin embargo, la evaluación de la legalidad del despido y la causal invocada al efecto, corresponderá exclusivamente a los Tribunales de Justicia, órgano que podría declarar aquella como injustificada, indebida o improcedente.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmplame informar a Ud., que:*

*1.- En virtud de lo dispuesto en la Ley N° 19.995 de 07.01.2005, las sociedades que reciban el permiso para operar Casinos de Juegos, en aquellas comunas regidas por el régimen excepcional de autorización para la instalación y funcionamiento contemplado en el artículo 3° transitorio de la Ley, deben cumplir con su obligación de ofrecer continuidad laboral por lo menos al 80% de los dependientes del actual concesionario, conforme a los criterios y condiciones establecidos por la Superintendencias de Casinos de Juego.*

*2.- El cambio de concesionario u operador de Casinos de Juego, constituye una modificación en la mera tenencia de la empresa, razón por la que no podrán por este hecho, verse alterados los derechos ni obligaciones de naturaleza laboral.*

**Ordinario N° 3254, de 17.07.2017**

*Las modificaciones totales o parciales al dominio, posesión o mera tenencia de una empresa, no tienen incidencia en la vigencia de las organizaciones sindicales allí constituidas, siempre que mantengan el cuórum exigido por la ley para su funcionamiento y sin perjuicio de la conveniencia de reformar sus estatutos, en lo pertinente.*

*En tales circunstancias, forzoso es concluir que el sindicato Nacional de Trabajadores N° 2 de ..... S.A. no ha visto afectada su existencia a consecuencia de la referida adquisición de la empresa que sirvió de base para su constitución, toda vez que dicha organización sindical ha mantenido su vigencia luego del aludido cambio de dominio.*

**Ordinario N° 3275, de 18.07.2017**

*Es al administrador provisional a quien corresponde desde el momento en que asume funciones, enterar las remuneraciones del personal a su cargo, como asimismo, recibir y tramitar la documentación relativa a licencias médicas, sean asociadas a enfermedad común, accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales que se le presentaren, y en general todo lo que diga relación con el ejercicio de las facultades y obligaciones propias del empleador, durante el período señalado en la respectiva resolución judicial.*

**Ordinario N° 5297/121, de 06.11.2017:**

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud., que:*

*1.- En virtud de lo dispuesto en la Ley N° 19.995 de 07.01.2005, las sociedades que reciban el permiso para operar Casinos de Juegos, en aquellas comunas regidas por el régimen excepcional de autorización para la instalación y funcionamiento contemplado en el artículo 3° transitorio de la Ley, deben cumplir con su obligación de ofrecer continuidad laboral por lo menos al 80% de los dependientes del actual concesionario, conforme a los criterios y condiciones establecidos por la Superintendencias de Casinos de Juego.*

*2.- El cambio de concesionario u operador de Casinos de Juego, constituye una modificación en la mera tenencia de la empresa, razón por la que no podrán por este hecho, verse alterados los derechos ni obligaciones de naturaleza laboral.*

**Ordinario N° 324, de 19.01.2017:**

*De la norma legal transcrita se infiere, que el legislador ha vinculado la continuidad laboral y los derechos individuales y colectivos del trabajador con la empresa en sí y no con la persona natural o jurídica dueña, poseedora o mera tenedora de la misma. Por tal razón, las modificaciones totales o parciales acerca del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán tales derechos ni la subsistencia de los contratos de trabajo, los que continúan vigentes con él o los nuevos empleadores.*

*Lo anterior, reviste armonía con la jurisprudencia reiterada y uniforme de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen N° 3542/97, de 12.08.2005.*

*En la especie, de los antecedentes aportados a esta Dirección respecto del caso en consulta, aparece que con fecha 02 de enero de 2003, la Empresa de Construcciones ..... Ltda. celebró un contrato de trabajo con don ..... y que con fecha 01 de junio de 2008, el mismo dependiente suscribió un nuevo contrato de trabajo con la Empresa Constructora .....S.A. en cuya cláusula undécima las partes reconocieron que el trabajador mantiene relación laboral con esa empresa desde el 02 de enero de 2003.*

*En relación con lo anterior, cabe hacer presente que de la escritura pública de modificación y división de sociedad extendida el 25 de febrero de 2008, ante el Notario Público de Santiago don ....., aparece que la empresa de Construcciones ..... S.A. pasó a denominarse Empresa Constructora ..... S.A.*

*De esta suerte, de acuerdo a los antecedentes observados por el suscrito y lo informado por el recurrente, posible es inferir que entre esa empresa existe una relación laboral plenamente vigente, sin interrupción, desde el 02 de enero de 2003 con el trabajador Sr. ....*

**Ordinario N° 1367, de 28.03.2017:**

*Del precepto legal transcrito se desprende, como reiteradamente lo ha sostenido esta Dirección, que el legislador ha vinculado los derechos que individual o colectivamente corresponden a los trabajadores, como asimismo, la subsistencia de sus contratos individuales y colectivos, a la empresa en sí y no a la persona natural o jurídica propietaria, poseedora o tenedora de la misma, de forma tal que las modificaciones relativas a su dominio, posesión o mera tenencia, sean totales o parciales, no alteran la continuidad de la relación laboral ni los derechos que de ella se derivan, los cuales se mantienen subsistentes con el nuevo empleador.*

*Del señalado precepto se desprende, asimismo, que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia, para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o que modifiquen los ya existentes. Así, lo ha precisado la doctrina institucional a través de diversos pronunciamientos jurídicos.*

*Aclarado lo anterior, es necesario hacer presente que de los antecedentes aportados en su presentación se infiere que a través de la restructuración de las empresas que conforman el denominado Grupo ....., se ha determinado la necesidad de centralizar las labores efectuadas por el personal de apoyo al giro que ha realizado dichas funciones, no sólo para aquella que figura como empleadora, sino también para otras sociedades de dicho grupo, para cuyo efecto se ha creado una nueva persona jurídica, denominada ..... SpA., a la cual será traspasado el referido personal.*

*Consta de los antecedentes acompañados, que la aludida sociedad fue constituida por escritura pública de 1° de abril de 2016, otorgada ante el Notario Titular de la Notaría de Santiago, Sr. ...., por don ....., en representación de ..... Ltda., controladora del grupo, cuyo objeto social consiste, principalmente, en "...prestar servicios profesionales, técnicos y de gerenciamiento para facilitar a sus clientes, personas naturales o jurídicas, el desarrollo más eficiente de sus negocios, actividades y servicios propios...".*

*El análisis de dichos antecedentes permite deducir que la empresa ....., ha experimentado una subdivisión, al escindir su actividad de apoyo al giro prestado a otras sociedades del grupo, radicándola en una nueva empresa formada por ella misma. Tal circunstancia, autoriza para afirmar, que a su respecto ha operado una modificación relativa al dominio, posesión o mera tenencia en favor de la nueva entidad creada para asumir dicha actividad.*

*De ello se sigue que en el caso planteado tiene plena aplicabilidad la norma prevista en el artículo 4°, inciso 2° del Código del Trabajo, ya transcrita y comentada, debiendo concluirse por lo tanto, que los dependientes que sean traspasados a la empresa ..... SpA, creada para realizar las funciones de apoyo al giro que éstos realizaban con la anterior empleadora conservan, por el solo ministerio de la ley, las condiciones contractuales convenidas con ésta.*

*En apoyo de la conclusión anterior, resulta pertinente señalar que en fallo de fecha 21.03.2000, dictado por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, en la causa rol N° 1401-99 se sostuvo lo siguiente: "Que conforme a los antecedentes probatorios existentes, analizados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el Tribunal considera suficientemente probado el hecho de que la sociedad demandada es continuadora de la anterior empleadora de la demandante, en los términos que establece y considera el artículo 4° del Código del Trabajo, puesto que las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos de los trabajadores emanados de sus contratos de trabajo, manteniéndose la continuidad con los nuevos empleadores, lo que en este caso resulta evidente, porque la relación de trabajo existente entre los trabajadores de .A., continuó sin interrupción con la nueva empleadora, en las mismas funciones y sin que haya existido solución de continuidad en la prestación de servicios. No tiene importancia que en los nuevos contratos no se haya señalado expresamente esta situación, por cuanto en el silencio de las partes la ley lo soluciona en la forma dispuesta en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo."*

*Cabe manifestar, finalmente, que, tal como lo ha manifestado esta Dirección entre otros, en dictámenes N°s. 3505, de 13.06.84; 2372, de 26.10.82; y 2.661/161, de 31.05.93, la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o modifiquen los ya existentes.*

*Lo expuesto no obsta a que se actualicen los contratos de trabajo, dejándose constancia en ellos del cambio de empleador y conteniéndose una mención relativa a la antigüedad de los dependientes.*

*Por último, se estima necesario advertir, considerando los antecedentes aportados a su presentación, que la conclusión a que se arriba en el presente informe debe entenderse sin perjuicio del derecho que asiste a los trabajadores de las empresas que conforman el denominado Grupo Cabal, si así lo estiman pertinente, de deducir ante los Tribunales de Justicia competentes las acciones legales tendientes a obtener la declaración de que aquellas sean consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, conforme a lo previsto en el inciso 4° y siguientes del artículo 3 del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 3275, de 18.07.2017:**

*Cabe hacer presente que en conformidad al inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo, y en relación a la reiterada doctrina de esta Dirección del Trabajo, contenida, entre otros, en dictámenes N°s 5047/220, 1607/35 y 4607/324, de 26.11.2003, 28.04.2003 y 31.10.2000, respectivamente, que la relación laboral se establece entre el trabajador y la empresa; por ende, considerando a esta última como “la organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos”, es posible concluir que el elemento esencial para el mantenimiento del vínculo laboral es el componente factual, el que permaneciendo en el tiempo, permite la continuidad de la relación laboral, con prescindencia de las modificaciones que pueda experimentar el componente jurídico.*

*Este y no otro es el espíritu del legislador al establecer la norma del artículo 4° inciso segundo del Código del Trabajo, antes transcrito, que expresamente reconoce la continuidad y vigencia no solo de los beneficios derivados del contrato individual, sino que además se refiere a “los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.”*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que es al administrador provisional a quien corresponde desde el momento en que asume funciones, enterar las remuneraciones del personal a su cargo, como asimismo, recibir y tramitar la documentación relativa a licencias médicas, sean asociadas a enfermedad común, accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales que se le presentaren, y en general todo lo que diga relación con el ejercicio de las facultades y obligaciones propias del empleador, durante el período señalado en la respectiva resolución judicial.*

**Ordinario N° 696, de 06.02.2018:**

*En primer término, corresponde precisar que esta Dirección carece de competencia legal para pronunciarse sobre el sentido y alcance de lo dispuesto en la ley N° 19.728 sobre Seguro de Desempleo, y resolver acerca de aportes y cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores al mismo seguro, materias que deben ser conocidas por la misma Administradora de Fondos de Cesantía S.A. AFC y, en definitiva, por la Superintendencia de Pensiones.*

*Sin perjuicio de lo anterior, cumplo con informar a Ud. que, esta Dirección mediante su jurisprudencia vigente y uniforme, contenida, entre otros, en Ord. N° 6053 de 15.12.2017, ha señalado que:*

*“El cambio de naturaleza jurídica de Sociedad Educacional con fines de lucro a Corporación Educacional sin fines de lucro, constituye una transferencia en la calidad de sostenedora en los términos previstos en el artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.845”*

*A la luz de la doctrina citada, se infiere, que de dicha transferencia se derivan los siguientes efectos legales:*

- a) *El sostenedor que haya adquirido tal calidad en virtud de dicha transferencia será el sucesor legal de todos los derechos y obligaciones que el transferente haya adquirido o contraído, con ocasión de la prestación del servicio educativo.*
- b) *Los establecimientos educacionales respecto de los cuales se traspaşa la condición de sostenedor, mantienen el reconocimiento oficial con el que contaban antes de la transferencia.*
- c) *El transferente y el adquirente serán solidariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales, contraídas con anterioridad a la transferencia.*

*Conforme a ello el trabajador tiene la facultad legal de exigir indistintamente al transferente o al nuevo sostenedor el total de lo adeudado por concepto de obligaciones legales y previsionales antes de la transferencia, entendiéndose por obligaciones laborales todas aquellas que emanan de la ley o de los contratos individuales o instrumentos colectivos de trabajo de los dependientes de los establecimientos*

*educacionales de que se trata, tales como el pago de las remuneraciones y asignaciones, y por obligaciones previsionales, las relacionadas con el íntegro de la cotizaciones para pensiones, salud, accidentes del trabajo, seguro de desempleo.*

*d) La transferencia de la calidad de sostenedor no altera los derechos y obligaciones de los trabajadores, ni la subsistencia de los contratos de trabajo individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo que los rijan, los que continuarán vigentes con el nuevo empleador para todos los efectos legales, como si dicha transferencia no se hubiese producido.*

*Vale decir, se reconoce la continuidad de los beneficios derivados de los contratos individuales y de los instrumentos colectivos de trabajo de los respectivos dependientes, los cuales mantendrán su vigencia con el nuevo sostenedor.*

**Ordinario N° 4124, de 07.08.2018:**

*Cabe señalar que la doctrina de este Servicio ha precisado que la subsistencia de los derechos y obligaciones de las partes en una relación laboral en el caso de alteraciones al dominio, posesión o tenencia de la empresas se produce por el solo ministerio de la ley, no requiriéndose en consecuencia que aquellas deban suscribir un nuevo contrato de trabajo o modificar los ya existentes, lo que no obsta a que las partes acuerden actualizar los contratos individuales, dejándose constancia en ellos del cambio de empleador y se consigne la antigüedad de los dependientes, sin que sea necesario agregar o modificar ninguna otra estipulación.*

*En concordancia, con la doctrina del Servicio prevista en Dictamen N° 4432/207 de 28.11.01, en el caso en comento no se produce la existencia de un nuevo contrato de trabajo, por el contrario, se trataría de un caso en que existe continuidad laboral con cambio de razón social.*

**Ordinario N° 4908, de 25.09.2018**

*A fin de dar respuesta a su presentación, se solicitó informe a la Superintendencia de Seguridad Social, que señaló que la entidad empleadora afiliada a una Caja de Compensación y que opte por el cambio de razón social y R.U.T., suscribiendo con sus trabajadores los respectivos anexos de contrato de modo de mantener la antigüedad laboral de los mismos, no debe ver afectada su actual afiliación a la C.C.A.F., lo anterior, sin perjuicio de que la respectiva entidad empleadora lleve a cabo un proceso de desafiliación, conforme a la normativa vigente.*

**Ordinario N° 4003, de 20.08.2019**

*Esta Dirección reiteradamente ha sostenido que el legislador ha vinculado la continuidad laboral y los derechos individuales y colectivos del trabajador con la empresa en sí y no con la persona natural o jurídica dueña de ésta, por tal razón, las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran tales derechos ni la subsistencia de los contratos e instrumentos colectivos de trabajo, todo lo cual opera por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de suscribir un nuevo contrato de trabajo o modificar los actualmente vigentes (Dictamen N° 5693/245, de 16.10.1993).*

*Deberá sin embargo, darse cumplimiento al inciso segundo del artículo 11 del Código del Trabajo, en el sentido que "la remuneración del trabajador deberá aparecer actualizada en los contratos por lo menos una vez al año, incluyendo los referidos reajustes", pudiéndose agregar la individualización del nuevo empleador y la antigüedad del trabajador.*

*En consecuencia, conforme a las disposiciones legales, jurisprudencia administrativa invocada y relación de hechos aportados, nada indica que las operaciones societarias gestionadas por la empresa recurrente hayan transgredido el principio de continuidad laboral que informa nuestra legislación del trabajo, sin perjuicio de la labor fiscalizadora que en terreno efectúe esta Dirección, o las objeciones que trabajadores o sus organizaciones puedan formalizar administrativa o judicialmente.*

Ordinario N° 6643, de 18.12.2015.

*Del precepto transcrito se desprende, como lo ha sostenido la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en Dictamen N° 3542/97, de 12.08.2005, que "...el legislador ha vinculado los derechos que individual o colectivamente corresponden a los trabajadores, como asimismo, la subsistencia de sus contratos individuales y colectivos, a la empresa en sí y no a la persona natural o jurídica propietaria, poseedora o tenedora de la misma, de forma tal que las modificaciones relativas a su dominio, posesión o mera tenencia, sean totales o parciales, no alteran la continuidad de la relación laboral ni los derechos que de ella derivan, los cuales se mantienen subsistentes con el nuevo empleador.*

*En otros términos, la relación laboral se establece entre el trabajador y la empresa considerando como tal la "organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos". Lo fundamental, entonces, para mantener el vínculo laboral es el componente factual, el que permaneciendo en el tiempo, permite la continuidad de la relación laboral, independientemente de las modificaciones que pueda sufrir el componente jurídico. Este y no otro es el espíritu del legislador al establecer la norma que da cuenta el artículo 4° inciso 2°, del Código del Trabajo, antes mencionado, que expresamente reconoce la continuidad y vigencia no sólo de los beneficios derivados del contrato individual sino que además se refiere a los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores".*

*Ahora bien, de acuerdo a la información proporcionada en su presentación, consta que como consecuencia del proceso de reestructuración habido en la empresa ..... Ltda., Rut. ...., ésta procedió a efectuar el traspaso de las actividades de elaboración/producción de productos alimenticios y de higiene personal y del hogar, de la importación y exportación de materias primas y/o productos terminados y logística, a la empresa ..... Ltda., Rut. ...., operación que involucró el traslado de más de mil trabajadores desde la primera de las nombradas a esta última.*

*Lo expuesto precedentemente permite sostener, en opinión de este Servicio, que en la situación que motiva la presente consulta existiría una modificación al dominio de la empresa ....., al traspasar parte de sus labores, con el consiguiente traslado de trabajadores a la nueva empresa ..... Ltda., razón por la cual, resulta plenamente aplicable, en la especie, el principio de continuidad laboral contenido en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo.*

*La conclusión anotada precedentemente guarda armonía con la reiterada y uniforme jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 4432/207 y 5047/220, de 28.11.2001 y 26.11.2003, respectivamente; como, asimismo, en el Ordinario N° 440, de 24.01.2013.*

*Cabe señalar, asimismo, que, tal como lo ha manifestado esta Dirección en los dictámenes N°s. 3505, de 13.06.84; 2372, de 26.10.82; y 2.661/161, de 31.05.93, la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o que modifiquen los ya existentes.*

*Lo expuesto no obsta a que se actualicen los contratos de trabajo, dejándose constancia en ellos del cambio de empleador y conteniéndose una mención relativa a la antigüedad de los dependientes, tal como ocurre en la especie.*

*Por último, es preciso mencionar que la conclusión arribada en el presente informe es sin perjuicio del derecho que les asiste a los trabajadores para entablar ante los Tribunales de Justicia las acciones legales que estimen pertinentes, a fin de obtener la declaración de que dos o más empresas sean consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, conforme a lo previsto en el inciso 4° del artículo 3 del Código del Trabajo.*

*En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que resulta jurídicamente procedente aplicar el*

*principio de continuidad laboral consagrado en el inciso 2º del artículo 4º del Código del Trabajo, a la situación de los trabajadores de la empresa ..... Ltda., que fueron traspasados a ..... Ltda., donde se han radicado parte de las labores productivas de la primera.*

*Ordinario N° 0013, de 04.01.2016.*

*Ahora bien, en la especie, de la información proporcionada en su presentación se desprende que la consulta en cuestión surge con motivo de la reformulación en los negocios que la matriz del grupo empresarial estaría llevando a cabo, lo cual requiere traspasar a trabajadores que actualmente prestan servicios en una de las sociedades pertenecientes al grupo a otra relacionada al mismo.*

*Lo expuesto precedentemente permite sostener que el simple traspaso de trabajadores por el que se consulta no es suficiente para configurar la hipótesis prevista en el inciso 2º del artículo 4 del Código del Trabajo, por no existir a su respecto una alteración al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, como sí acontecería en el evento de existir un traspaso del todo o parte de las labores o actividades productivas de la sociedad a la cual dejan de pertenecer los trabajadores en estudio.*

*Lo anterior es sin perjuicio del derecho que le asiste a los trabajadores para entablar ante los Tribunales de Justicia las acciones legales que estimen pertinentes, a fin de obtener la declaración de que dos o más empresas sean consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, conforme a lo previsto en el inciso 4º del artículo 3 del Código del Trabajo.*

*En efecto, de acuerdo a la modificación introducida por la ley N° 20.760, de 09.07.2014, al artículo 3 del Código del Trabajo, el elemento que debe prevalecer en el concepto de empresa es aquel de carácter material que se encuentra constituido por la dirección laboral común, vale decir, la manifestación de un poder de mando conjunto sobre el trabajo que se desarrolla en dos o más empresas relacionadas por un vínculo de propiedad.*

*De tal suerte, la dirección laboral común se erige como el elemento obligatorio e imprescindible para determinar que dos o más empresas constituyen un solo empleador, el cual debe interpretarse como un concepto normativo nuevo que se compone, por una parte, de los elementos tradicionales para determinar en la práctica la relación laboral existente entre un trabajador y un empleador, y por otra, de los elementos propios de la figura denominada por nuestros tribunales como "unidad económica".*

*En otras palabras, la dirección laboral común, no se limita a la búsqueda del vínculo de subordinación y dependencia, sino que se abre a otros elementos que sirvan para caracterizar la realidad organizacional y la existencia de una unidad de propósitos entre las distintas entidades empresariales.*

*En tales circunstancias, el resultado de la acción que eventualmente pueda ejercerse para efectos de obtener la declaración de un solo empleador, dependerá de la concurrencia de los elementos que configuren el caso concreto, verificación que, por expreso mandato legal, se encuentra radicada ante el órgano jurisdiccional respectivo.*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, jurisprudencia administrativa invocada y disposiciones legales citadas, cúmplame informar a Ud. que no resulta jurídicamente procedente aplicar el principio de continuidad laboral consagrado en el inciso 2º del artículo 4 del Código del Trabajo, al traspaso de trabajadores que el grupo empresarial ..... pretende efectuar desde una de sus sociedades a otra relacionada al mismo grupo, por no configurarse a su respecto una modificación al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa en los términos descritos en el cuerpo del presente informe, sin perjuicio del derecho que le asiste a los trabajadores para entablar ante los Tribunales de Justicia las acciones legales que estimen pertinentes, a fin de obtener la declaración de que dos o más empresas sean consideradas como un solo empleador.*

Ordinario N° 3314/057, de 28.06.2016.

*Precisado lo anterior es necesario tener presente, que el inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo, preceptúa:*

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

*El precepto legal transcrito, recoge una manifestación del principio de continuidad de la relación laboral, reconociendo la vigencia de los beneficios derivados de los contratos individuales y colectivos de trabajo en caso de modificaciones totales o parciales, relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa.*

*Por su parte, el artículo 3° del Código del Trabajo, en lo pertinente, dispone:*

*"Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada."*

*La interpretación armónica de las disposiciones legales precedentemente transcritas permite precisar, como reiteradamente ha sido sostenido por la jurisprudencia de esta Dirección, entre otros, en Dictámenes N°s 5047/220 26.11.2003 y 1607/35 de 28.04.2003, que el legislador ha vinculado la continuidad de la relación laboral y los derechos individuales y colectivos del trabajador con la empresa y no con la persona natural o jurídica dueña de ésta. Por tal razón las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la misma no alteran tales derechos ni la subsistencia de los contratos de trabajo, los que continúan vigentes con el nuevo empleador.*

*La misma doctrina institucional ha señalado, además, que la ya mencionada subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio o mera tenencia de la empresa se produce por el solo ministerio de la ley, razón por la cual tal situación no constituye causal de término de los contratos de trabajo de los respectivos dependientes, no viéndose así afectada, la plena vigencia de los instrumentos celebrados con la entidad primitiva, los cuales se mantienen en su totalidad.*

*En efecto, mediante dictamen 2661/161, de 31.05.1993, este Servicio precisó que: "la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores, en caso de verificarse la modificación total o parcial del dominio o mera tenencia, se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia, para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o que modifiquen los ya existentes..."*

*Igualmente, este Servicio, en su jurisprudencia vigente y uniforme sobre el caso que se consulta ha sostenido que lo fundamental para mantener el vínculo laboral es el componente factual, el que permaneciendo en el tiempo, permite la continuidad de la relación laboral, independientemente de las modificaciones que pueda sufrir el componente jurídico.*

*En concordancia con lo anterior, esta Dirección ha manifestado mediante Dictamen 1296/0056 de 03.04.2001, que "la incorporación de un nuevo socio a la empresa y el eventual cambio de razón social en la misma, no afecta los derechos que individual o colectivamente tienen los trabajadores que laboran en ella, subsistiendo la vigencia de los contratos individuales y colectivos, la antigüedad laboral del dependiente y el derecho a percibir el pago de las indemnizaciones por término de contrato cuando ello procediere".*

*Precisado lo anterior, es necesario señalar que la consulta planteada se refiere en términos genéricos al traspaso de trabajadores de una empresa a otra, situación en que, no concurren los presupuestos que harían aplicable la disposición contenida en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo, precisando no obstante, que no existe finiquito y que las partes reconocen a través de una estipulación contractual expresa, la antigüedad con la anterior, para todos los efectos legales.*

*Ahora bien, la consulta formulada en tales términos impide que este Servicio se pronuncie si en los casos planteados se darían o no las condiciones establecidas en la norma legal anteriormente citada, por cuanto ello implicaría resolver a priori y sin contar con los antecedentes necesarios para ello, lo cual no resulta jurídicamente procedente.*

*Sin perjuicio de lo expresado, este Servicio es de opinión, que en caso de que a través de una cláusula contractual expresa, las partes contratantes reconozcan la continuidad de los servicios prestados para ambas empresas, ello sería suficiente para considerarlas como una relación laboral única para los efectos de que se trata, cuya fecha de inicio sería la de ingreso a la primera de ellas.*

*Finalmente, cabe hacer presente que en virtud de lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 3 del Código del Trabajo, en relación con el artículo 507 del mismo cuerpo legal, las organizaciones sindicales y los trabajadores que estimen que la existencia de dos o más empresas representa un desmedro de sus derechos laborales y previsionales, por considerar que tales empresas constituyen un sólo empleador, se encuentran facultadas para ejercer las acciones pertinentes ante los Tribunales del Trabajo competentes.*

## PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 2093/088, de 18.05.2004:*

*"Nada impide, en los casos que exista evidencia al respecto, que se considere empleador, en conformidad al artículo 3 del Código del Trabajo, no a la persona que ha suscrito el contrato de trabajo respectivo, sino a aquel que en el plano de la realidad ejerce la potestad de mando dentro de una relación de subordinación o dependencia."*

## PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

#### MODIFICACIONES AL CONTRATO DE TRABAJO QUE IMPLIQUE PERDIDA DE DERECHOS A LOS TRABAJADORES

*Ordinario N° 1650/022, de 14.04.2011:*

*El costo del uniforme que debe utilizar el personal que se desempeña como guardia de seguridad en la ejecución de sus labores, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 2° del art. 15° del D.S. N° 93 de 1985, es de cargo del empleador y, por ende, no se ajusta a derecho la cláusula vigésimo segunda del contrato colectivo vigente suscrito por la empresa ..... S.A. y el Sindicato N° 1 de Guardias de Seguridad allí constituido, que obliga al trabajador que no cuenta con una antigüedad superior a un año en la empresa al pago de los zapatos y calcetines que conforman dicho uniforme.*

*Ordinario N° 1.081, de 06.03.2015:*

*Respecto a dicho proceso de cambio de condiciones contractuales, ambas partes manifiestan comprender que el ordenamiento jurídico laboral exige el consentimiento voluntario y recíproco entre empleador y trabajador.*

*Ahora bien, respecto a los efectos jurídicos de las modificaciones a los contratos de trabajo, aún cuando sean consensuadas, éstas no pueden implicar una renuncia de los derechos laborales por expresa disposición del artículo 5° inciso 2° del Código del Trabajo, que señala:*

*“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.*

*A la luz de lo expresado, es preciso enfatizar que, la ley laboral ha prohibido la renuncia de los derechos laborales, por lo que en conformidad a los artículos 1445, 1466 y 1467 del Código Civil, es posible afirmar que los actos o cláusulas convencionales que importen dicha renuncia carecen de validez jurídica, circunstancia que atendido su carácter controversial –generalmente- estará entregado su conocimiento y resolución a los tribunales de justicia, sin perjuicio de las facultades de fiscalización que pudiera ejercer este Servicio.*

*Conforme a lo antes señalado, esta Dirección debe abstenerse de analizar si las modificaciones al contrato de trabajo propuestas por el empleador, habrían generado condiciones de prestación de servicios de mayor exigencia o dificultad para los ejecutivos comerciales, implicando eventualmente una reducción de sus remuneraciones, puesto que tal estudio requeriría de examen y valoración probatoria propia y exclusiva de una instancia judicial.*

*Sin embargo, en lo referente al sistema remuneracional descrito en el Anexo N° 1 “Canal de Ventas, Remuneración y otras Asignaciones del Ejecutivo Comercial”, cabe hacer presente que el artículo 54 bis del Código del Trabajo, ordena:*

*“Las remuneraciones devengadas se incorporan al patrimonio del trabajador, teniéndose por no escrita cualquier cláusula que implique su devolución, reintegro o compensación por parte del trabajador al empleador, ante la ocurrencia de hechos posteriores a la oportunidad en que la remuneración se devengó, salvo que dichos hechos posteriores se originen en el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones contenidas en su contrato de trabajo”.*

*“Con todo, se podrán pactar premios o bonos por hechos futuros, tales como la permanencia durante un tiempo determinado del cliente que ha contratado un servicio o producto a la empresa o bien la puntualidad del mismo en los pagos del referido servicio u otros, siempre que la ocurrencia de estos hechos dependa del cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones contenidas en su contrato de trabajo”.*

*“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, y conforme a lo señalado en los incisos precedentes, las liquidaciones de remuneraciones deberán contener en un anexo, que constituye parte integrante de las mismas, los montos de cada comisión, bono, premio u otro incentivo que recibe el trabajador, junto al detalle de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo”.*

*“El empleador no podrá condicionar la contratación de un trabajador, su permanencia, la renovación de su contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la suscripción de instrumentos representativos de obligaciones, tales como pagarés en cualquiera de sus formas, letras de cambios o compromisos de pago de cualquier naturaleza, para responder de remuneraciones ya devengadas”.*

*En base a tal disposición legal, es posible inferir que además del pacto sobre comisiones, resulta procedente el acuerdo referente a bonos y premios por hechos futuros a la prestación de los servicios, como la permanencia o cumplimiento oportuno de las obligaciones por parte del cliente. Al respecto, este Servicio mediante Dictamen N° 4814/044 de 31 de octubre de 2012, que fijó el sentido y alcance de los artículos 54 bis y 55 del Código del Trabajo, incorporado y modificado respectivamente por la ley N° 20.611, publicada en el Diario Oficial de 8 de agosto de 2012, interpretó que: “...el legislador ha querido dejar por establecido que si bien la ocurrencia de hechos posteriores a la prestación del servicio del trabajador por parte de un tercero, como podría ser la conducta o comportamiento incumplidor del cliente, no pueden menoscabar la remuneración, salvo en los casos analizados, si podrían significarle un beneficio adicional a través de premios o bonos a convenir con el empleador, en los casos en que efectivamente la operación resultó productiva o alcanzó los objetivos como los descritos, porque hubo permanencia, pago y cotización del tercero, en la medida que ello corresponda al esmero y buen cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del agente, que permitieron alcanzar tales logros”.*

*Por otra parte, cabe advertir que respecto a la cláusula 15.2.- Declaración y Finiquito contenida en el Anexo N° 1, su inclusión resulta improcedente e inoportuna, y en consecuencia, carece de validez jurídica, al contener una declaración que podría implicar una renuncia de derechos laborales, provocada durante la vigencia de la relación laboral, contraviniendo lo prescrito en el artículo 5 del Código del Trabajo.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que:*

*1.- El análisis respecto a que las modificaciones al contrato de trabajo propuestas por Isapre ..... S.A., habrían generado condiciones de prestación de servicios de mayor exigencia o dificultad para los ejecutivos comerciales, requiere de examen y valoración probatoria propia y exclusiva de una instancia judicial.*

*2.- La ocurrencia de hechos posteriores de la prestación de servicios del trabajador por parte de un tercero, no pueden significar un menoscabo a la remuneración, sin embargo, resulta procedente premiar el esmero y buen cumplimiento de las obligaciones del ejecutivo comercial, que ha causado la permanencia o cumplimiento de la cartera de afiliados que se le ha asignado.*

*3.- La declaración y finiquito contenida en el artículo 15.2 del Anexo N° 1, resulta jurídicamente improcedente, puesto que, involucra una renuncia de derechos laborales acaecida durante la vigencia de la relación laboral.*

**Ordinario N° 3012/056, de 17.07.2008:**

*“Específicamente, se ha tenido a la vista el contrato de trabajo celebrado entre AFP XX y el señor XX, de fecha 05.04.2006, en el cual consta la siguiente cláusula:*

*“OCTAVA: Incentivos”.*

*“El trabajador reconoce expresamente en este acto que cualquier incentivo adicional a los pactados que la administradora le conceda, no reviste la forma de una cláusula tácita y se entenderá conferido a título de mera liberalidad, sin conferirle derecho futuro alguno. La administradora podrá otorgarlo, suspenderlo o modificarlo a su entero arbitrio”.*

*Requerido el informe de rigor a AFP XX, ésta, entre otros conceptos que constan en documento de antecedente 1), expresa que “los premios no forman parte de la remuneración ordinaria, revisten el carácter de una recompensa adicional, y por lo demás esporádica, especialmente en localidades del país que presentan menor cantidad de afiliados”.*

*Desde luego, una cláusula de este tenor -como se explicará en detalle- pretende indebidamente servir de antecedente o título a una renuncia anticipada de derechos que tienen la naturaleza de irrenunciables, y además, vulnera el principio de certeza de las remuneraciones.*

*En otros términos, se está en presencia de una norma convencional ilegal que vulnera directamente los artículos 5° inciso 2° y 10 N° 4 del Código del Trabajo.*

*En efecto, el citado artículo 5° inciso 2°, establece:*

*“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.*

*Como lo explica la doctrina, la irrenunciabilidad de los derechos laborales forma parte de la esencia protectora del Derecho del Trabajo, toda vez que si la parte más débil y subordinada de la relación laboral pudiera legal y libremente renunciar a sus derechos, esta rama especial del Derecho perdería todo sentido y no tendría razón de ser.*

*Más aún, el hecho que el trabajador reconozca contractual y expresamente que cualquier incentivo adicional no reviste la forma de una cláusula tácita -como lo señala el contrato tenido a la vista- implica renunciar anticipadamente a incentivos y premios que, aunque no habiéndose especificado en sus detalles ni escriturado en el contrato de trabajo, sin embargo el empleador los ha otorgado siempre y en forma reiterada en el tiempo.*

*Efectivamente, esta renuncia priva al trabajador de derechos que forman parte de su patrimonio en virtud de la doctrina de la cláusula tácita, que ha desarrollado la jurisprudencia administrativa de esta Dirección y que ha sido acogida por los Tribunales de Justicia, la que significa -esencialmente- que forman parte integrante del contrato de trabajo todos los derechos y obligaciones a que las partes se han obligado mutuamente en los hechos y en forma estable en el tiempo, aunque no estén expresamente contemplados ni escriturados materialmente en el contrato. Por esta vía, se amplía el compromiso literal y escrito de trabajadores y empleadores, toda vez que el contrato de trabajo, de acuerdo al inciso 1º del artículo 9º del Código del Trabajo, tiene la naturaleza de consensual y obliga más allá del mero tenor del texto firmado por las partes, lo que sólo puede ser dejado sin efecto por mutuo consentimiento según lo precisa el artículo 1545 del Código Civil (Dictamen N° 4864/ 275, de 20.09.99).*

*Y sobre lo indebido de la renuncia anticipada a estos derechos así adquiridos, esta Dirección lo ha destacado en estos términos: “para darle real eficacia a esta disposición legal -actual artículo 5º inciso 2º del Código del Trabajo- la jurisprudencia ha dejado establecido que es indebida la renuncia anticipada de derechos, la que incluida en los contratos individuales de trabajo o instrumentos colectivos, vuelve ineficaz e ilusoria la irrenunciabilidad de derechos y, por añadidura, el carácter esencialmente protector de la ley laboral” (Dictamen N° 2679/213, de 03.07.2000).*

*Así entonces, conforme a lo visto, adolece de ilegalidad la cláusula del contrato de trabajo examinada que contiene tal renuncia anticipada de derechos.*

*Por otra parte, sobre la seguridad jurídica en materia de remuneraciones, el artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo precisa:*

*“El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:”*

*“4.- monto, forma y período de pago de la remuneración acordada”.*

*Desde luego es notorio, que no resulta posible compatibilizar la certeza de la remuneración a que se orienta el sentido de esta norma, con el tenor literal de la cláusula transcrita, la que simplemente - al referirse a cualquier incentivo adicional que reciban los trabajadores - precisa que: “La Administradora podrá otorgarlo, suspenderlo o modificarlo a su entero arbitrio”.*

*En reiteradas oportunidades esta Dirección se ha referido a esta materia, pronunciándose en el sentido que “una de las finalidades del artículo 10 del Código del Trabajo es imprimírle certeza y seguridad jurídica a la relación laboral, de tal suerte que el trabajador debe conocer cabalmente los términos básicos de su contratación, esto es, a lo menos, la persona de su empleador, lugar de desempeño, naturaleza de sus funciones, remuneración y jornada de trabajo” (Dictamen N° 1470/70, de 18.04.2001).*

*En consecuencia, sobre la base de las normas precedentes y consideraciones formuladas, cúmpleme manifestar a Ud. que la cláusula del modelo de contrato de trabajo tenido a la vista, con el logo de AFP XX, que reserva al empleador la facultad de otorgar, suspender y modificar a su entero arbitrio incentivos adicionales a la remuneración pactada, y en la cual el trabajador figura reconociendo que éstos no revisten la forma de una cláusula tácita, significa renunciar anticipadamente a derechos laborales e incorporar incertidumbre en el pago de las remuneraciones, lo que transgrede los artículos 5º inciso 2º y 10 N° 4 del Código del Trabajo”.*

*Ordinario N° 4088, de 05.08.2016.*

*Es efectivo que la entrada en vigor de la Ley 20.281 de 21.07.2008 que modificó el Código del Trabajo en materia de salarios base ha incorporado una relevante norma al artículo 45 que consagra el denominado derecho a la semana corrida, extendiéndolo al trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables; sin embargo, esta modificación, así como otras reformas en materia remuneracional que se han observado en los últimos años, no ha alterado la naturaleza sustantiva del instituto "semana corrida", cuyo origen se encuentra en la Ley 8.961 de 31.07.1948.*

*Cabe considerar que uno de los objetivos de esa ley de 1948 fue establecer un beneficio que compensara la falta de ingresos del trabajador retribuido por día que, por ejercer su derecho al descanso, no percibía pago alguno del empleador, dando lugar a una inicua diferencia con los trabajadores remunerados mensualmente cuyo descanso semanal es pagado.*

*Ahora bien, vinculado con lo antedicho, merece tener presente que, mediante Ord. N° 1983/82 de 28.03.1996, este Servicio se ha referido directamente a la naturaleza jurídica de la prestación en comento, concluyendo que "el denominado beneficio de semana corrida que establece el artículo 45 del Código del Trabajo, debe ser considerado como una remuneración especial impuesta por el legislador que se devenga por los días de descanso, en los términos que en el mismo se consignan, razón por la cual no resulta viable a las partes incluirlo en la remuneración que debe pagarse por la ejecución de los servicios convenidos". (Ver además los dictámenes N°s. 4377/101 de 25.06.90 y 3527/137 de 01.07.92, antecedentes del pronunciamiento que se cita textualmente).*

*La misma jurisprudencia agrega que el citado beneficio reviste, además, el carácter de un derecho laboral mínimo en la medida que se cumplan los requisitos exigidos por la ley para adquirirlo y, por ende, irrenunciable en tanto se mantenga vigente la relación laboral, acorde a lo preceptuado por el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo.*

*El criterio referido también se contiene en el Ord. 4435/0210 de 28.11.2001, esta vez para el caso de comprender el beneficio de semana corrida dentro de la remuneración por comisiones. Dicho dictamen, en extracto, sostuvo:*

*"De acuerdo con el preciso tenor del inciso primero del artículo 45, en relación con la letra c) del artículo 42, ambos del Código del Trabajo, el pago de la semana corrida responde a la necesidad de remunerar los días de descanso de los trabajadores remunerados exclusivamente por día.*

*Mientras que la comisión permite al dependiente percibir remuneración en un porcentaje sobre el precio de las ventas, o sobre el monto de otras operaciones que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador.*

*De ello se deriva que infringe la normativa en estudio, la cláusula contractual mediante la cual se pretende que el pago de la comisión por venta incluye el pago de la semana corrida, puesto que con ello se entiende que el trabajador renuncia al pago de la semana corrida, en circunstancias que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Código del Trabajo, los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo."*

*De esta manera, respondiendo derechamente lo consultado, necesario es concluir que no resulta procedente que el empleador complete o supla el sueldo base mensual del trabajador con las sumas que éste devengue por concepto de la semana corrida regulada en el artículo 45 del Código del Trabajo.*

*La aseveración antedicha no se ve alterada aun cuando el referido arbitrio sea pactado a través de una cláusula formalizada en el contrato, pues, como consigna la doctrina institucional ya citada, los derechos laborales que otorga el legislador son irrenunciables, no pudiendo las partes negociar sino en aquellos ámbitos de la relación que el ordenamiento jurídico les permite hacerlo.*

**Ordinario N° 2154, de 22.05.2017**

*Como ya se expresará una de las estipulaciones mínimas que debe contener el contrato de trabajo, es la referida al "monto, forma y período de pago de la remuneración acordada", según establece el art. 10 numeral cuarto del Código del Trabajo.*

*Luego, el carácter consensual del contrato de trabajo determina que la cláusula que regule la remuneración de los trabajadores afectos al mismo, como toda modificación que se pretenda introducir al respecto, siga igual suerte, esto es, deberá ser acordada de común acuerdo entre las partes de la relación laboral.*

*En otros términos, el legislador exige conocer con exactitud, y sin lugar a dudas, el contenido mínimo señalado, que no parezca que está al arbitrio del empleador, lo que se desprende desde luego, por el principio de buena fe, que rige en el orden laboral, el cual de acuerdo a lo sostenido en artículo 1546 del Código Civil, significa que, todo contrato debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen.*

*En efecto, es necesario tener presente que de acuerdo a la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 1115/57, de 25.02.94 y 4510/214, de 05.08.94, la finalidad o intención que tuvo en vista el legislador al obligar a las partes a determinar en el contrato de trabajo la naturaleza de los servicios fue dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que, a través de esta exigencia, el dependiente conoce la labor específica que debe cumplir, y el empleador los servicios que puede requerirle, propósito éste que sólo podrá cumplirse si la determinación de los mismos se hace en los términos concretos señalados precedentemente.*

*Asimismo, y en lo que dice relación con la obligación mínima mencionada, ella obedece al deseo del legislador de que el dependiente tenga cabal conocimiento y confianza de la retribución a la cual tiene derecho por la prestación de los servicios convenidos mediante dicho contrato, en términos que se evite que este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador.*

*Así las cosas, la práctica que permite al empleador modificar unilateralmente las metas que establecen los incentivos de las remuneraciones variables, comunicando al trabajador dicho cambio, afectan tanto el principio de certeza de las remuneraciones, como la buena fe.*

*Es dable agregar que la afectación del principio de certeza mediante el establecimiento de cláusulas como las señaladas no se expurga con el argumento de que éstas han sido conocidas por los trabajadores al firmar el Anexo de aceptación de metas, por cuanto rige en el orden laboral la irrenunciabilidad de derechos que contempla el artículo 5° del Código del Trabajo, de lo que se desprende que las partes no han podido elaborar un pacto que implique abdicar del derecho a la mentada certidumbre.*

*En consecuencia, sobre la base de todo lo expuesto y consideraciones anotadas, cumplo con informar a Ud. que la práctica que permite al empleador modificar unilateralmente las metas que establecen los incentivos de las remuneraciones variables, comunicando al trabajador dicho cambio, a juicio del suscrito, resulta ser contraria a Derecho por las razones vertidas en los párrafos anteriores.*

**Ordinario N° 2290, de 29.05.2017**

*En lo referente, dicha estipulación establece que los trabajadores sometidos al instrumento colectivo renunciaran a todos los acuerdos contractuales, escritos o no, cláusulas tácitas o prácticas anteriormente vigentes que tuvieran derecho los trabajadores, siendo sólo aplicables para ellos lo señalado en el Contrato Colectivo.*

*Lo anterior no resulta admisible, pues de acuerdo a lo señalado previamente los trabajadores estarían cediendo derechos que el propio legislador ha declarado irrenunciables.*

*Efectuada esta precisión, es importante señalar que, en términos generales, cualquier prohibición u obligación que el empleador establezca respecto del trabajador están limitadas por la irrenunciabilidad de derechos, consagrada en el artículo 5°, que dispone:*

*"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos.*

*Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo".*

*La norma en comento presenta un claro rol protector de la parte trabajadora en cuya virtud, aun cuando se hubiese pactado algo que infrinja la normativa laboral, ese pacto no prosperaría pues la autonomía de las partes no puede estar por sobre los derechos irrenunciables.*

*En efecto, de no mediar esta interpretación, se llegaría al absurdo, de entender que un instrumento colectivo puede establecer la renuncia de los derechos de todos los trabajadores, incluso de sus derechos humanos laborales.*

*Asimismo, se atentaría contra el principio de la certeza jurídica, pues el hecho que dicha estipulación no especifique claramente los derechos que se renuncian, podría constituir una grave afectación a derechos que el legislador estableció como irrenunciables e incluso podría llevar a que un trabajador renunciara a sus derechos humanos laborales, lo que atentaría gravemente contra la legislación chilena y los tratados internacionales ratificados por Chile.*

*En efecto, "la característica de orden público del derecho laboral resulta inherente a su misma naturaleza, ya que si las partes pudieran libremente y en virtud de la autonomía de la voluntad derogar sus imposiciones, perdería su razón de ser al no poder cumplir con la finalidad para la cual fue creado, carácter que justifica asimismo el que no se trate de un orden público absoluto, que no admitiría alteración alguna por las partes, sino, por regla general, relativo", puesto que, por medio de un acuerdo, las partes, podrían mejorar tales condiciones, pero nunca disminuir, toda vez que dichas normas establecen mínimos con carácter obligatorio para las partes.*

*Así entonces, el carácter de orden público que detentan las normas del Derecho del Trabajo y concretamente las referentes a las instancias administrativas y jurisdiccionales, implica la consagración de la irrenunciabilidad de los derechos que se establecen a favor de los trabajadores.*

*Lo anterior, en caso alguno, involucra pronunciarse sobre la validez o nulidad de dicha cláusula, pues esto escapa de las atribuciones de esta Dirección del Trabajo, (Ordinario N° 3217 de 20.08.2014 y Dict. N° 4.762/223 de 16.08.1994 y N° 2048/138 de 7.5.1998), siendo competente para esto los Tribunales de Justicia, sin embargo, en caso alguno este Servicio puede dejar de señalar que no resulta admisible que los trabajadores renuncien a sus derechos sin limitación alguna (Entre otros Dict. N° 5742/070 de 06.11.2015, N° 822/19 de 26.02.20013)*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales aludidas y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. que las estipulaciones contenidas en el Manual de Beneficios, forman parte integrante de los contratos individuales de los trabajadores de Banco ....., subsistiendo dichas estipulaciones al contrato colectivo, pues al no convenirse en él expresamente sobre ellas, dicho instrumento no puede derogarlas, toda vez que las estipulaciones de los contratos colectivos sólo reemplazan en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales.*

*Del análisis conjunto de las precitadas disposiciones legales se desprende que toda modificación o alteración de cláusulas de un contrato de trabajo requiere del mutuo acuerdo o consentimiento de las partes contratantes, no siendo jurídicamente procedente que una de ellas, actuando en forma unilateral, altere o introduzca modificaciones a lo primitivamente pactado.*

*Ahora bien, constituyendo la cláusula relativa a remuneraciones una estipulación mínima y esencial del contrato individual de trabajo, según ya se expresara, forzoso es concluir que la misma solo puede ser modificada, suprimida o alterada por consentimiento mutuo de las partes contratantes.*

*Corroborando la conclusión anterior el precepto del artículo 1545 del Código Civil, antes citado, del cual se infiere igualmente que las cláusulas de todo contrato legalmente celebrado son jurídicamente obligatorias para las partes y no pueden ser invalidadas o modificadas sino por mutuo consentimiento o por causas legales.*

*Ahora bien, de acuerdo a los antecedentes recabados en el procedimiento de fiscalización llevado a efecto por este Servicio, la Empresa ..... S.A., sin mediar el acuerdo de los respectivos trabajadores — quienes no han suscrito el anexo de contrato que ésta les ha presentado— ha procedido aplicar las nuevas condiciones de pago de las remuneraciones variables de dicho personal, situación que al tenor de las normas legales y doctrina administrativa citadas implica una modificación unilateral del sistema remuneratorio de dichos dependientes, lo cual no resulta jurídicamente procedente.*

*De consiguiente, en la especie, los denunciados tienen derecho a exigir que el cálculo y pago de sus remuneraciones se efectúe conforme a lo estipulado en la cláusula contractual acordada primitivamente por las partes contratantes.*

*Finalmente, y por tener incidencia sobre la materia, me permito señalar que la doctrina institucional de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen N° 4084/43, de 18 de octubre de 2013 y Ordinario 5286, de 31.12.2014, cuyas copias se adjuntan para su mayor comprensión, ha establecido que no se ajustan a derecho aquellas normas convencionales que impliquen dejar entregada al arbitrio y determinación del empleador, las condiciones de percepción de remuneraciones de carácter variable como las comisiones, en materia de metas, porcentajes u otros aspectos, por cuanto ello atentaría contra el principio de certeza aludido en párrafos que anteceden e implicarían una renuncia anticipada de derechos laborales por parte de los afectados.*

*Así, el primero de los pronunciamientos jurídicos citados, señala: "No se ajusta a derecho la cláusula del anexo de contrato individual que contempla el pago de una "comisión adicional por meta", suscrita por las mismas partes, por cuanto tal estipulación significa para los aludidos vendedores renunciar anticipadamente a derechos laborales e incorporar incertidumbre en el pago de las remuneraciones, lo cual transgrede el artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo."*

## PACTO ANTICIPO DE INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS

*Ordinario N° 1277/0017, de 17.03.2006:*

*"El pacto en un contrato individual o colectivo de trabajo, relativo a anticipo de indemnización por años de servicios por las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y el desahucio, implican una transgresión al artículo 163 del Código del Trabajo y 5° inciso 2°, del mismo cuerpo legal, susceptibles de ser sancionadas por la Dirección del Trabajo, de acuerdo a las facultades que le son propias".*

## PERMISO SIN DERECHO REMUNERACIÓN DURANTE INTERRUPTIÓN ACTIVIDADES ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES

*Ordinario N° 3199/033, de 18.07.2012:*

*Precisado lo anterior y, considerando las especiales características de los servicios que prestan los establecimientos educacionales de que se trata, no cabe sino sostener que el empleador estará obligado a dar cumplimiento al feriado en los términos previstos en el artículo 74 del Código del Trabajo, necesariamente, en el período de interrupción de las actividades escolares, entre los meses de enero y febrero o el tiempo que medie entre el término del año escolar y el inicio del siguiente, sin que proceda, por ende, su concesión en una época distinta a la de la interrupción de actividades escolares.*

*Ahora bien, si se tiene presente que según lo establece el ya transcrito y comentado artículo 74, durante el período de interrupción imputable al feriado de que se trata, a los trabajadores les asiste el derecho a disfrutar normalmente de la remuneración establecida en el contrato, preciso es sostener que sobre dicha materia opera el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales contemplado en el inciso 2º del artículo 5º del Código del Trabajo, que al efecto prescribe:*

*“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”*

*En estas circunstancias, forzoso es concluir que no resulta jurídicamente procedente conceder a un asistente de la educación de un establecimiento educacional dependiente de una Corporación Municipal, un permiso sin goce de remuneraciones que comprenda el período en que el trabajador ejerce su derecho a feriado, puesto que ello implica privarlo de su derecho al descanso anual con remuneración íntegra, beneficio éste que, tal como ya se señalara, es irrenunciable.*

*En tal sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo en Dictamen N° 2720/102, de 14.05.1992, cuya copia se adjunta, al referirse al derecho a feriado y remuneración íntegra de los docentes de los establecimientos educacionales del sector particular subvencionado.*

## PRINCIPIO DE LA BUENA FE

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 5623/303, de 22.09.1997:*

*Por otra parte, según señala el artículo 1546 del Código Civil, "Los contratos deben ejecutarse de buena fe". Esta norma plenamente aplicable al contrato de trabajo se refiere a lo que la doctrina denomina buena fe objetiva, esto es, a aquel modelo de conducta a que deben ajustarse las partes en el cumplimiento del contrato para no causar daño a la contraparte.*

*La buena fe es una exigencia común en el derecho, incluido el derecho laboral, que sanciona en el ámbito colectivo las prácticas desleales tanto en materia sindical como en la negociación colectiva.*

*Además, un elemento del contenido del contrato individual, fundado en la buena fe, es el deber ético-jurídico de respeto recíproco entre el trabajador y el empleador, que se expresa claramente en el Código del Trabajo en las causales de término de la relación laboral tales como la falta de probidad, la injuria y la conducta inmoral grave.*

*De este modo, a juicio de la suscrita, no es parte del comportamiento tipo que importa la buena fe objetiva, la conducta del empleador que fija una suma determinada de sueldo base, que se traduce en última instancia en un monto de remuneración por el día trabajado de \$ 133 pesos, monto que como se señaló, es absolutamente desproporcionado en relación con el propio sueldo base por hora convenido en dicha empresa, impidiendo de esta manera, el acceso del trabajador al beneficio de la semana corrida.*

*Lo anterior, junto con infringir, a juicio la suscrita, el deber de buena fe, traiciona y vulnera la finalidad que el legislador tuvo en vista para consagrar esta institución laboral que, como lo ha señalado este Servicio en dictamen N° 3.712/191 de 14.06.95, corresponde a la idea de remunerar a aquellos trabajadores que, como resultado de no realizar actividades los días domingo o festivos, no generan remuneraciones por dichos días.*

*Ordinario N° 1412/021, de 19.03.2010:*

*Por su parte el principio de la buena fe es uno de los principios generales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, es el de la buena fe, el cual debe imperar en la celebración de todo contrato y que en el derecho laboral, tiene una significación muy especial por el componente personal que existe en esta rama jurídica.*

*Que, este principio se encuentra recogido en el artículo 1546 del Código Civil, que dispone:*

*"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".*

*La norma transcrita, de acuerdo a la doctrina de este Servicio (contenida, entre otros, en dictamen N° 3.675/124, de 05.09.2003) resulta aplicable al contrato de trabajo y se refiere a lo que la doctrina denomina "buena fe objetiva", esto es, a aquel modelo de conducta a que deben ajustarse las partes en el cumplimiento del contrato para no causar daño a la contraparte. Implica un deber ético-jurídico de respeto recíproco entre el trabajador y el empleador.*

*Se trata de un principio que exige un estándar de conducta tanto al empleador como al trabajador. Se ha sostenido, en doctrina que el trabajador atenta en contra de la buena fe, a modo referencial, en el caso de la concurrencia desleal o la revelación de secreto. A su vez, se ha sostenido que el empleador atenta en contra de este principio en la extinción del contrato de trabajo, en los casos de despido abusivo o especialmente injustificado, (12) como sería el caso en el cual un empleador, despidiere a un trabajador aplicando la causal caso fortuito o fuerza mayor a sabiendas que no se verifican los requisitos exigibles para ello o sin agotar otras alternativas posibles, menos perjudiciales para el trabajador.*

*Ordinario N° 2647/202, de 29.06.2000:*

*Los dirigentes sindicales deberán utilizar los permisos a que tienen derecho, en virtud de la ley o la convención, en funciones propias de su cargo, no pudiendo, en caso alguno, efectuar, durante dichas horas, actividades ajenas a aquellas, por cuanto ello implicaría infringir la norma contenida en el artículo 1546 del Código Civil, que consagra el principio de la buena fe que debe imperar en la celebración de todo contrato.*

## PRINCIPIO DE LIBERTAD DE TRABAJO Y DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 898, de 04.07.2023*

*Cualquier requisito exigido para la contratación de una persona, en materia laboral, que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador, para la ejecución o desarrollo de aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, no exijan, podría constituir un acto de discriminación arbitraria.*

*Ordinario N° 2628/040, de 01.07.2009:*

- 1. Nuestro ordenamiento jurídico, en todo lo relativo a la regulación del trabajo, excluye cualquier discriminación o preferencia basada en la nacionalidad del trabajador, salvo que así lo contemple expresamente la ley para casos determinados.*
- 2. Entre estos casos se encuentran los contemplados en los Decretos Supremos N° 93, de 1985, del Ministerio de Defensa Nacional y N° 1.773, de 1994, del Ministerio del Interior y de Defensa Nacional, ambos reglamentarios del Decreto Ley N° 3.607, que establece normas sobre funcionamiento de vigilantes privados, los que exigen la nacionalidad chilena para quienes se vayan a desempeñar como vigilantes privados, nocheros, porteros, rondines u otras labores de similar carácter.*

*Ordinario N° 2071/0124, de 20.04.1999:*

*El legislador prohíbe condicionar la contratación de trabajadores a circunstancias referidas a la nacionalidad de los mismos.*

Ordinario N° 1782/030, de 10.04.2015:

*En este sentido, y a partir de la existencia de la garantía constitucional a no ser objeto de discriminación en materia laboral, es posible señalar que, en la conducta que se expone aparecen elementos de discriminación que dicen relación con la utilización de bases de datos o registros de antecedentes que impiden la contratación de personas sin justificación alguna.*

*De este modo, y en el caso en cuestión, la utilización de registros o listas negras de trabajadores al momento de la selección del personal es una conducta prohibida y reñida con la Constitución y la ley laboral, pues fuera de los motivos expresamente vedados de desigualdad de trato, en materia laboral cualquier diferenciación no basada en las calificaciones o competencias de la persona del trabajador resultan discriminatorias, en tanto éstas constituyen las únicas causales de diferenciación lícitas.*

*Cabe agregar, con relación al registro sobre personas no contratables, en rigor una verdadera "lista negra" de trabajadores, que la Ley N° 19.628, "Sobre protección de la vida privada", D.O. 28.08.1999, dispone que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (Art. 4° inciso 1°), entendiéndose por datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables ( art. 2° f). Asimismo, se sostiene que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles (según el art. 2° g, lo constituyen aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.) salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. (Art. 10°).*

*Llevado al ámbito laboral, el legislador ampara la vida privada, además de la referencia que se hace en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, en el artículo 154 bis del mismo cuerpo legal, señalando que el empleador "deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".*

*De esta manera, ello significa que, en supuestos como el de la especie, la disposición citada es, por así decirlo, un instrumento ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra desde luego el derecho a la no discriminación, porque es en definitiva el derecho que aquí se habría vulnerado como consecuencia de mantener registros o listas negras de trabajadores.*

*Entonces, esta normativa, pretende evitar que la información de los datos personales de los trabajadores propicie comportamientos discriminatorios. Y aquí se habría utilizado el nombre y apellido de un trabajador para una finalidad radicalmente distinta al fin por el cual se proporcionó.*

*Al respecto, resulta útil mencionar el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 27-2009, que en situación similar consideró que la conducta amagaba la Libertad de Trabajo, señalando en su considerando sexto que "... la publicación de tal información, en su página web, sea de acceso público o restringido a sus clientes principalmente empresarios de la industria de pesca y salmonicultura- es un acto arbitrario, por cuanto con su actuar la sociedad de abogados recurrida, perturba la libertad de trabajo de los recurrentes al publicitar una verdadera "lista negra" de empleados y operarios, que han demandado a sus empleadores o han sido objeto de querellas por parte de estos, actuación que aparece revestida de una caprichosa intencionalidad de poner sobre aviso a sus clientes, sobre el nombre de potenciales trabajadores conflictivos, lo que no puede tener otra finalidad que desincentivar su contratación, amagando en definitiva el derecho de estos a optar a un trabajo en igualdad de condiciones con los demás postulantes, en otras palabras amagándose su libertad de trabajo y el derecho a la libre elección y contratación."*

*En estas circunstancias, resulta contrario a Derecho utilizar los datos de carácter personal otorgados con ocasión de la relación laboral, para construir registros o listas negras de trabajadores que prohíban su contratación en otras empresas.*

*Ordinario N° 4272, de 16.08.2016.*

*El constituyente ha incorporado a nuestra Carta Fundamental -como garantía constitucional- el principio de igualdad ante la ley, al prescribir que, "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Asimismo, ésta garantiza la libertad de trabajo, en términos tales, que "prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos" (artículo 19 N° 2 y 16 de la Constitución Política).*

*A su turno, la legislación laboral recoge estas directrices constitucionales y las desarrolla en el ámbito de las relaciones laborales, al disponer los incisos 3°, 4°, 5° y 6° del artículo 2° del Código del Trabajo, lo siguiente:*

*"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación".*

*"Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".*

*"Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación".*

*"Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto".*

*Así entonces, la Constitución Política establece el principio general de la igualdad ante la ley y garantiza la libertad de trabajo, prohibiendo las discriminaciones. A su vez, el Código del Trabajo precisa que los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias que se nominan expresamente en su texto, pudiéndose en todo caso, para un empleo determinado que requiera de una calificación especial, hacer valer alguna de éstas.*

*En el caso de trabajadores con contrato vigente, el Código del Trabajo en los artículos 485 y siguientes regula el Procedimiento de Tutela Laboral, conforme al cual se conocen y juzgan hechos que pudieran lesionar los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 de la Constitución, que específicamente precisa el inciso 1° del citado artículo 485. Asimismo, como lo señala el inciso 3° de esta disposición, "Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados, cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales".*

*Sin perjuicio de lo anterior, la Ley N° 20.609, denominada Ley Zamudio, establece medidas generales contra la discriminación cuyos efectos trascienden el ámbito laboral, precisándose en su artículo 1° que el propósito de la misma consiste en, "instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria".*

*Finalmente cabe señalar, que el ofrecimiento y postulación a un trabajo que ha revestido el carácter de discriminatorio de parte del eventual empleador en virtud del artículo 2° inciso sexto del Código del Trabajo, puede ser objeto de fiscalización de esta Dirección, en la medida que se cuente con antecedentes sobre la entidad empleadora, nombre y domicilio de la misma, fecha de la postulación y perfil del empleo ofrecido, todo lo cual deberá formalizarse ante la Inspección del Trabajo correspondiente al domicilio de la empleadora a ser fiscalizada.*

*Ordinario N° 0335/002, de 19.01.2017.*

*la Dirección del Trabajo, en su jurisprudencia administrativa, Ordinario N° 3840/194, de 18.11.2002, ha precisado "porque si bien la Constitución, permite al oferente de trabajo, calificar cuáles son los elementos*

*o las destrezas que componen la aptitud o idoneidad personal de cada puesto de trabajo, dicha determinación no debe ser arbitraria, debiendo entenderse, por estar en potencial riesgo algunos de los derechos fundamentales del trabajador, como la no discriminación y la intimidad del trabajador, dicha facultad de modo restrictivo, en cuanto la ley laboral, aplicando el principio de vinculación directa de los particulares al texto fundamental, consagrado en los artículos 5° y 6° de la Constitución, ha expresamente señalado, en el nuevo inciso primero, del artículo 5° del Código del Trabajo, que "el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".*

*De lo anterior se colige que, cualquier requisito establecido para la contratación de una persona, en materia laboral, que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador, para la ejecución o desarrollo de aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, lo exijan, podría constituir un acto de discriminación arbitraria.*

*De esta manera, y en virtud de la consulta formulada, el hecho de que un empleador exija a un nuevo trabajador, la exhibición del finiquito de trabajo con su anterior empleador, para efectos de contratarlo, constituiría una barrera de postulación artificial, que no resulta razonable, y en consecuencia, un acto de discriminación arbitrario que no se relaciona a la capacidad y competencias del postulante, y cuyo ejercicio se encuentra amparado en la normativa expuesta, que establece como límite infranqueable la afectación a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores.*

*Finalmente, y al tenor de la consulta efectuada, se debe indicar que no existe cuerpo legal que contenga este tipo de obligación para el trabajador, como requisito de ingreso a un nuevo trabajo.*

*Por consiguiente, aplicando lo expuesto al caso en análisis, forzoso resulta convenir que la obligación exigida a un trabajador, de presentar finiquito de trabajo de su empleador anterior, a su nuevo empleador, no se ajustaría a derecho, toda vez, que con ella se infringirían aquellos preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación, de elección del trabajo y la no discriminación arbitraria, sobre todo en este último caso, por cuanto dicha conducta puede constituir una actuación caprichosa por parte del futuro empleador que, como se ha observado, no se basa en la capacidad ni idoneidad del trabajador.*

#### **Ordinario N° 1300/030, de 21.03.2017**

*La no discriminación, como derecho fundamental, se alza como un límite a las facultades del empleador. Esta idea es reforzada por el artículo 5° del Código del Trabajo, el cual dispone, en su inciso primero, que: "El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos."*

*En este mismo sentido, el Dictamen N° 3704/134 de 11.08.2004, precisa que: "Los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica, sino que un principio o valor normativo -función unificadora o integradora de los derechos fundamentales- que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquellos por sobre éstos. Se crea pues, un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquier sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos. (Ord. 5856/162, 30.08.2002)*

*Adicionalmente el principio de no discriminación es utilizado como instrumento de apoyo para el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales, en tanto se constituye como elemento condicionante a la hora de permitir ciertos límites que pudieren imponerse por el empleador en el desarrollo de los poderes empresariales"*

*Esta idea retoma su importancia en virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.940, pues como ya fuese expresado anteriormente, el legislador tuvo en consideración este rol al momento de incluir el inciso cuarto, artículo 2° del Código del Trabajo, dentro de las materias a reformar, a fin de modernizar las relaciones laborales.*

*Al respecto, el precitado dictamen, refiriéndose a las funciones del derecho fundamental a la no discriminación, señaló, a modo ejemplar, que: "O, en otros casos, como elemento determinante - configurador del tipo- a la hora de vislumbrar la violación de un derecho fundamental, tal y como sucede en materia de violaciones a la libertad sindical en donde las conductas discriminatorias conforman y configuran en gran medida el tipo infraccional (conductas antisindicales)".*

*Por consiguiente, es dable indicar que, uno de los alcances de la modificación en comento, es la obtención de resultados justos y pacíficos en los procesos de negociación colectiva, a través de la eliminación de toda forma de discriminación.*

*Con todo, cabe agregar que, esta incorporación no responde solamente a ese único fin, sino que su aplicación es omnicomprendiva y sirve de base para el ejercicio de otros derechos, siendo un límite infranqueable para el empleador al momento de ejercer sus facultades, tanto en el ámbito individual como colectivo del trabajo.*

*Por su parte, el segundo de los objetivos propuesto por el legislador para la modificación en estudio, dice relación con la incorporación a la definición de actos de discriminación de aquellas categorías, contempladas por la Ley N° 20.609 -que establece medidas contra la discriminación-, que no se encontraban recogidas por la legislación laboral.*

*En este sentido, se incorporan al referido inciso cuarto del artículo 2°, del Código de Trabajo, como supuestos discriminatorios: la situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad y discapacidad.*

*Con todo, cabe destacar que conforme a lo sostenido por este Servicio en Dictamen N° 2660/033 de 18.07.2014, "la incorporación en nuestra legislación de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria, no puede agotarse en una fórmula cerrada, impidiendo la calificación de discriminación de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal."*

*Lo anterior, se fundamenta en que los motivos discriminatorios, contemplados en el artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo no corresponden a una enumeración taxativa, razón por la cual, estos no pueden agotarse en una formulación cerrada.*

*El arribo a la antedicha conclusión, se obtiene a través de nuestra normativa constitucional, la cual, en el artículo 19 N° 16°, prohíbe cualquier tipo de discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, es decir, califica a toda otra circunstancia como discriminatoria, configurando, de esta manera, un sistema laboral antidiscriminación abierto y residual.*

*Por tanto, como indica la doctrina de este Servicio, contenida en los dictámenes N° 3704/134 y 2210/035, de 11.08.2004 y 05.06.2009, respectivamente, "el legislador laboral ha reseñado un conjunto de motivaciones, que dada su especial aptitud o potencial lesivo a la condición humana constituyen discriminaciones vedadas, permitiendo excepciones de manera expresa."*

*En conclusión, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa indicada y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que la modificación formulada por la Ley N° 20.940, fortalece la promoción del derecho fundamental de no discriminación en materia laboral y busca el efecto de concordar nuestro Código del Trabajo con la legislación común que previene medidas contra la discriminación, contenida en la Ley N° 20.609.*

**Ordinario N° 628, de 03.02.2017.**

*La Dirección del Trabajo, refiriéndose específicamente a la exigencia de Certificado de Antecedentes Penales, como requisito de postulación a un trabajo, señaló expresamente "a partir de la existencia de la garantía constitucional a no ser objeto de discriminación en materia laboral, es posible señalar que la solicitud de un certificado de antecedentes sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores".*

*Agregando, "el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de antecedentes criminales o penales, que en el caso de la recurrente, queda restringido a las tareas del personal que tiene como función principal y directa la atención de niños o jóvenes con discapacidad, no pudiendo sostenerse dicha exigencia, en caso alguno, respecto de las restantes tareas o funciones desarrolladas por la fundación empleadora".*

*En el mismo sentido, se ha pronunciado este Servicio en el Ordinario N° 6508, de 11.12.2015, al expresar "De ello se sigue, que la solicitud de un certificado de antecedentes penales y criminales, sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo, cuando resulta absolutamente indispensable".*

*De esta manera, resulta razonable sostener, que, por regla general, la exigencia del empleador de exhibir un Certificado de Antecedentes, por parte del trabajador, para efectos de contratarlo, no se ajusta a derecho, toda vez que con ello, se infringirían aquellos preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación, de elección del trabajo y la no discriminación arbitraria; salvo, como se ha expresado, las excepciones referidas en el presente informe.*

*A su vez se colige, en virtud de la materia consultada, a través del Órgano de Control, que, en materia laboral, corresponde ponderar al empleador, de acuerdo a sus facultades de dirección y administración, la decisión de contratar a personal que registre una anotación en su certificado de antecedentes, no existiendo prohibición legal en tal sentido, de conformidad a lo expresado precedentemente.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que:*

- 1) La solicitud de un certificado de antecedentes, por parte del empleador, sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo, la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores.*
- 2) En materia laboral, corresponde ponderar al empleador, de acuerdo a sus facultades de dirección y administración, la decisión de contratar a personal que registre una anotación en su certificado de antecedentes, no existiendo prohibición legal en tal sentido, de conformidad a lo expresado en el presente informe.*

**Ordinario N° 3257, de 17.07.2017**

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas y análisis efectuados, debemos concluir lo siguiente:*

- 1) La facultad interpretativa otorgada por el legislador a esta Dirección se encuentra radicada en el Director del Trabajo, quien está facultado para fijar el sentido y alcance de la legislación y*

*reglamentación laboral y social, limitada al marco que le señala el propio Código Laboral y ley orgánica.*

- 2) *La ley hace recaer sobre el empleador las obligaciones precisas en materia de administración y dirección, no obstante, aquel tiene como límite infranqueable los derechos fundamentales de los trabajadores, en particular, el respeto de su dignidad, el derecho a la honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, entre otros.*

**Ordinario 3.208, de 20.08.2014:**

*Al respecto, cúpleme informar a Ud., en forma previa, que el artículo 7º de la ley N° 19.779, de 14.12.2001, que establece Normas Relativas al Virus de Inmuno Deficiencia Humana y Crea Bonificación Fiscal para Enfermedades Catastróficas, en su inciso 1º y 2º, dispone:*

*"No podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen.*

*Sin perjuicio de ello, respecto del personal regido por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, por el decreto con fuerza de ley N° 2, de 1968, del Ministerio del Interior, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto supremo N° 412, de 1992, del Ministerio de Defensa Nacional y por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1980, del Ministerio de Defensa Nacional, se estará a lo que dispongan los reglamentos respectivos para el ingreso a las instituciones. Sin embargo, la permanencia en el servicio, la renovación de los empleos y la promoción, no podrán ser condicionadas a los resultados del examen".*

*De la disposición legal precitada, se colige que la contratación de trabajadores tanto del sector público y privado, como la permanencia o renovación de sus empleos, y su promoción, no podrán estar condicionadas al resultado del examen de Inmuno Deficiencia Humana, ni se podrá exigir la realización de tal examen para dichos fines, salvo los casos de excepción contemplados en el inciso 2º de la citada disposición normativa.*

*De esta manera, "nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a la cuales nuestro país debe obligado cumplimiento, en particular a lo prevenido en el Convenio N° 111 sobre discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998, instrumento éste que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental". Así, lo ha sostenido esta Dirección en dictámenes N° 3704/134 y 2660/033, de 11.08.2004 y 18.07.2014, respectivamente.*

**Ordinario N° 4272, de fecha 16.08.2016:**

*El constituyente ha incorporado a nuestra Carta Fundamental -como garantía constitucional- el principio de igualdad ante la ley, al prescribir que, "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Asimismo, ésta garantiza la libertad de trabajo, en términos tales, que "prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos" (artículo 19 N° 2 y 16 de la Constitución Política).*

*A su turno, la legislación laboral recoge estas directrices constitucionales y las desarrolla en el ámbito de las relaciones laborales, al disponer los incisos 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 2º del Código del Trabajo, lo siguiente:*

*"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación".*

*"Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".*

*"Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación".*

*"Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto".*

*Así entonces, la Constitución Política establece el principio general de la igualdad ante la ley y garantiza la libertad de trabajo, prohibiendo las discriminaciones. A su vez, el Código del Trabajo precisa que los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias que se nominan expresamente en su texto, pudiéndose en todo caso, para un empleo determinado que requiera de una calificación especial, hacer valer alguna de éstas.*

*En el caso de trabajadores con contrato vigente, el Código del Trabajo en los artículos 485 y siguientes regula el Procedimiento de Tutela Laboral, conforme al cual se conocen y juzgan hechos que pudieran lesionar los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 de la Constitución, que específicamente precisa el inciso 1º del citado artículo 485. Asimismo, como lo señala el inciso 3º de esta disposición, "Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados, cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales".*

*Sin perjuicio de lo anterior, la Ley N° 20.609, denominada Ley Zamudio, establece medidas generales contra la discriminación cuyos efectos trascienden el ámbito laboral, precisándose en su artículo 1º que el propósito de la misma consiste en, "instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria".*

*Finalmente cabe señalar, que el ofrecimiento y postulación a un trabajo que ha revestido el carácter de discriminatorio de parte del eventual empleador en virtud del artículo 2º inciso sexto del Código del Trabajo, puede ser objeto de fiscalización de esta Dirección, en la medida que se cuente con antecedentes sobre la entidad empleadora, nombre y domicilio de la misma, fecha de la postulación y perfil del empleo ofrecido, todo lo cual deberá formalizarse ante la Inspección del Trabajo correspondiente al domicilio de la empleadora a ser fiscalizada.*

**Ordinario N° 2363, de 23.05.2018:**

*Respecto de lo consultado, es dable señalar, que la Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 19 N° 16, incisos segundo y tercero prescribe: "Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.*

*"Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".*

*Del precepto constitucional precedentemente transcrito se colige que la Carta Fundamental reconoce el derecho de toda persona a la libre contratación y elección del trabajo, de suerte tal que el trabajador puede decidir libremente la actividad por él a desarrollar.*

*Asimismo, se deduce que el derecho a no ser objeto de discriminación se encuentra garantizado por la Constitución como un derecho fundamental, mereciendo, por tanto, la máxima atención y protección por los órganos del Estado.*

*El precepto constitucional analizado está recogido en el artículo 2º del Código del Trabajo, que en sus incisos tercero y cuarto, dispone: "Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.*

*"Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".*

*Las disposiciones citadas se enmarcan dentro de las normas internacionales vigentes en Chile sobre la materia, las que se ajustan a lo dispuesto en el Convenio N° 111 sobre discriminación en el empleo de la Organización Internacional del Trabajo, suscrito y ratificado por nuestro país el 20 de septiembre de 1971.*

*Por su parte, el inciso sexto, del artículo 2º, del Código del Trabajo, que se refiere específicamente a la discriminación en el acceso al empleo, en especial a las ofertas de trabajo establece: "Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto".*

*En ese sentido, la Dirección del Trabajo, en su jurisprudencia administrativa contenida en el Ordinario N° 3840/194 de 18.11.2002, ha precisado que "si bien la Constitución, permite al oferente de trabajo, calificar cuáles son los elementos o las destrezas que componen la aptitud o idoneidad personal de cada puesto de trabajo, dicha determinación no debe ser arbitraria, debiendo entenderse, por estar en potencial riesgo algunos de los derechos fundamentales del trabajador, como la no discriminación y la intimidad del trabajador, dicha facultad de modo restrictivo, en cuanto la ley laboral, aplicando el principio de vinculación directa de los particulares al texto fundamental, consagrado en los artículos 5º y 6º de la Constitución, ha expresamente señalado, en el nuevo inciso primero, del artículo 5º del Código del Trabajo, que "el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".*

*De lo anterior, el Dictamen Ordinario N° 335/2, de 19.01.2017, postula que "cualquier requisito establecido para la contratación de una persona, en materia laboral, que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador, para la ejecución o desarrollo de aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, lo exijan, podría constituir un acto de discriminación arbitraria", como sería, en la hipótesis que se analiza, el hecho de no haber sido, previamente, trabajador de determinadas empresas.*

*A su vez, cumple anotar, que la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Dictamen Ordinario N° 1.782/30 de 10.04.2015, ha precisado, que a partir de la existencia de la garantía constitucional a no ser objeto de discriminaciones arbitrarias "la utilización de registros o listas negras de trabajadores al momento de la selección del personal es una conducta prohibida y reñida con la Constitución y la ley laboral", pues "en materia laboral cualquier diferenciación no basada en las calificaciones o competencias de la persona del trabajador resultan discriminatorias, en tanto éstas constituyen las únicas causales de diferenciación lícitas".*

*A lo expuesto, es dable agregar, que el inciso primero, del artículo 5º del Código del Trabajo, dispone "El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".*

*Adicionalmente a la norma citada, el Código del Trabajo protege la vida privada de los trabajadores mediante su artículo 154 bis, según el cual "El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".*

*Al respecto, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección del Trabajo ha señalado, en el Ordinario N° 2.471, de 06.06.2017, que el cuerpo legal citado obliga al empleador mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral, razón por la cual, no puede proporcionar información de los trabajadores para una finalidad distinta al fin por el cual se proporcionó dicha información. En este sentido, entonces, no resultaría procedente que un empleador socializara información de sus ex trabajadores, con el fin de impedir una futura contratación en otras empresas.*

*Así lo ha sostenido el Dictamen Ordinario N° 1.782/30, ya citado, al indicar que “resulta contrario a Derecho utilizar los datos de carácter personal otorgados con ocasión de la relación laboral, para construir registros o listas negras de trabajadores que prohíban su contratación en otras empresas”.*

*Ahora bien, sin perjuicio de la jurisprudencia indicada precedentemente, en el caso en análisis, la finalidad que tuvo -o tiene- su ex empleador para informar el número de su cédula de identidad es una materia que requiere de prueba y su ponderación y, por ello, excede la competencia de esta Servicio, correspondiendo su conocimiento y resolución a los Tribunales de Justicia.*

*En consecuencia, conforme lo expuesto, cumple informar, que esta Dirección debe abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado, por tratarse de una materia laboral controvertida que requiere de prueba y su ponderación, cuyo conocimiento y resolución corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia.*

**Ordinario N° 5947/036, de 31.12.2019:**

### **3. Artículos 11 de ley N° 21.155**

*El artículo 11 de la ley N° 21.155 establece que:*

*“Intercálase, en el inciso cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, a continuación de la expresión “sexo”, la frase: “maternidad, lactancia materna, amamantamiento,”.”.*

*Conforme a lo dispuesto en el nuevo inciso cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, y según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la citada ley N° 21.155, el objetivo de la modificación legal no es otro que asegurar el derecho de la mujer trabajadora a no ser discriminada por causa de la maternidad y la lactancia.*

*Sobre la materia, es necesario hacer presente que la doctrina institucional contenida, entre otros pronunciamientos, en dictamen N° 3704/134 de 11.08.2004, precisa que el concepto de no discriminación exige una equivalencia en el trato, admitiendo solo excepciones expresas con fundamento constitucional, por ejemplo, exigencia de nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. El mismo pronunciamiento ratifica que la única motivación legítima en materia laboral para establecer diferenciaciones son la capacidad y la idoneidad personal, únicas causales de diferenciación lícitas. En tal sentido, se advierte que nuestro ordenamiento jurídico contempla un modelo antidiscriminatorio abierto y residual, es decir, sanciona conductas discriminatorias, aun cuando el motivo de ellas no se encuentre señalado expresamente en la norma.*

*En concordancia con lo anterior, la nueva normativa propende a refrendar la intención del legislador de que la maternidad, la lactancia materna y el amamantamiento no sean objeto de un trato discriminatorio a consecuencia de dichas circunstancias, y que vean por ello mermadas las oportunidades en el empleo las madres trabajadoras.*

### **JURISPRUDENCIA JUDICIAL:**

**Corte de Apelaciones de la Serena, Rol N° 50-2010, de 08.06.2010:**

*SEXTO: “...efectivamente, la actora fue despedida por razones de edad, vulnerándose de esta forma, la garantía contemplada en el artículo 2° del Código Laboral, circunstancia que infringe la prohibición de*

*discriminación contemplada en dicha norma, encontrándose tal garantía amparada por el procedimiento de tutela laboral previsto en el referido texto legal. En fin, en su considerando séptimo, haciéndose cargo de la circunstancia alegada por la demandada de haber contratado a la demandante cuando tenía más de cincuenta años de edad, expone que tal situación sólo acredita que la demandada no discriminó al momento de la contratación, pero que sí lo hizo al tiempo del despido, argumentando, además, que razonablemente puede suponerse que la instrucción de no contar con ejecutivos mayores de cincuenta años, haya sido impartida con posterioridad a la contratación de la actora”.*

**Corte Suprema, Rol N° 23808-2014, de 25.08.2015:**

*8° Que, asimismo, de ampararse aquella interpretación efectuada por el tribunal recurrido, esta Corte estaría autorizando que se consagre una distinción cuya justificación y razonabilidad es del todo cuestionable, al otorgar protección mediante este procedimiento a quienes sufran discriminaciones fundadas en “... motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social...”, y negándola a quienes sean víctimas de discriminaciones motivadas por otras razones, distintas de la sola “capacidad o idoneidad personal”, aun cuando aquellas puedan ser tan o más ilegítimas como las mencionadas. Resultando del todo evidente que el catálogo contemplado en el artículo 2° del Código del Trabajo no puede en caso alguno tener pretensiones de exhaustividad, no sólo por resultar más acotado que la protección otorgada por la norma constitucional, sino porque también ha sido superado por normas posteriores que han ampliado dicho catálogo de conductas o criterios sospechosos. Así ocurre por ejemplo con el artículo 2° de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, la que define discriminación arbitraria como “... toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.” Para agregar en su inciso tercero que “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”*

*En el mismo orden de ideas, es posible citar el concepto de discriminación empleado por la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, adoptada por la Organización de Estados Americanos en sesión del 5/06/2013, la cual si bien no ha sido hasta la fecha ratificada por nuestro país, ilustra acerca de lo que en los últimos años se viene entendiendo por discriminación, en particular, en el concierto de países americanos. Pues bien, el artículo 1° de la citada convención señala que “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”*

*9° Que, finalmente, se debe tener presente la regla de hermenéutica establecida en el artículo 22 del Código Civil, que señala: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.”. Su aplicación conduce a la necesidad de interpretar la norma tutelar antes citada de un modo que resulte armónico, no sólo con el tenor literal del artículo 2° del Código del Trabajo, sino que también con la norma fundamental y con aquellos tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, de los que surgen obligaciones que no pueden ser limitadas por una norma de rango inferior, menos aún en atención al principio protector que inspira la legislación laboral, y que no sólo debe guiar la actuación del legislador, sino también la del interprete.*

*10° Que, en consecuencia, la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina que la protección a la garantía de no discriminación o principio de igualdad, otorgada por el procedimiento de tutela laboral –de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo-, no queda limitada únicamente a aquellos actos discriminatorios basados en los motivos o criterios que expresamente prevé el artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo, sino que se extiende a todas aquellas discriminaciones o diferencias arbitrarias, prohibidas por el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y por el Convenio OIT N° 111 de 1958; razón por la que corresponde acoger el recurso que se analiza y unificar la jurisprudencia en el sentido indicado, y anular la sentencia impugnada para, acto continuo y en forma separada, dictar la correspondiente de reemplazo.*

**Corte Suprema, Rol N° 11200-2015, de 06.06.2016:**

*11°.- Que, en consecuencia, se debe concluir que no existe razón para excluir el denominado “autodespido” o “despido indirecto” de la situación que regula el artículo 489 del estatuto laboral, disposición legal que precisamente se erige para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, vulnerados con ocasión del término de la relación laboral; finalidad que no se cumpliría si sólo se estima aplicable al caso del dependiente que es despedido por decisión unilateral del empleador, de manera que los efectos de su ejercicio deben ser los mismos que emanan cuando la relación laboral se finiquita por voluntad del empleador. En este contexto, si el empleador con ocasión del despido vulneró las garantías fundamentales del trabajador, - y no sólo las obligaciones que emanan del contrato-, con mayor razón si éste desea poner término a la conculcación de sus derechos fundamentales y los propios del contrato de trabajo, debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, a través de las mismas acciones y derechos que tendría si es despedido por un acto voluntario de su empleador, lo contrario significaría desconocer los citados principios que informan el Derecho del Trabajo y, dejar al trabajador en una situación de desprotección, porque se lo obliga a permanecer en una relación laboral que afecta sus derechos fundamentales.*

## EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 4930/086, de 16.11.2010**

*Resultará jurídicamente procedente que la empleadora empresa XX S.A., establezca diferencias en las remuneraciones de sus trabajadores hombres y mujeres que prestan servicios como guardias de seguridad para empresas principales diversas, en tanto los criterios conforme a los cuales se determine qué dependientes se destinarán a prestar servicios en unas u otras, no resulten arbitrarios, se basen en elementos objetivos y se encuentren establecidos entre la contratista y la empresa principal respectiva. No serían consideradas arbitrarias las diferencias de remuneraciones entre dicho personal, cuando las empresas principales exijan competencias especiales y diversas.*

**Ordinario N° 1187/018, de 10.03.2010**

- 1) *El objetivo o finalidad de la ley N° 20.348, que incorporó el artículo 62 bis en el Código del Trabajo, es eliminar situaciones de discriminación que puedan afectar a las mujeres en el ámbito remuneracional, en razón de género.*
- 2) *La citada disposición legal sólo está referida a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres y no comprende tal igualdad entre personas del mismo sexo.*
- 3) *Todo empleador ante un mismo trabajo que sea desempeñado por un hombre y una mujer, se encuentra obligado a dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre ambos.*

- 4) *Frente a iguales funciones desempeñadas por un hombre y una mujer, es posible asignar remuneraciones distintas, fundándose en criterios objetivos, como pueden ser, entre otros, las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.*
- 5) *De configurarse contravención al principio de igualdad de remuneraciones contemplado en el artículo 62 bis del Código del Trabajo, la afectada debe comenzar deduciendo un reclamo por escrito, ciñéndose al procedimiento que para tales efectos se haya establecido en el reglamento interno de la respectiva empresa, y una vez agotada esta instancia, sin un resultado satisfactorio, se puede iniciar el procedimiento de tutela laboral que contemplan los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.*

*Ordinario N° 1019/012, de 05.03.2010*

*A los profesionales de la educación regidos por el Estatuto Docente, les es aplicable la norma del artículo 62 bis del Código del Trabajo, que establece el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que ocupen un mismo trabajo, pudiendo, por ende, en caso de vulneración del mismo, recurrir a las instancias de reclamación previstos en las normas legales respectivas.*

*Ordinario N° 4483/060, de 10.11.2009*

*En principio, parece plausible la distinción hecha en el monto de una remuneración específica de carácter esporádico como el aguinaldo, en base a la antigüedad en la empresa de los trabajadores beneficiados, lo que no obsta al eventual ejercicio de las acciones legales o constitucionales correspondientes por quienes pudieren sentirse discriminados arbitrariamente por dicha modalidad, en base a circunstancias que se verifiquen en el caso concreto y que denoten distinción de trato efectuada en base a un criterio que carezca de fundamentación objetiva y razonable, como lo sería, entre otras posibles, aquella que estuviere justificada en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social.*

## UNIDAD 2

### CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL CONTRATO

#### PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE UN CONTRATO

##### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 2999/0176, de 08.06.1999:*

*"Estos requisitos deben cumplirse copulativamente, estimándose que el elemento o requisito más característico de una relación laboral lo constituye el vínculo de subordinación o dependencia, toda vez que los otros dos requisitos también pueden concurrir en otras relaciones o actos jurídicos de naturaleza civil o comercial."*

*"Por el contrario, y no obstante existir una prestación de servicios personales con la consecuente retribución económica por esos servicios, no podrá estimarse como relación laboral si tal prestación no se efectúa bajo subordinación o dependencia".*

#### LABORES QUE NO DAN ORIGEN A UN CONTRATO DE TRABAJO

##### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 578, de 12.02.2019*

*La doctrina institucional vigente sobre la materia, contenida en Dictamen N° 4893/303 de 20.09.1993, informa:*

1. *Que la prestación de servicios de una enfermera o auxiliar de enfermería, en el domicilio del paciente, tiene por su naturaleza autonomía técnica y laboral, toda vez que, en él se aplican técnicas y procedimientos propios de una ciencia, arte u oficio.*
2. *Que bajo tales condiciones, no se evidencian los supuestos de subordinación y dependencia que contempla en el artículo 7° del Código del Trabajo como elemento esencial de la relación laboral.*
3. *Por tanto, tales servicios, revestirían el carácter de un contrato de arrendamiento de servicios regido por los artículos 2006 y siguientes del Código Civil.*

*Lo anterior, no impide a las partes celebrar un contrato de trabajo que regule la prestación de servicios, caso en el que deberán someterse a las normas contenidas en el Código del Trabajo, en particular, respecto a la limitación de la jornada laboral y el régimen de descanso -diario y semanal- a que tendrá derecho la trabajadora.*

*Igualmente, podría establecerse el carácter laboral del vínculo mediante un procedimiento de fiscalización o una instancia judicial, en la que se evidencien los elementos de subordinación y dependencia característicos, referidos a la forma y oportunidad de prestación de los servicios.*

*De esta forma, si conforme a la doctrina institucional vigente, el vínculo de prestación de servicios no se encuentra sometido a la legislación laboral, no resulta procedente analizar el contenido del acuerdo que pudieren adoptar las partes, toda vez que, en virtud de la naturaleza de dicho pacto, aquel excedería el ámbito de competencia de este Servicio.*

*En consecuencia, conforme a las consideraciones formuladas y jurisprudencia administrativa citada, cúmpleme informar a Ud. que el vínculo de prestación de servicios de una enfermera o auxiliar de enfermería, en el domicilio del paciente, por regla general, carecería de los elementos de subordinación y dependencia inherentes al contrato de trabajo, razón por la que no resulta procedente emitir pronunciamiento tratándose de un pacto de naturaleza civil, sin perjuicio, de que la verificación de los hechos concretos, en un procedimiento de fiscalización o en sede judicial, permita establecer que se está en presencia de una relación laboral.*

## LAS PRÁCTICAS PROFESIONALES

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 3287/0197, de 05.07.1993:*

*"La duración de la jornada de los estudiantes en práctica, el número de ellos que puede laborar en cada empresa y las demás condiciones de su trabajo son materias que no se encuentran regulados por la legislación laboral".*

*Ordinario N° 3581/0186, de 29.10.2002*

*"La figura del estudiante en práctica no se encuentra regida por la legislación laboral. En consecuencia, no da origen a un contrato de trabajo y tampoco existe norma alguna que limite su aplicación."*

*Ordinario N° 859/008, de 22.02.2013*

*"1) Resulta procedente que los Inspectores del Trabajo puedan sancionar con la multa establecida en el inciso 6° del artículo 76 de la ley N° 16.744, a la empresa en la cual labora un estudiante en práctica, que sufre un*

*accidente grave, de comprobarse que no se le proporcionó los elementos de protección personal adecuados al riesgo que se exponía; no se le informó los riesgos propios de sus labores; ni las medidas preventivas ni los métodos de trabajo correctos, y la empresa no auto suspendió las faenas en forma inmediata.*

*2) De no haberse suspendido por la empresa las faenas en las cuales ocurrió el accidente grave al estudiante en práctica, resulta pertinente que el Inspector del Trabajo pueda ordenarla, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28, del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo.*

*3) Por accidente del trabajo grave para los efectos de la exigencia de las obligaciones y responsabilidades anotadas en el punto 1° de este informe, debe entenderse cualquier accidente que obligue a realizar maniobras de reanimación o rescate; o que ocurra por caída de altura de más de dos metros, o que provoque en forma inmediata la amputación o pérdida de cualquier parte del cuerpo, o involucre un número tal de trabajadores que afecte el desarrollo normal de la faena de que se trate."*

**Ordinario N° 5813/362, de 26.11.1999:**

*"En efecto, se trata únicamente de convenios a celebrarse entre determinadas empresas y un establecimiento de enseñanza media técnica, por el cual los alumnos de tercero y cuarto medio de éste, como requisito de su formación técnico profesional, efectúan una práctica en las empresas acorde con su especialidad, por un período discontinuo y breve, por algunos días a la semana y sin percibir por ello remuneración.*

*De esta manera, aparece evidente que la relación entre el empleador y el estudiante que efectuará la práctica en la empresa, en los términos antes anotados, no es posible calificarla de contrato de aprendizaje, según el Código del Trabajo, o para los fines de la ley 19.518. sino que sólo tendría por objeto cumplir un requisito de práctica profesional, cuya regulación compete al Ministerio de Educación.*

*En confirmación de lo anteriormente señalado, cabe agregar que de la sola lectura del artículo 8°, inciso 3° del Código del Trabajo, la práctica profesional no constituye de modo expreso contrato de trabajo y por lo mismo, de aprendizaje, según se dispone:*

*"Tampoco dan origen a dicho contrato los servicios que preste un alumno o egresado de una institución de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional, durante un tiempo determinado, a fin de dar cumplimiento al requisito de práctica profesional. No obstante, la empresa en que realice dicha práctica le proporcionará colación y movilización, o una asignación compensatoria de dichos beneficios, convenida anticipada y expresamente, lo que no constituirá remuneración para efecto legal alguno".*

*De este modo, en la especie, no podría darse un contrato de trabajo, y menos un contrato de aprendizaje, que es un contrato de trabajo especial.*

*En consecuencia, de conformidad a lo expuesto, y disposiciones legales citadas, cúmpleme informar a Ud. que el Proyecto de Formación Profesional Dual, por el cual alumnos de tercero y cuarto medio del Liceo Politécnico ....., de la especialidad acuicultura, pueden ejercer su práctica en empresas salmoneras de la zona, no origina contratos de trabajo de aprendizaje, según el Código del Trabajo, o la ley N° 19.518, sobre Estatuto de Capacitación y Empleo, sino que convenios de práctica educacional."*

## OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 3441/072, de 20.08.2008:**

*"El reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales poseen respecto de las facultades que la ley le reconoce al empleador, en especial respecto del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores, conlleva a la conclusión que el programa a nivel de la red del sistema de computación, denominado WIN VNC (controlador remoto) no podrá utilizarse como un control permanente*

*del empleador que suponga la vigilancia y fiscalización de la actividad de los trabajadores en los computadores que les fueren asignados, y, en aquellos casos en que resulte lícita su utilización, por requerimientos o exigencias técnicas, objetivamente necesarios, de los procesos productivos o por razones de seguridad, deberán respetarse las directrices contenidas en el cuerpo del presente escrito”.*

**Ordinario N° 3416/049, de 28.08.2009:**

*“Las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador, incluyendo en éstas aquella que permite al empleador establecer en el Reglamento Interno de Orden las obligaciones y prohibiciones y en general las medidas de control a que están sujetos los trabajadores, encuentran como límite infranqueable, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo, el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores”.*

**Ordinario N° 2371, de 01.06.2017:**

*La obligación de protección del empleador consiste en adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, incluyendo aquellas de carácter preventivo que no hayan sido previstas expresamente en la ley.*

**Ordinario N° 2651/0206, de 28.06.2000:**

*“El empleador se obliga mediante el contrato de trabajo no solo a admitir al dependiente al trabajo, sino que a proporcionárselo, solucionando a la vez aquellos aspectos técnicos o administrativos del proceso productivo que impidan o dificulten que el trabajador pueda desempeñar real y efectivamente las labores en los términos convenidos, en especial si se encuentra remunerado a base de comisión y, no podrá poner metas de producción al personal si ello no ha sido previamente convenido con ellos”.*

**Ordinario N° 2790/0133, de 05.05.1995:**

*“Para el empleador sus obligaciones consisten fundamentalmente en proporcionar al dependiente el trabajo convenido y pagar por dichos servicios la remuneración acordada y, tratándose del trabajador, su principal obligación consiste en efectuar la labor o servicio para el cual fue contratado.*

*En relación con lo anterior cabe precisar que la doctrina reiterada y uniforme de este Servicio ha sostenido que las partes pueden liberarse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales en el evento de que exista fuerza mayor o caso fortuito”.*

**Ordinario N° 4126/0210, de 05.07.1995:**

*“Atendido el carácter bilateral del contrato de trabajo, esta Dirección ha sostenido en forma reiterada y uniforme que el trabajador sólo tiene derecho a remuneración en cuanto cumpla con su obligación correlativa de prestar servicios, salvo la concurrencia de causa legal que establezca dicho pago o del acuerdo de las partes en este sentido”.*

## OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 6725/306, de 16.11.1994:**

*Del precepto legal transcrito se infiere que el contrato de trabajo es un acto jurídico bilateral que genera obligaciones recíprocas para ambas partes.*

*Se desprende, asimismo, que para el empleador tales obligaciones consisten, fundamentalmente, en proporcionar al trabajador el trabajo convenido y pagar por él la remuneración acordada y, para el trabajador, en ejecutar el servicio para el cual fue contratado.*

*Ahora bien, atendido el carácter bilateral del contrato de trabajo, esta Dirección ha sostenido en forma reiterada y uniforme que el trabajador sólo tiene derecho a remuneración en cuanto cumpla con su obligación correlativa de prestar servicios, salvo la concurrencia de causa legal que establezca dicho pago o del acuerdo de las partes en este sentido.*

*De esta manera, en la especie, posible resulta afirmar que si los trabajadores de que se trata no han laboradas determinadas jornadas de trabajo convenidas debido a su asistencia a sesiones del Consejo Regional de Desarrollo, el empleador se encuentra facultado para descontar el valor correspondiente al tiempo no laborado sin perjuicio de lo que las partes pudieren haber convenido sobre el particular.*

## DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A HONORARIOS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 2701/0065, de 10.07.2003:*

*"No resultará procedente que un sostenedor de una escuela especial que atiende a niños con trastornos en el lenguaje suscriba contratos a honorarios con el personal que se desempeña como fonoaudiólogo, psicólogo o kinesiólogo, si concurren los requisitos que hacen procedente la existencia de una relación jurídica laboral que deba materializarse en un contrato de trabajo, en especial el vínculo de subordinación y dependencia."*

*Ordinario N° 235/013, de 13.01.1994:*

*"El ordenamiento jurídico laboral no contempla disposición alguna que prohíba a un trabajador prestar servicios a honorarios para su mismo empleador, siempre que no concurren al respecto los elementos que determinan la existencia de una relación de naturaleza laboral, que deba materializarse en un contrato de trabajo."*

*De ello se sigue, obviamente, que las labores por las cuales se perciben honorarios deben ser diferentes a aquéllas determinadas en el contrato de trabajo y realizarse en condiciones distintas".*

## CONTRATO DE TRABAJO DE LOS DUEÑOS O SOCIOS DE LA EMPRESA

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

#### SUELDO EMPRESARIAL E IMPLICANCIA EN MATERIA LABORAL

*Ordinario N° 1977/172, de 17.05.2000:*

*El inciso 3°, del N° 6, del Artículo 31 del D.L. N° 824, de 1974, o Ley de la Renta, introducido por el artículo 1°, letra d), de la ley 18.985, de 1990, prescribe:*

*"No obstante, se aceptará como gasto la remuneración del socio de sociedades de personas y socio gestor de sociedades en comandita por acciones, y las que se asigne el empresario individual, que efectiva y permanentemente trabajen en el negocio o empresa, hasta por el monto que hubiera estado afecto a cotizaciones previsionales obligatorias. En todo caso dichas remuneraciones se considerarán rentas del artículo 42, número 1".*

*De la disposición legal transcrita se desprende que para efectos del Impuesto a la Renta se acepta como gasto la remuneración del socio de sociedad de personas, del socio gestor de sociedades en comandita por*

*acciones, y la que se asigne el empresario individual, siempre que todos trabajen efectiva y permanentemente en el negocio o empresa, y hasta por el monto afecto a cotizaciones previsionales obligatorias.*

*De lo expuesto se desprende que para fines tributarios de la Ley de la Renta, el legislador contempla un concepto de remuneración de alcances distintos al que rige para la legislación laboral, si aquella alude a la devengada tanto por socios de sociedades de personas, por socios gestores de sociedades en comandita por acciones, e incluso la que se asigne el propio empresario individual, los que constituyen supuestos diferentes a los exigidos por la legislación laboral para precisar el concepto de remuneración.*

*En efecto, el artículo 41 del Código del Trabajo, que contiene la definición de remuneración, establece como causa de la misma la existencia de contrato de trabajo, esto es, para arribar al concepto de remuneración habrá que atender si se dan los elementos propios del contrato de trabajo entre las partes y especialmente, la prestación de los servicios bajo subordinación y dependencia de empleador.*

*Al respecto, el artículo 3°, letra b), del Código del Trabajo, dispone:*

*"Para todos los efectos legales se entiende por:*

*"b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo".*

*A su vez, el artículo 7° del mismo Código, prescribe:*

*"Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada".*

*Y, el artículo 8°, inciso 1°, también del Código del Trabajo, dispone:*

*"Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo".*

*Del contexto de las disposiciones legales preinsertas es dable inferir que para que una persona pueda ser considerada trabajador de otra debe prestar a ésta servicios personales, ya sean intelectuales o materiales, mediando subordinación o dependencia y recibiendo a cambio de dicha prestación una remuneración determinada.*

*En otros términos, para que una persona detente la calidad de trabajador se requiere:*

- a) Que preste servicios personales, ya sean intelectuales o materiales;*
- b) Que la prestación de dichos servicios la efectúe bajo un vínculo de subordinación o dependencia, y*
- c) Que, como retribución a los servicios prestados, reciba una remuneración determinada.*

*Ahora bien, el elemento propio o característico del contrato de trabajo, el que lo tipifica, es el consignado en la aludida letra b), vale decir, el vínculo de subordinación o dependencia. De este elemento, entonces, dependerá determinar si se configura una relación laboral que deba materializarse en un contrato de trabajo, puesto que los señalados en las letras a) y c) precedentes pueden darse también en otra clase de relaciones jurídicas de naturaleza civil o comercial, o para fines tributarios como en la especie.*

*Lo expuesto precedentemente autoriza para sostener que, no obstante existir una prestación de servicios personales y una remuneración determinada, no se estará en presencia de un contrato de trabajo, si tal prestación no se efectúa en situación de subordinación o dependencia respecto de la persona en cuyo beneficio se realiza.*

*A mayor abundamiento, cabe agregar que, de acuerdo a la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, el señalado vínculo de subordinación o dependencia se materializa a través de diversas manifestaciones concretas tales como "la continuidad de los servicios prestados en el lugar de la faena, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo, la obligación de ceñirse a las órdenes e instrucciones dadas por el empleador, la supervigilancia en el desempeño de las funciones, la subordinación a controles de diversa índole, la necesidad de rendir cuenta del trabajo realizado, etc., estimándose, además, que dicho vínculo está sujeto en su existencia a las particularidades y naturaleza de la prestación del trabajador".*

*Precisado lo anterior, y al tenor de la consulta, en la especie, los socios de sociedades de personas serán trabajadores dependientes de la sociedad para la cual trabajan si se dan los requisitos antes señalados, y en tal caso, podría considerarse que perciben remuneración de parte de la misma.*

*Más específicamente, en relación con el mencionado vínculo de subordinación y dependencia que podría darse entre un socio de una sociedad y esta última para la cual labora, la doctrina uniforme y reiterada de la Dirección, contenida, entre otros, en dictámenes N°. 3709/111, de 23.05.91 y 3090/166, de 27.05.97, precisa que ello no es posible jurídicamente si la voluntad del socio se confunde con la de la sociedad, lo que ocurriría cuando aquél reúne en forma copulativa la condición de socio con aporte mayoritario de capital y cuenta además con las facultades de administración social, lo que no hace concebible que pueda existir subordinación y dependencia entre ambos, lo que obstaría a una relación jurídico laboral que debiera escriturarse en un contrato de trabajo, no obstante trabajar para ella, que sería el único presupuesto que exigiría la disposición tributaria en comento para el denominado sueldo empresarial o patronal.*

*Pues bien, en el caso en estudio, para los fines tributarios ya indicados, sería remuneración la de los socios de sociedades de personas y la de los socios gestores de sociedades en comandita por acciones, con el solo requisito que trabajen para la sociedad, sin atender a la incidencia de vínculo de subordinación y dependencia entre ambas, e incluso, la que se asigne el propio empresario individual, persona que desde un punto de vista laboral es trabajador independiente o por cuenta propia, y no trabajador bajo subordinación o dependencia de otro, por lo que su retribución no podría ser calificada de remuneración, en ningún caso, desde prisma laboral.*

*De este modo, no resulta pertinente que la Dirección del Trabajo deba adecuar, como aparecería de la consulta, el concepto de remuneración que utiliza en sus fines propios, que dimana del Código del Trabajo, al considerado por la Ley de la Renta, para el denominado sueldo empresarial o patronal, con propósitos distintos, de carácter tributario.*

*En consecuencia, de conformidad a lo expuesto y disposiciones legales citadas, cúpleme informar a Ud. de acuerdo a la doctrina vigente de la Dirección del Trabajo, entre un socio de sociedad de personas y esta sociedad para la cual trabaja, se configura relación laboral de concurrir vínculo de subordinación y dependencia entre ambas, por lo que no resulta procedente modificar esta doctrina con el solo propósito de adecuarla a disposiciones legales de otro orden, como tributarias, sobre sueldo empresarial o patronal de los socios.*

**Ordinario N° 1544, de 26.05.2021**

*Sobre la situación específica que se consulta, consta de escritura pública de 23 de septiembre de 2010, extendida ante el Notario don ....., haberse constituido la sociedad ..... Limitada, en la cual don JMF ha tenido la condición de socio mayoritario y de titular de la administración y representación de la misma. Con posterioridad, el 16 de diciembre de 2013, ante el mismo Notario, se modifica la referida sociedad, y el socio don JMF conserva la administración y representación, no obstante pierde su calidad de socio mayoritario.*

*En estas condiciones, como se advierte, de acuerdo a la referida jurisprudencia de esta Dirección, entre el 23 de septiembre de 2010 y el 15 de diciembre de 2013, don JMF no ha podido contraer vínculo de*

*subordinación y dependencia con Asesoría e Inversiones MV Limitada, de tal modo que en este lapso de tiempo no hubo causa que justificara las cotizaciones enteradas a AFC Chile S.A.*

*Ahora bien, sobre la obligación de cotizar para el seguro de desempleo desde el 16 de diciembre de 2013 en adelante, debe tenerse presente lo establecido en el Dictamen N° 3743/051, de 23.07.2015, en el sentido que, "al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.728, en que se establece el seguro obligatorio de cesantía para los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, tratándose de las asignaciones por "sueldo empresarial", no resulta procedente efectuar el íntegro del aporte a dicho seguro".*

*La sociedad recurrente, por tanto, podrá hacer valer ante la AFC Chile S.A., la documentación que acredite que su socio don JMF ha percibido "sueldo empresarial", lapso durante el cual esta entidad societaria no ha debido cotizar por concepto de seguro de desempleo.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, jurisprudencia administrativa y documentos hechos valer, cúpleme manifestar que:*

- 1) *Entre el 23 de septiembre de 2010 y el 15 de diciembre de 2013, don JMF legalmente ha estado impedido de contraer vínculo de subordinación y dependencia con la sociedad recurrente; y*
- 2) *Por el lapso de tiempo posterior al 15 de diciembre de 2013, esta entidad societaria podrá acreditar ante la AFC Chile S.A., que su socio don JMF ha percibido "sueldo empresarial", situación que conforme a la legislación vigente, exime de la obligación de aportar al fondo para el seguro de desempleo.*

**Ordinario N° 1562, de 31.05.2021**

*Sobre la situación específica que se consulta, consta de las cinco escrituras públicas acompañadas - la que constituyó ..... Ltda., de 05.05.1977, y las cuatro adicionales que modificaron el acuerdo constitutivo inicial, de 30.06.1980, 31.01.1996, 29.03.2008 y de 13.09.2012 - que durante la existencia legal de la citada entidad societaria, la recurrente doña MSEF, en ningún lapso de tiempo ha reunido copulativamente la condición de socia mayoritaria y de titular de las facultades de administración y representación de ..... Ltda. Tal circunstancia, debidamente comprobada, conforme a la citada jurisprudencia, no ha impedido a la recurrente contraer - eventualmente - vínculo de subordinación y dependencia con la sociedad de la cual forma parte.*

*Ahora bien, sobre la obligación de cotizar para el seguro de desempleo, debe tenerse presente lo establecido en el Dictamen N° 3743/051, de 23.07.2015, en el sentido que, "a/ tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.728, en que se establece el seguro obligatorio de cesantía para /os trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, tratándose de las asignaciones por "sueldo empresarial", no resulta procedente efectuar el íntegro del aporte a dicho seguro".*

*La socia recurrente, por lo tanto, podrá hacer valer ante la Administradora de los Fondos de Cesantía, la documentación que acredite que ha percibido "sueldo empresarial", de tal modo que el lapso de tiempo que ha recibido esta retribución, Ajax Ltda. no ha debido cotizar por concepto de un eventual seguro de desempleo de doña MSEF.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, jurisprudencia administrativa y documentos hechos valer, cúpleme manifestar que:*

- 1) *La socia de .....x Ltda., doña MSEF, no tiene ni ha tenido impedimento legal para contraer vínculo de subordinación y dependencia con la citada entidad societaria, al no reunir y no haber reunido copulativamente la condición de socia mayoritaria y titular de la administración y representación de la misma; y*
- 2) *En el evento que la individualizada recurrente perciba y haya percibido "sueldo empresarial", podrá acreditarse tal circunstancia ante la Administradora de Fondos de Cesantía, lo que conforme a la legislación vigente, exime de la obligación de aportar al fondo para el seguro de desempleo.*

## SOCIO MAYORITARIO CON FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN

*Ordinario N° 0673/0056, de 14.02.2000:*

*El hecho de que una persona detente copulativamente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y representación de la misma, le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad.*

*Ordinario N° 1448, de 23.08.2022*

*La accionista mayoritaria que además tiene la administración y representación de la sociedad no puede contraer con ésta un vínculo de subordinación y dependencia al confundirse las voluntades de empleadora y dependiente.*

*Ordinario N° 2139, de 20.07.2020*

*El accionista mayoritario que además tiene la administración y representación de la sociedad, no puede contraer con ésta un vínculo de subordinación y dependencia, al confundirse las voluntades de empleadora y dependiente.*

*Ordinario N° 1697, de 26.05.2020*

*En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial de la escritura pública de modificación y transformación de la sociedad ..... S.P.A. de 30 de octubre de 2017, suscrita ante el Notario Público de Santiago ....., se desprende que aquella está conformada por la Sra. .... con una participación del 40 % y el Sr. ...., con una participación del 60%.*

*Asimismo, de la escritura pública de cesión de acciones de la sociedad ..... S.P.A. de 06 de diciembre de 2019, suscrita ante el Notario Público de Santiago, ....., se desprende que actualmente conforman dicha sociedad la Sra. .... con una participación de 35 acciones, el Sr. .... con 45 y la Sra. .... con 20 acciones.*

*De los mismos antecedentes se desprende, que la administración de la sociedad corresponde indistintamente a cualquiera de los socios Sra. .... y Sr. ....*

*De este modo, conforme a las antecedentes recabados sobre la presente consulta, no cabe sino concluir que el Sr. .... es socio mayoritario de la sociedad de que se trata y ostenta su administración.*

*En cuanto a la Sra. ...., ostenta la administración de la sociedad indistintamente con el Sr. .... y cuenta con un 35% de participación en ella.*

*Pues bien, de acuerdo con los antecedentes recabados sabré al particular no cabe sino concluir que don ..... es el socio mayoritario de ..... S.P.A. y ostenta su administración atendido lo cual no podría mantener una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con dicha sociedad. Por otra parte, no existiría inconveniente jurídico en que doña ....., mantuviese una relación laboral con la misma, a la luz de la jurisprudencia institucional citada y transcrita en el cuerpo del presente informe.*

*Ordinario N° 675, de 05.02.2020*

*Al respecto, cabe hacer presente que esta Dirección cuenta con competencia para pronunciarse sobre el vínculo de subordinación y dependencia que pudiese configurarse en situaciones concretas y, en tal contexto, cabe tener presente que la doctrina vigente de esta Dirección contenida en el Dictamen N° 2127/020, de 06.06.2014, y los Ordinarios N°s 4356, de 06.11.2014, y 173, de 15.01.2015, entre otros, sostienen*

*que, "el hecho de que una persona detente la calidad de socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y representación de la misma, le impide prestar servicios en condiciones subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad".*

*La misma doctrina agrega que, "los requisitos precedentemente señalados son copulativos, razón por la cual la sola circunstancia de que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo subordinación y dependencia".*

*De acuerdo a los antecedentes acompañados, "Conforme a escritura pública de 26 de febrero de 2019, extendida ante el notario ....., que contiene el Acta de la Tercera Junta Extraordinaria de Accionistas de ..... S.A., doña ..... es titular de ciento cincuenta acciones de un total de doscientas". Asimismo, "Conforme a escritura pública de fecha 21 de diciembre de 2017, extendida ante el mismo notario, que contiene el Acta Novena de la Sesión Ordinaria de Directorio, doña ....., en su calidad de Apoderado Clase A, tiene la administración y representación de .....S.A".*

*En consecuencia, de acuerdo a la jurisprudencia administrativa citada y documentación societaria acompañada, cúpleme manifestar que doña ..... se ha encontrado impedida de contraer vínculo de subordinación y dependencia con Profin S.A.*

**Ordinario N° 5769, de 29.11.2017**

*No resulta procedente que celebre contratos de trabajo con la ..... Limitada, por cuanto no es posible configurar de acuerdo a derecho la existencia de vínculo de subordinación o dependencia propio de las relaciones laborales, mientras sea socio mayoritario y mantenga la administración de esa entidad.*

**Ordinario N° 4244, de 03.09.2019**

*Consta en la situación que se examina, que el recurrente ha constituido una sociedad de hecho junto a don ....., que tiene la administración y representación de la misma, y que ha hecho aportes equivalentes al cincuenta por ciento del capital de la referida sociedad.*

*Conforme a estos antecedentes, se configura una clara incompatibilidad del recurrente entre su condición de socio mayoritario de la sociedad con facultades de administración y representación, y su eventual calidad de trabajador dependiente de la citada entidad de hecho.*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas y jurisprudencia administrativa invocada cumpro con informar a Ud. que la confusión de voluntades con la sociedad que representa y respecto de la que es socio mayoritario, impide la configuración del vínculo de subordinación y dependencia requerido por ley para sostener la existencia de relación laboral.*

**Ordinario N° 171, de 18.01.2021**

*A lo anterior debemos agregar, que en la última modificación de la Sociedad en cuestión, de fecha 12.12.2019, inscrita en el Repertorio N° 7..... del Notario Público ....., en el apartado cuarto referido al cambio de socios, consta que los actuales socios de la Sociedad son los siguientes: a) ....., con un 12, 0451% del capital y derechos sociales, b) ....., con un 6, 6991% del capital y derechos sociales, c) ....., con un 25, 2848% del capital y derechos sociales, d) ....., con un 25, 2848% del capital y derechos sociales, e) ..... SpA, con un 23,2100% del capital y derechos sociales, f) ..... SpA, con un 3,7381% del capital social y derechos sociales y g) ..... SpA, con un 3, 7381% del capital social y derechos sociales. La protocolización del extracto, inscripción y publicación de la modificación de la ..... Ltda., consta en el Repertorio Notarial, así como en el Registro de Comercio de Santiago, Repertorio N° ....., a fojas 6693 N° 3625 de 2020, anotado al margen de fojas 342, N° ..... de 1981.*

*En cuanto a la administración de la Sociedad, la última modificación señala en su cláusula sexta que se mantienen las estipulaciones contenidas en los estatutos sociales.*

*Atendiendo a las últimas disposiciones acordadas sobre la materia, de acuerdo con la documentación adjunta se desprende que, éstas se encuentran insertas en la modificación que tuvo la "..... Ltda.", de fecha 31.01.2018, cuya escritura pública fue protocolizada ante Notario Público ....., Repertorio N° 546/2018. En dicho antecedente, en la cláusula Sexta de la Administración, Representación y uso de la Razón Social, consta que, se confirió la administración y representación judicial y extrajudicial de la sociedad, así como, el uso de la razón social al Sr. ...., a la Sra. .... o a la Sra. ...., para que actúen uno o cualquiera de ellos, separada e indistintamente.*

*De este modo, es evidente que las Sras. .... y ....., se les han conferido las facultades de administración y representación de la ".....Ltda.", y además, poseen la calidad de socias mayoritarias de dicha Sociedad, toda vez que poseen el 25,2848% del capital y derechos sociales cada una, y en consecuencia, no pueden mantener una relación laboral bajo subordinación o dependencia con dicha Sociedad, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa citada precedentemente, que establece que para entender improcedente la configuración de un vínculo contractual de carácter laboral, el requisito de ser socio mayoritario debe existir en forma copulativa con la posesión de la facultad de administración de la Sociedad, tal como se verifica en este caso en análisis.*

*En este sentido, la doctrina de este Servicio ha sostenido que, "(..) la calidad de socio mayoritario se determina, en cada caso en particular, considerando el total del capital social en relación con el número de socios de la respectiva sociedad y la participación de cada uno de ellos en la misma." (Ord. 3710/189 de 14.06.1995 en relación con Ord. 1761/85 de 20.03.1995).*

*Así las cosas, el porcentaje de participación en el capital social de las socias Sras. .... y ..... representa una participación mayoritaria, desde que ambas poseen los mayores porcentajes de propiedad del capital social.*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a usted que:*

*Las socias Sras. .... y ....., a quienes se les han conferido las facultades de administración y representación de la ".....Ltda.", poseen además la calidad de socias mayoritarias, y por lo tanto, es improcedente que posean un vínculo laboral de subordinación o dependencia con dicha Sociedad.*

**Ordinario N° 2251, de 20.09.2021**

*En el caso planteado, la socia Sra. ...., tal como consta en los antecedentes adjuntos, reunió la condición de socia mayoritaria con el 20% del capital social con fecha 26.12.2018, época en la cual se protocolizó escritura pública de modificación de la sociedad "..... Ltda." ante don Humberto Prieto Concha Notario Público Suplente de don ..... A su vez, en el mismo acto, se le otorgaron las facultades de administración y representación de la sociedad y uso de las razón social y nombre de fantasía, de manera que pasó a reunir en su persona los dos requisitos copulativos que le impiden trabajar bajo subordinación o dependencia para la sociedad antes mencionada, es decir, calidad de socia mayoritaria y tener facultades de administración y representación. Es así como consta en la cláusula cuarta de la escritura pública señalada, que la sociedad en comento, tiene actualmente seis socios que se distribuyen el capital social del siguiente modo: 20% corresponde al socio Sr. ...., 20% a la socia Sra. ...., 15% al socio Sr. ...., 15% a la socia Sra. ...., 15% a la socia Sra. .... y 15% restante a la socia Sra. ....*

*Además, desde que se constituyó con fecha 25.11.1996, la Sociedad "..... Ltda.", nombre de fantasía "..... Ltda.", RUT ....., la socia Sra. .... nunca tuvo la calidad de socia mayoritaria, hecho que se registró-tal como se dijo- solamente a partir de la modificación societaria de 26.12.2018. Asimismo, los socios*

*Sra. .... y Sr. ...., están casados bajo régimen de separación total de bienes, tal como consigna la escritura pública de fecha 26.12.2018.*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones normativas citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumpto con informar a usted que:*

- 1) *No resulta procedente en la actualidad que la Sra. ...., mantenga una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la sociedad "..... Ltda.", nombre de fantasía "..... Ltda.", RUT .....*
- 2) *Con anterioridad al 26.12.2018, la Sra. ...., si pudo mantener una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la sociedad "..... Ltda.", nombre de fantasía "..... Ltda.", RUT ....., puesto que, desde la constitución de dicha sociedad en 25.11.1996 hasta la fecha de modificación societaria señalada, en la persona de la Sra. .... no se habían reunido los requisitos copulativos de tener calidad de socia mayoritaria y poseer facultades de administración y representación social.*

## IGUALDAD ENTRE SOCIOS EN MATERIA DE CAPITAL Y FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN

*Ordinario N° 1534, de 30.04.2020*

*De acuerdo a los antecedentes que obran en poder de esta Dirección aparece que según certificado de 22.11.2019, expedido por el Conservador de Bienes Raíces y Comercio Archivero Judicial de Concepción ....., a don ..... y a doña ..... les corresponde la administración de la referida sociedad, pudiendo actuar conjunta o separadamente.*

*Por otra parte, según escritura pública de 19.06.2010, extendida ante el notario interino de Concepción ....., los únicos actuales socios de la referida sociedad son don ....., doña ....., doña ..... y doña ....., cada uno de ellos con un 25% de participación en la propiedad de los derechos sociales.*

*De lo antes expuesto aparece, que a la luz de la doctrina ya citada don ..... y ..... reúnen los dos requisitos copulativos señalados por la jurisprudencia de este Servicio, esto es, detentan la calidad de socios mayoritarios y tienen las facultades de administración y representación de la referida sociedad, lo que les impide detentar la calidad de trabajadores de la misma.*

*En efecto, los socios mencionados pueden ser considerados como aportantes mayoritarios del capital, pues ninguno de los 4 socios de la sociedad en estudio aporta más que el otro, es decir, no hay un socio minoritario, y son, sólo estos dos quienes detentan las facultades de administración y representación de la sociedad, lo que lleva inferir que la voluntad de esta última se confunda con la de cualquiera de estos dos socios, lo que impide que pueda existir vínculo de subordinación o dependencia de alguno de estos respecto de la sociedad de que forman parte.*

*Lo anterior se encuentra en armonía con la doctrina de esta Dirección contenida, entre otros, en dictamen N° 3517/114, de 28.08.03, en orden a que "las condiciones de igualdad en materia de capital y de administración que ambos socios detentan en los hechos, observadas a la luz del principio de la realidad, permiten afirmar que dichas condiciones se traducen necesariamente en que la voluntad del ente jurídico y la de estos socios se confunda en cuanto aquella se genera y se manifiesta a través de la voluntad de ellos.*

*En consecuencia, de acuerdo a las consideraciones expuestas y doctrina administrativa citada, cumpto con informar a Ud. que don ..... y doña ..... se han encontrado impedidos de contraer un vínculo de subordinación o dependencia con la empresa ..... Limitada. Por la misma razón, no ha procedido la afiliación y efectuar cotizaciones al seguro de desempleo de la Administradora de Fondos de Cesantía AFC Chile para tales personas.*

**Ordinario N° 3197, de 26.11.2020**

*En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial de la escritura pública de constitución de la ..... limitada de 20 de octubre de 2005, extendida ante el notario público de Santiago, don ....., aparece que los Sres. ...., ..... y ....., son los socios de dicha sociedad, con una representación del 30%, 30%, 30% y 10% del capital social, respectivamente, ostentando la administración y uso de la razón social, los Sres. ....Z, ..... y ....., cualquiera de ellos, indistintamente.*

*De este modo, se desprende del documento referido que los Sres. .... y ..... participan de manera igualitaria en el capital de la ..... Limitada y que todos ellos ostentan la calidad de administradores y el uso de la razón social de la misma, indistintamente, por lo que, a la luz de la jurisprudencia institucional citada precedentemente, dichas condiciones impedirían una relación laboral bajo subordinación o dependencia entre ellos y la empresa de que se trata.*

*Asimismo, de la- escritura de cesión de derechos sociales y transformación de la referida sociedad, la cual pasó a denominarse ..... SPA de 20 de mayo de 2019, extendida ante Notario Público de Santiago, don ....., se desprende que los únicos socios de aquella son los Sres. .... y ....., ambos con una participación igualitaria del 50% y detentando la administración de manera conjunta e indistintamente.*

*De lo anterior, se desprende que los socios ya individualizados, no podrían mantener una relación laboral con carácter de subordinación o dependencia con la ..... SPA, atendido los razonamientos jurídicos expuestos previamente.*

*En consecuencia, a la luz de las normas legales transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cúmpleme informar que no resulta jurídicamente procedente que Ud. y el Sr. ...., mantengan una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la ..... SPA.*

**Ordinario N° 4937, de 17.10.2019**

*Consta en la situación que se examina, que esa sociedad de hecho recurrente la integran don ALTT y doña SATT, cada uno de los cuales, tiene la administración y representación de la misma, y que han hecho aportes equivalentes al cincuenta por ciento del capital de la referida sociedad, también cada uno.*

*Conforme a estos antecedentes, se configura una clara incompatibilidad de ambos, entre su condición de socios mayoritarios de la sociedad con facultades de administración y representación, y su eventual calidad de trabajadores dependientes de la citada entidad de hecho.*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas y jurisprudencia administrativa invocada, cumpro con informar que la confusión de voluntades con la sociedad que representan los socios individualizados y respecto de la que son -a su vez- socios mayoritarios, impide para ambos la configuración del vínculo de subordinación y dependencia requerido por ley para sostener la existencia de relación laboral.*

**Ordinario N° 1761/085, de 20.03.1995:**

*Del contexto de las disposiciones legales preinsertas es dable inferir que, para que una persona pueda ser considerada trabajador de otra, debe prestar a ésta servicios personales, ya sean intelectuales o materiales, mediando subordinación o dependencia y recibiendo a cambio de dicha prestación una remuneración determinada.*

*En otros términos, para que una persona detente la calidad de trabajador se requiere:*

- a) *Que preste servicios personales ya sean intelectuales o materiales; b) Que la prestación de dichos servicios la efectúe bajo un vínculo de subordinación y dependencia, y c) Que, como retribución a los servicios prestados, reciba una remuneración determinada.*

*De los elementos anotados precedentemente, el que determina el carácter de trabajador es el vínculo de subordinación o dependencia, el cual, según la reiterada doctrina de esta Dirección, se materializa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como "continuidad de los servicios prestados en el lugar de las faenas, cumplimiento de un "horario de trabajo, supervigilancia en el desempeño de las "funciones, obligación de ceñirse a instrucciones impartidas " por el empleador, etc., estimándose, además, que el vínculo " de subordinación está sujeto en su existencia a las " particularidades y naturaleza de la prestación del "trabajador".*

*Sobre el particular, cabe tener presente la doctrina de este Servicio sobre el tema consultado, contenida, entre otros, en dictamen N° 3.709-111, de 23.05.91, el cual en su parte pertinente establece que " el hecho de que una persona detente " la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad " y cuente con facultades de administración y de " representación de la misma le impide prestar servicios en " condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que " tales circunstancias importan que su voluntad se confunda " con la de la respectiva sociedad".*

*En el citado pronunciamiento se agrega, además, "que los "requisitos precedentemente señalados son copulativos, razón " por la cual la sola circunstancia de que una persona cuente "con facultades de administración y de representación de una "sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o " viceversa, no constituye un impedimento para prestar" servicios bajo subordinación o dependencia".*

*Ahora bien, en relación con el caso en estudio, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial del informe de fiscalización y de la escritura de constitución de la XX Ltda. otorgada el 16.03.70, ante el Notario Público de Parral don Enrique Vergara Apolonio y modificaciones posteriores, se desprende:*

- a) *Que los Sres. XX e XX son únicos socios de la sociedad de responsabilidad XX Ltda.*
- b) *Que los socios referidos en la letra a) precedente tienen indistinta y separadamente tanto el poder de administración como el uso de la razón social, y la representación judicial y extrajudicial de la sociedad.*
- c) *Que la participación de cada socio en la aludida sociedad corresponde a un 50% del capital social.*

*Conforme a lo expresado precedentemente, es dado convenir que respecto de las dos personas aludidas, concurre uno de los requisitos copulativos antes referido que les impide prestar servicios en condiciones de subordinación y dependencia, cual es, contar con facultades de administración y representación de la sociedad.*

*Precisado lo anterior, se hace necesario determinar si concurre, también, el primero de los requisitos copulativos, esto es, que los mismos sean, además, socios mayoritarios de la sociedad mencionada.*

*Al respecto, es del caso puntualizar que esta Dirección cuando le ha correspondido determinar la calidad a que alude el párrafo que antecede ha considerado para tal efecto, el total del capital social en relación con el número de socios de la misma.*

*Ahora bien, si aplicamos al caso en estudio el procedimiento referido, posible es afirmar que la participación mayoritaria en la XX Ltda. corresponde al 50% del capital social.*

*De esta manera, no cabe sino concluir que los Sres. XX e XX, tienen la calidad de socios mayoritarios de la Sociedad de que se trata, cumpliéndose, así a su respecto el segundo requisito copulativo que les impide prestar servicios bajo subordinación y dependencia.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones expuestas, cumpro con informar a Ud. que los Sres. XXo e XX se encuentran impedidos de*

*prestar servicios en condiciones de subordinación y dependencia para la sociedad de responsabilidad Ltda. constituida entre ambos.*

*Ordinario N° 8940/0176, de 05.12.1988*

*El hecho que los socios de una empresa puedan adoptar acuerdos y cuenten con facultades de administración y representación de una sociedad, constituye una situación que les impide prestar servicios en condiciones de subordinación y dependencia, lo que determina que no tengan la calidad de trabajadores dependientes de ella.*

*Ordinario N° 5568/0119, de 28.07.1988*

*El hecho que tres socios accionistas de una sociedad anónima cerrada e integrantes de un directorio de cinco miembros, puedan adoptar acuerdos y cuenten con facultades de administración y representación de la sociedad, constituye una circunstancia que les impide prestar servicios en condiciones de subordinación y dependencia, toda vez que las condiciones en que se desempeñan determinan que su voluntad se confunda con la de la sociedad que integra y con el rol de representante del empleador respecto de los trabajadores de la misma.*

*Ordinario N° 6518, de 26.12.2018:*

*Ahora bien, respecto a la procedencia de que Usted mantenga una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la empresa Gestión Patrimonial y Consultorías Profesionales SPA., cúmplame informar a Ud. lo siguiente:*

*El artículo 3° del Código del Trabajo, en su letra b), establece:*

*"Para todos los efectos legales se entiende por:*

*"b) Trabajador, toda persona natural que preste servicios personales, intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo".*

*Por otra parte, el artículo 7° del mismo Código, prescribe:*

*"Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada".*

*A su vez, el artículo 8°, inciso 1°, del citado cuerpo legal, agrega:*

*"Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo".*

*Del contexto de las disposiciones legales preinsertas es dable inferir que, para que una persona pueda ser considerada trabajador de otra, debe prestar a ésta servicios personales, ya sean intelectuales o materiales, mediando subordinación o dependencia y recibiendo a cambio de dicha prestación una remuneración determinada.*

*En otros términos, para que una persona tenga la calidad de trabajador se requiere:*

- a) Que preste servicios personales ya sean intelectuales o materiales; b) Que la prestación de dichos servicios la efectúe bajo un vínculo de subordinación o dependencia y, c) Que, como retribución a los servicios prestados, reciba una remuneración determinada.*

*De los elementos anotados precedentemente, el que determina el carácter de trabajador es el vínculo de subordinación o dependencia, el cual, según la reiterada doctrina de esta Dirección, se materializa a través*

*de diversas manifestaciones concretas, tales como continuidad de los servicios prestados en el lugar de las faenas, cumplimiento de un horario de trabajo, supervigilancia en el desempeño de las funciones, obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador, etc.*

*Precisado lo anterior, cabe tener presente que la doctrina de este Servicio sobre la materia en análisis, contenida, entre otros, en dictamen N°3.709/111, de 23.05.91, establece que "el hecho de que una persona detente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y de representación de la misma le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad".*

*En el citado pronunciamiento se agrega, además, que los requisitos precedentemente señalados son copulativos, razón por la cual la sola circunstancia de que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo subordinación o dependencia.*

*Asimismo, mediante la misma jurisprudencia institucional, contenida, entre otros, en Dictamen N° 3517/114 de 28.08.2003, esta Dirección ha precisado que: "aun cuando es jurídicamente indiscutible que la sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios que la componen y que posee una voluntad propia, lo cual en principio, autorizaría para reafirmar la doctrina en comento, ello no resulta suficiente para dejar de considerar el principio doctrinario de la primacía de la realidad, conforme al cual, más allá de las formas jurídicas debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos, y en especial, a si en la realidad se produce el vínculo de subordinación y dependencia."*

*"Es por ello que en la especie, las condiciones de igualdad en materia de capital y de administración que ambos socios detentan en los hechos, observadas a la luz del principio doctrinario referido anteriormente, permiten afirmar que dichas condiciones se traducen necesariamente en que la voluntad del ente jurídico y la de los respectivos socios, en definitiva, se confunda, en cuanto aquella se genera y manifiesta a través de la voluntad conjunta de ellos."*

*En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial de la escritura de constitución de la ..... SPA., de 06 de enero de 2017, extendida ante ....., Suplente del Notario Público de Santiago, don ....., se desprende que la Sra. .... y Usted, ostentan la administración y el uso de la razón social conjuntamente. Asimismo, aparece que ambos son los únicos dueños de la sociedad, en partes iguales.*

*De este modo, conforme con los antecedentes recabados sobre la presente consulta, no cabe sino concluir que Usted, es socio en partes iguales y ostenta la calidad de administrador y el uso de la razón social conjuntamente con la Sra. ...., de la sociedad en comento, lo cual en opinión del suscrito, impide que pueda prestar servicios bajo un vínculo de subordinación y dependencia para la misma.*

*En consecuencia, a la luz de las normas legales transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que no resulta jurídicamente procedente que mantenga una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la ..... SPA.*

**Ordinario N° 3616, de 08.08.2017:**

*La doctrina de este Servicio, contenida entre otros, en Ordinario N° 3311, de 27.08.14, la circunstancia que una persona detente la calidad de socio mayoritario de una sociedad y cuente, además, con facultades de administración y representación de la misma, le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad. La misma doctrina sostiene que los requisitos antes señalados son copulativos. Por tal motivo, resulta improcedente, en el caso de concurrir ambos requisitos, efectuar cotizaciones previsionales para el seguro de desempleo.*

*Precisado lo anterior, cabe señalar que de los antecedentes que obran en poder de esta Dirección, en especial, de escritura pública que se acompaña, de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada ....., celebrada con fecha 27.09.01, ante el Notario Sr. ...., modificada mediante escritura de 17.03.03, celebrada ante la misma Notaría, aparece que ella está compuesta desde esta última fecha de 4 socios, con aportes igualitarios de 25% por ciento del capital cada uno, por lo que todos pueden ser considerados como socios mayoritarios, y, por otra parte, que los dos socios por los que se consulta reúnen en sí, indistintamente, la totalidad de las facultades de administración, uso de la razón social y representación legal de la sociedad.*

*En consecuencia, de conformidad con la doctrina de este Servicio antes señalada, no resulta conforme a derecho que la ..... Limitada celebre contratos de trabajo con los socios Sres. .... y ..... por existir confusión de voluntades entre dicha sociedad y estos socios, que obstaría a la configuración del vínculo de subordinación y dependencia entre los mismos, que es esencial a dicho contrato, atendida la circunstancia de existir igualdad de aportes entre todos los socios y que, además, los socios antes mencionados asumen igual e indistintamente la administración, uso de razón social y representación de la citada sociedad, de suerte tal que no resulta jurídicamente procedente efectuar, respecto de ellos dos, cotizaciones previsionales para el seguro de desempleo a la Administradora de Fondos de Cesantía AFC Chile por las razones antes señaladas.*

**Ordinario N° 1364, de 28.03.2017:**

*Del contexto de las disposiciones legales preinsertas es dable inferir que, para que una persona pueda ser considerada trabajador de otra, debe prestar a ésta servicios personales, ya sean intelectuales o materiales, mediando subordinación o dependencia y recibiendo a cambio de dicha prestación una remuneración determinada.*

*En otros términos, para que una persona tenga la calidad de trabajador se requiere:*

- a) Que preste servicios personales ya sean intelectuales o materiales; b) Que la prestación de dichos servicios la efectúe bajo un vínculo de subordinación o dependencia y, c) Que, como retribución a los servicios prestados, reciba una remuneración determinada.*

*De los elementos anotados precedentemente, el que determina el carácter de trabajador es el vínculo de subordinación o dependencia, el cual, según la reiterada doctrina de esta Dirección, se materializa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como continuidad de los servicios prestados en el lugar de las faenas, cumplimiento de un horario de trabajo, supervigilancia en el desempeño de las funciones, obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador, etc.*

*Precisado lo anterior, cabe tener presente que la doctrina de este Servicio sobre la materia en consulta, contenida, entre otros, en dictamen N° 3.709/111, de 23.05.91, establece que "el hecho de que una persona detente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y de representación de la misma le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad".*

*En el citado pronunciamiento se agrega, además, que los requisitos precedentemente señalados son copulativos, razón por la cual la sola circunstancia de que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo subordinación o dependencia.*

*Asimismo, mediante la misma jurisprudencia institucional, contenida, entre otros, en Dictamen N° 3517/114 de 28.08.2003, esta Dirección ha precisado que: "aun cuando es jurídicamente indiscutible que la sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios que la componen y que posee una voluntad propia, lo cual en principio, autorizaría para reafirmar la doctrina en comento, ello no resulta suficiente para dejar de considerar el principio doctrinario de la primacía de la realidad, conforme al cual, más allá de las formas*

*jurídicas debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos, y en especial, a si en la realidad se produce el vínculo de subordinación y dependencia."*

*"Es por ello que en la especie, las condiciones de igualdad en materia de capital y de administración que ambos socios detentan en los hechos, observadas a la luz del principio doctrinario referido anteriormente, permiten afirmar que dichas condiciones se traducen necesariamente en que la voluntad del ente jurídico y la de los respectivos socios, en definitiva, se confunda, en cuanto aquella se genera y manifiesta a través de la voluntad conjunta de ellos."*

*En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial de la modificación de escritura pública de constitución de la ..... Ltda. de 23 de septiembre de 2009, extendida ante el notario público de San Miguel don ....., aparece que los Sres. .... y ....., son los únicos socios de dicha sociedad, en partes iguales, ostentando la administración y el uso de la razón social conjunta o separadamente, ello, atendido que en lo no modificado por el instrumento referido se mantiene lo establecido mediante la escritura de Constitución de la Sociedad de 05 de diciembre de 2005.*

*Asimismo, mediante el documento signado con el número 1), manifestó que no ha suscrito un contrato individual de trabajo con su empresa.*

*De este modo, conforme con los antecedentes recabados sobre la presente consulta, no cabe sino concluir que Ud., es socio con una participación del 50% en la ..... y ostenta la calidad de administrador de la misma conjuntamente con el otro socio ya individualizado, lo cual en opinión del suscrito, impide que pueda prestar servicios bajo un vínculo de subordinación y dependencia para la misma.*

*En consecuencia, a la luz de las normas legales transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que no resulta jurídicamente procedente que mantenga una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la ..... Ltda.*

**Ordinario N° 267, de 18.02.2022**

*En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial de la escritura pública de transformación de la ..... limitada, en la sociedad por acciones ..... SpA., extendida ante notario público suplente de Santiago de don ....., doña ....., con fecha 21 de diciembre de 2018, se desprende que los únicos socios de ambas sociedades son los Sres. .... y ....., titulares en partes iguales de los derechos sociales.*

*Asimismo, aparece que la administración de la ..... SpA., estará a cargo de un Directorio, compuesto por tres miembros: los Sres. .... y ..... que cuenta con todas las facultades de representación y administración de la sociedad.*

*Además, del acta de la primera sesión de directorio celebrada con fecha 20 de marzo de 2019, reducida a escritura pública ante notario público suplente de Santiago de don ....., doña ....., se desprende que el Sr. ...., ostentará la presidencia del referido directorio, desempeñando en su ausencia dicha función el Sr. .... Asimismo, el Sr. ...., es designado Gerente General y ambos socios, individualmente, mantienen la representación legal de la sociedad siendo designados como apoderados.*

*De este modo, se desprende de los instrumentos jurídicos referidos que los Sres. .... y ..... participan de manera igualitaria en el capital de la Sociedad y que ellos ostentan la calidad de administradores de la misma, indistintamente, por lo que, a la luz de la jurisprudencia institucional citada precedentemente, dichas condiciones impedirían una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia entre ellos y el ente jurídico de que se trata.*

*De lo anterior, se desprende que los socios ya individualizados, no podrían mantener una relación laboral con carácter de subordinación o dependencia con la .....SpA., atendido los razonamientos jurídicos expuestos previamente.*

*En consecuencia, a la luz de las normas legales transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cúmpleme informar que no resultaría jurídicamente procedente que, los Sres. .... y ....., mantengan una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la ..... SpA.*

**Ordinario N° 1202, de 13.07.2022**

*De lo anterior, se colige que todos los socios mantienen la calidad de mayoritarios y todos detentan facultades de administración y representación de la Sociedad, configurándose el cumplimiento de los dos requisitos copulativos que este Servicio ha estipulado para establecer la incompatibilidad con la calidad de trabajador de- pendiente de la Sociedad.*

*En conclusión, en base a lo solicitado, y sobre la base de la jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud. que la confusión de voluntades con la sociedad que representan los socios individualizados y respecto de la que son, a su vez, socios mayoritarios, impide la configuración del vínculo de subordinación y dependencia requerido por ley para sostener la existencia de relación laboral.*

## SOCIOS MINORITARIOS

**Ordinario N° 5647, de 05.12.2019**

*Cúmpleme informar a usted que la doctrina vigente de esta Dirección, contenida en los Ordinarios N°s. 4356, de 06.11.2014, y 173, de 15.01.2015, entre otros, sostiene que: "el hecho de que una persona detente la calidad de socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y representación de la misma, le impide prestar servicios en condiciones subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad".*

*La misma doctrina, agrega que: "los requisitos precedentemente señalados son copulativos, razón por la cual la sola circunstancia de que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo subordinación y dependencia".*

*De este modo, y de acuerdo con lo señalado en el cuerpo del presente informe, al no ser ninguno de los socios por los que se consulta, titular de más del 50% de los derechos sociales, no existiría impedimento para que ellos prestaran servicios a la compañía bajo un vínculo de subordinación y dependencia, vale decir, para que mantengan una relación laboral con ella.*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas y jurisprudencia administrativa invocada, cumpro con informar a Ud., que, al no tener ninguna de las personas consultadas la calidad de socios controladores de la empresa ..... Limitada., no existe impedimento para que el Sr. .... y la Sra. ...., mantengan una relación laboral con dicha compañía.*

**Ordinario N° 439, de 04.02.2021**

*Esta Dirección ha señalado reiteradamente, entre otros, mediante dictamen N° 3709/111, de 23.05.91, que el hecho que una persona detente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y de representación de la sociedad que aparece como empleadora, le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad.*

*Atendido lo anterior, se practicó fiscalización a la empresa ya mencionada con la finalidad de determinar si podría existir un vínculo de subordinación y dependencia entre aquella y el Sr. .... De acuerdo a los antecedentes recabados y según lo señalado en informe de fiscalización N° 1307.2020.1566, de 27.08.2020, de la Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Norte, aparece que desde el 25.04.2019 don ..... y la Sociedad ..... son los únicos socios de la sociedad ..... SpA., el primero con el 5% del capital y la segunda con el 95% restante. Agrega el referido informe que con esa misma fecha se modificó y transformó la sociedad .....Limitada en la sociedad ..... SpA., manteniendo los mismos aportes antes indicados.*

*Por otra parte, el informe señala que el Sr. .... posee el 25% del capital de la Sociedad ..... Ltda. de suerte tal que no es socio mayoritario de la empresa por la que se consulta, dado que en ésta tendría por un lado el 5% del capital y el 25% del capital en Inversiones ....., que a su vez tiene el 95% del capital de aquella, lo que en principio lo habilitaría, de acuerdo con la doctrina antes citada, para prestar servicios como trabajador dependiente de la referida empresa.*

*De acuerdo a los antecedentes aparece también que con fecha 02.01.2018 se suscribió un contrato de trabajo entre la empresa ..... Limitada y don ....., de cuya cláusula primera aparece que desempeñará funciones como gerente general. Según lo dispuesto en esta misma cláusula debe ejecutar sus funciones de tal... "sometiéndose a los reglamentos internos que dicte la sociedad y a las instrucciones verbales o escritas de sus superiores inmediatos, los que se entiende forman parte integrante del presente contrato."*

*Por otra parte, de acuerdo a la cláusula tercera del referido contrato se le fija una remuneración por el cumplimiento de tales funciones.*

*Se determinó también con la fiscalización realizada que no se encuentran pagadas las cotizaciones previsionales, a pesar que la cláusula tercera expresamente señala que serán descontadas de las remuneraciones.*

*Aparece también que el contrato de trabajo fue celebrado por el Sr. .... con la empresa ..... Limitada, cuya continuadora legal es ..... SpA.*

*Ahora bien, el artículo 161, inciso 2º, del Código del Trabajo se pone en el caso de trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, de suerte tal que la propia ley los califica expresamente como "trabajadores", aun cuando tengan algunas características especiales.*

*De igual manera, el inciso 1º del artículo 305, de esta misma normativa, señala: "...No podrán negociar colectivamente los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes ...", de suerte tal que nuevamente la legislación califica de "trabajadores" a quienes se desempeñan como gerentes de una empresa.*

*Cabe tener en consideración que no obstante que en el informe de fiscalización se consigne una declaración del Sr. .... en orden a que como gerente general de la empresa en consulta no lo haría en condiciones de subordinación y dependencia de quien figura como su empleador, por realizar diferentes funciones de administración, ello no resulta concordante con el tenor del mismo contrato de trabajo tenido a la vista, el que no puede ser modificado por la sola declaración de una sola de las partes. De esta manera que el Sr. .... detente la calidad de gerente general de la empresa no se contrapone a que sea subordinado y dependiente de la misma.*

*En conclusión, en mérito de los antecedentes, las consideraciones antes expuestas, disposiciones legales y doctrina administrativa citadas, cumpla con informar a Ud. que el*

*Sr. .... tendría la calidad de trabajador subordinado o dependiente de la empresa ..... SpA.*

Ordinario N° 573, de 12.02.2023

*Ahora bien, de los antecedentes acompañados a la solicitud se desprende que, mediante escritura pública de 29.11.2011, ante Notario Público Titular ....., en el Rep. ....-2011, se constituyeron las sociedades "..... Ltda.", "..... Ltda.", y "..... Ltda." En el caso de la primera, sus estatutos quedaron registrados en la sección duodécima, en donde se menciona en el cuarto apartado, que la administración de la sociedad y el uso de la razón social corresponderán exclusivamente a don ..... y a doña ....., pudiendo actuar cualquiera de ellos individual e indistintamente, salvo para constituir garantías reales o personales por obligaciones ajenas, lo que requerirá su actuación conjunta. En cuanto al capital social, el apartado quinto señala que el capital de la sociedad es la suma de un millón doscientos mil pesos, que aportan los socios en las siguientes cantidades: ..... setecientos veinte mil pesos, ..... doscientos cuarenta mil pesos, ..... sesenta mil pesos, ..... sesenta mil pesos, ..... sesenta mil pesos y ..... sesenta mil pesos.*

*De acuerdo con lo anterior, la socia Sra. ...., si bien es socia con amplias facultades de administración, no es socia mayoritaria de la sociedad "..... Ltda.", por lo que no se verifica la existencia de los requisitos copulativos que la doctrina ha establecido para ex ante, desconocer la existencia de un vínculo laboral, es decir: a) poseer facultades de administración y representación y b) ser socio mayoritario.*

*El hecho consistente en que la Sra. .... sea cónyuge del socio mayoritario Sr. ...., no impide la existencia de una relación de trabajo entre ellos, desde que el certificado de matrimonio adjunto da cuenta de la existencia de un régimen de separación total de bienes, y en dicho régimen matrimonial, la doctrina de este Servicio ha concluido que los cónyuges separados de bienes se encuentran facultados para suscribir contrato de trabajo entre sí (Ord. 4355/49 de 11.11.2013) y que incluso, no hay inconveniente jurídico para que exista una relación de carácter laboral entre cónyuges casados bajo régimen de participación en los gananciales (Dictamen N° 393/03, de 24.01.2006).*

*Así las cosas, no se observa en este caso en particular la existencia de los requisitos copulativos que la jurisprudencia exige para considerar improcedente el vínculo laboral entre un socio y la respectiva sociedad, por confundirse la calidad de empleador y trabajador, de manera que, el último argumento que se indica en la presentación, relacionado con la inexistencia en el caso concreto del elemento de subordinación o dependencia, entre la socia la Sra. .... y la empresa ".....Ltda." RUT N° ....., es un asunto exclusivamente de índole fáctica cuya existencia debe ser debatida en otra sede, por cuanto se aparta del propósito del ejercicio de la facultad interpretativa que representa un pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, cuyo ámbito material son las leyes y reglamentos y no asuntos de naturaleza exclusivamente fácticos. Así se dispone por mandato del artículo 1 inciso 2° letra b) de la Ley Orgánica de este Servicio, DFL N° 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en relación con el inciso primero del artículo 505 del Código del Trabajo, que la facultad de interpretación está referida a "b) Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo".*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a usted que:*

- 1) *La socia Sra. .... a quien se le han conferido las facultades de administración y representación de la sociedad "..... Ltda.", carece de la calidad de socia mayoritaria, y por lo tanto, desde dicha perspectiva no existe inconveniente jurídico en que celebre un vínculo laboral con dicha sociedad.*
- 2) *La inexistencia del elemento de subordinación o dependencia alegado en el caso concreto, es un asunto evidentemente de naturaleza fáctica, y por lo tanto constituye una materia que se aparta del ámbito material del objeto de la potestad interpretativa que se le ha otorgado a la Dirección del Trabajo, orientado a fijar el sentido y alcance de las leyes del trabajo y su reglamentación.*

## SOCIO MAYORITARIO A TRAVÉS DE OTRA SOCIEDAD

*Ordinario N° 881, de 20.02.2020*

*En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial de la escritura pública de constitución de la ..... S.A. de 15 de septiembre de 2010, suscrita ante notario público de Santiago suplente ....., se desprende que esta se constituyó entre ..... Ltda. representada por don ..... y este último, con un 99 y 1% de participación, respectivamente.*

*Asimismo, de las escrituras públicas de compra venta de acciones de la ..... S.A. de 06 de enero 2014, se desprende que actualmente conforman dicha sociedad don ..... con un 1% de participación e ..... Ltda., con un 99% de participación, representada también por don .....*

*De los mismos antecedentes se desprende, que en la sesión de Directorio de ..... S.A. de fecha 09 de enero 2014, se designó como gerente general al Sr. ....., quien cuenta con amplias facultades de administración y representación de la sociedad.*

*De este modo, conforme a los antecedentes recabados sobre la presente consulta, no cabe sino concluir que el Sr. .... es socio con una participación del 1% en la Sociedad ..... S.A. y cuenta con facultades de administración y representación de la misma.*

*En cuanto a la empresa ..... Ltda. en su escritura de constitución de 26 de abril de 2012, ante notario público de Santiago ....., se desprende que está conformada por don ....., quien aportó el 1% del capital social, doña ....., quien también aportó un 1 % y don ..... quien ostenta 98% del capital social, por tanto es su socio mayoritario y que cuenta con la administración y el uso de la razón social con plenitud de poderes.*

*Pues bien, de acuerdo a los antecedentes recabados sobre al particular no cabe sino concluir que don ....., es el socio mayoritario de .....S.A. al tener una participación del 1% en ella como persona natural, y a la vez ser el accionista mayoritario y ostentar la administración y representación social de su accionista mayoritaria ..... Ltda., atendido lo cual no pudo mantener una relación laboral bajo subordinación o dependencia con dicha sociedad, a la luz de la jurisprudencia institucional citada precedentemente.*

*La conclusión anotada precedentemente guarda armonía con la doctrina de este Servicio contenida en dictamen N° 2127/20, de 06.06.2014.*

*Ordinario N° 191, de 09.01.2020*

*Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección cuenta con competencia para pronunciarse sobre el vínculo de subordinación y dependencia que pudiese configurarse en situaciones concretas y, en tal contexto, cabe tener presente que la doctrina vigente de esta Dirección, contenida en el Dictamen N° 2127/020, de 06.06.2014, y los Ordinarios N°s 4356, de 06.11.2014, y 0173, de 15.01.2015, entre otros, sostienen que, "el hecho de que una persona detente la calidad de socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y representación de la misma, le impide prestar servicios en condiciones subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad".*

*La misma doctrina agrega que, "los requisitos precedentemente señalados son copulativos, razón por la cual la sola circunstancia de que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo subordinación y dependencia".*

*Ahora bien, de los antecedentes acompañados, específicamente de la inscripción de fojas ....., número ..... del Registro de Comercio de Santiago del año 2017, aparece que las sociedades "..... SPA", representada por don ....., y ".....SPA", representada por don ....., son las únicas dueñas, en iguales partes, de la sociedad ..... Limitada. Se desprende, asimismo, que la representación y administración de esta última corresponde a los representantes legales de ambas sociedades dueñas, vale decir, a don ..... y .....*

*Por su parte, en la escritura pública de constitución de la sociedad "..... SPA", de 21.08.2009, aparece que don ..... aporta, cede y transfiere el 100% de los derechos que posee en la sociedad ..... Limitada -lo que equivale al 50% de su participación en la misma- a la sociedad ".....SPA", cuya administración y representación quedará radicada en su persona.*

*A su vez, en la escritura pública de constitución de la sociedad "..... SPA", de 16.10.2009, aparece que don ..... cede el 100% de la participación y derechos sociales que tenía en la sociedad ..... Limitada -lo que equivale al 50% de su participación en la misma- a la sociedad ".....SPA", la que será administrada y representada por su persona.*

*De este modo, conforme a lo expuesto y a los antecedentes recabados sobre la presente consulta, no cabe sino concluir que don ....., al mantener la calidad de socio mayoritario y representante de la Sociedad "..... SPA", entidad que a su vez es socia y dueña del 50% de la Sociedad ..... Limitada, cuya administración y representación es ejercida indistintamente con el dueño y socio mayoritario de la sociedad que detenta el otro 50% de la misma, se encuentra impedido de prestar servicios bajo un vínculo de subordinación y dependencia.*

#### **Ordinario N° 1311, de 10.04.2019**

*En primer término, corresponde precisar que esta Dirección carece de competencia legal para pronunciarse sobre el sentido y alcance de lo dispuesto en la ley N° 19.728 sobre Seguro de Desempleo, y resolver acerca de aportes y cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores al mismo seguro, materias que deben ser conocidas por la misma Administradora de Fondos de Cesantía y, en definitiva, por la Superintendencia de Pensiones, organismo competente además, para pronunciarse respecto de su calidad de afiliado al sistema previsional.*

*En segundo lugar, cabe considerar que, de acuerdo al informe de fiscalización ya aludido, dentro de los hechos constatados, se indica que el Sr. ....., además de ejercer las facultades del artículo 4 del Código del Trabajo, cuenta con la mayoría del capital social y con la representación y administración de la sociedad interesada.*

*Ahora bien, en cuanto a si el Sr. .... puede ser trabajador dependiente de la empresa ..... SpA, corresponde señalar que, conforme a la doctrina de esta Dirección, contenida, entre otros, en Ord. N° 6518 de 26.12.2018, para que una persona tenga la calidad de trabajador se requiere:*

- "a) Que preste servicios personales ya sean intelectuales o materiales;*
- b) Que la prestación de dichos servicios la efectúe bajo un vínculo de subordinación o dependencia; y*
- c) Que, como retribución a los servicios prestados, reciba una remuneración determinada."*

*Luego, la citada jurisprudencia se encarga de precisar lo siguiente:*

*"el hecho de que una persona detente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y de representación de la misma le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad".*

*En este contexto, cabe tener presente que, tanto a partir de la investigación de la citada Inspección del Trabajo como del examen de los documentos aportados por la interesada, es posible constatar que las sociedades ..... Ltda. e ..... Ltda. son dueñas del total del capital de la sociedad por acciones ..... y que el Sr. ...., a su vez, posee el 76% de la sociedad ..... Ltda., quien, por un lado, es dueña del 99.9% del capital social de Inversiones ..... y, por otro, dueña del 99.7% del capital social de ..... Ltda.*

*Así, para efectos de la reseñada doctrina de esta Dirección, don ....., participa mayoritariamente del capital de la sociedad ..... SpA, de la cual, además, es su representante legal, no pudiendo existir entre él y la sociedad una relación laboral que, como ya se indicó, exige subordinación y dependencia.*

*En consecuencia, conforme a lo expuesto, informo a Ud. que no resulta jurídicamente procedente que don ..... mantenga una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la sociedad ..... SpA., no pudiendo, por tanto, tener la calidad de trabajador dependiente de ésta, salvo ocurra un cambio de las circunstancias que ameritan este pronunciamiento.*

**Ordinario 2127/020, de 06.06.2014:**

*Del contexto de las disposiciones legales preinsertas es dable inferir que, para que una persona pueda ser considerada trabajador de otra, debe prestar a ésta servicios personales, ya sean intelectuales o materiales, mediando subordinación o dependencia y recibiendo a cambio de dicha prestación una remuneración determinada.*

*En otros términos, para que una persona tenga la calidad de trabajador se requiere:*

- a) *Que preste servicios personales ya sean intelectuales o materiales; b) Que la prestación de dichos servicios la efectúe bajo un vínculo de subordinación o dependencia y, c) Que, como retribución a los servicios prestados, reciba una remuneración determinada.*

*De los elementos anotados precedentemente, el que determina el carácter de trabajador es el vínculo de subordinación o dependencia, el cual, según la reiterada doctrina de esta Dirección, se materializa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como continuidad de los servicios prestados en el lugar de las faenas, cumplimiento de un horario de trabajo, supervigilancia en el desempeño de las funciones, obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador, etc., estimándose, además, que el vínculo de subordinación está sujeto en su existencia a las particularidades y naturaleza de la prestación del trabajador.*

*Precisado lo anterior, cabe tener presente que la doctrina de este Servicio sobre la materia en consulta, contenida, entre otros, en dictamen N° 3.709/111, de 23.05.91, establece que "el hecho de que una persona detente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y de representación de la misma le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad".*

*En el citado pronunciamiento se agrega, además, que los requisitos precedentemente señalados son copulativos, razón por la cual la sola circunstancia de que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo subordinación o dependencia.*

*En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial de la escritura pública de modificación de la ..... Ltda. otorgada el 31.12.2012, ante el Notario Público de la Cuadragésima Tercera Notaría de Santiago don ....., aparece que el señor ....., es socio de la misma con el aporte del 1% del capital social en comento; ....., es socia, con el 1% del capital y finalmente la ..... Ltda., con el 98% del capital y derechos sociales.*

*Asimismo, de la escritura pública de modificación de la ..... Ltda. otorgada ante el Notario Público de la Primera Notaría de Providencia don ....., consta que el socio don ....., aportó el 99% del capital social y doña ....., el 1% del referido capital.*

*En lo que respecta a la representación, administración y uso de la razón social de la ..... Ltda. y de ..... Ltda., cabe señalar que corresponde a don ....., según consta en escritura pública de 02.11.2010, otorgada ante el Notario Público de la ciudad de Santiago don ..... y en escritura pública de constitución de sociedad 02.12.2002, otorgada ante el Notario Público de Santiago don ....., respectivamente.*

*De este modo, conforme con los antecedentes tenidos a la vista, si bien es cierto don ..... tiene la representación de la sociedad objeto de la presente consulta, no lo es menos que no es socio mayoritario de la misma, por lo que de acuerdo a la jurisprudencia institucional anotada precedentemente, no reuniría copulativamente los requisitos que jurídicamente constituyen un impedimento para que dicho socio pueda prestar servicios bajo vínculo y subordinación de la .....*

*No obstante lo anterior, es de suyo importante considerar que don ....., es representante y aportó el 99% del capital de la sociedad ..... Ltda., quien, según ya se señalara es la accionista mayoritaria de la sociedad ..... Ltda.*

*Pues bien, conforme al Principio de la Primacía de la Realidad, que inspira el Derecho Laboral, y en virtud del cual, más allá de las formas jurídicas debe atenderse a lo que sucede en los hechos, las circunstancias anotadas precedentemente, significan que la voluntad de la ..... Ltda., se confunde con la del Señor ....., razón por la cual, en opinión del infrascrito, dicho socio no puede mantener una relación de carácter laboral con la ..... Ltda., bajo vínculo de subordinación o dependencia.*

## NO SE CONSTATA EXISTENCIA VINCULO SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA

### Ordinario N° 1890, de 23.05.2019

*En el caso que nos ocupa, es posible concluir que, si bien, en el socio Sr. .... no se reúne rigurosamente la doble condición de socio mayoritario y socio administrador o representante legal, al cumplir formalmente sólo el primer elemento, a saber, contar con el 50% del capital social de ..... Ltda., no ha sido posible observar componentes de laboralidad en el vínculo que mantiene con esta sociedad, concretamente, al no detectarse manifestaciones de subordinación y dependencia en la actividad que el referido socio despliega en la empresa.*

*Tal conclusión se funda de manera preeminente en lo informado por la ya citada Inspección del Trabajo luego de practicado el procedimiento inspectivo de rigor.*

*En consecuencia, conforme a lo expuesto, informo a Ud. que este Servicio, a partir de lo investigado administrativamente, estima que don ....., socio de ..... Ltda. en las condiciones ya indicadas, no presenta la calidad de trabajador dependiente de ésta, al no observarse que mantenga una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con dicha sociedad.*

*Lo afirmado precedentemente no obsta a que este Servicio u otra autoridad competente puedan nuevamente determinar la existencia de relación laboral entre las partes en el evento de ocurrir un cambio de las circunstancias que ameritan este pronunciamiento.*

### Ordinario N° 1984, de 24.06.2022

*En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial, de escritura pública de 18.11.2015, otorgada ante el Notario Público de la Séptima Notaría de Santiago, consta que el socio Sr. .... posee el 40% del capital en la sociedad ..... Limitada y que el 60% restante le corresponde a la socia doña*

..... De iguales antecedente aparece que posteriormente, mediante escritura pública de 28.12.2016, la referida sociedad fue modificada pasando a llamarse ..... Spa.

De esta manera, atendido que el Sr. .... no es socio mayoritario de la referida empresa, tal circunstancia, en principio, lo habilitaría para prestar servicios como trabajador dependiente de la misma de acuerdo a la doctrina institucional precitada.

Atendido lo anterior resulta necesario establecer si en la especie, la prestación de servicios del Sr. ...., se realiza bajo subordinación o dependencia.

En este contexto cabe señalar primeramente, que no obstante su calidad de socio minoritario don ..... tiene la calidad de representante legal de la empresa ..... SpA y cuenta con plenas facultades de administración, las que puede ejercer conjunta o separadamente con la socia .....

Según aparece de la cláusula primera del contrato de trabajo suscrito con fecha 01.03. 2016, el Sr. ... .. desempeñará funciones de gerente técnico en dependencia directa del jefe de sala o de laboratorio, que sus funciones podrán ser realizadas en terreno y que se encuentra excluido de la limitación de jornada de trabajo en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo. Cabe agregar que el cargo de jefe técnico y no de administración y de acuerdo a la información proporcionada por la empresa a la fiscalizadora Sra....., a través de correo electrónico, es socio, director y jerárquicamente no depende de nadie dada su condición de gerente con facultades de administración. Lo anterior permitiría concluir que el Sr. I..... no ejercería sus funciones bajo subordinación o dependencia lo que queda aún más en evidencia por la circunstancia de que en el respectivo contrato de trabajo figura como empleador y trabajador a la vez.

No obstante lo expresado, los antecedentes aportados no resultan suficientes para emitir un pronunciamiento fundado sobre si los servicios que presta el Sr. .... para la empresa antes singularizada, se realizan en condiciones de subordinación o dependencia, elemento, que como se señaló, resulta determinante para establecer el carácter de trabajador.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y doctrina administrativa citadas, y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que el Sr. ...., en su calidad de socio minoritario de la empresa ..... Spa, podría mantener una relación laboral en condiciones de subordinación o dependencia de la misma. No obstante, los antecedentes analizados no permiten resolver en forma fundada si en su situación particular se dan tales condiciones respecto del vínculo que lo une con la mencionada empresa.

#### Ordinario N° 428, de 27.03.2023

Por otra parte, del análisis de los antecedentes aportados a su presentación sobre el asunto planteado, posible es inferir, que, efectivamente el Sr. ...., podría mantener una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la empresa ..... Ltda., ya que, no reuniría los requisitos copulativos de detentar la administración y la calidad de socio mayoritario de dicha sociedad, por cuanto, no obstante, ejercer la primera prerrogativa de manera conjunta e indistintamente con su socia, la Sra. ...., mantiene sólo el 49% de participación, por ende, la calidad de socio minoritario.

Atendido lo anterior y con la finalidad de atender de manera fundada su solicitud, se solicitó la práctica de una fiscalización, destinada a verificar la efectividad de una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia, entre el Sr. .... y la empresa señalada.

Pues bien, mediante informe de fiscalización N° 1305.2022.931, el inspector ....., dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo Cordillera, informó que, durante la diligencia investigativa, no se constataron indicios de un vínculo laboral entre el Sr. .... y la empresa ..... Limitada.

*En síntesis, de acuerdo con lo informado por el inspector actuante, posible es sostener que, el Sr. .... no mantiene una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la sociedad ..... Ltda.*

*En consecuencia, a la luz de las normas legales transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cúpleme informar que el Sr. ...., no mantiene una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la sociedad ..... Ltda.*

## CONTRATO DE TRABAJO CÓNYUGES

*Ordinario N° 0393/003, de 24/01/2006:*

*No hay inconveniente jurídico para que exista una relación de carácter laboral entre cónyuges casados bajo régimen de participación en los gananciales.*

*Ordinario N° 0114/015, de 09.01.1998:*

*No resulta jurídicamente procedente que la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal sea empleadora de su marido, salvo que ejerza un oficio, profesión o industria separada de su marido y sólo respecto de dicho oficio, profesión o industria.*

## UNIDAD 3

### CONCEPTO DE EMPLEADOR – EMPRESA (REGULACIÓN DEL MULTI RUT)

#### CONCEPTO DE EMPLEADOR CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 3 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

##### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 4036/0120, de 06.06.1991:*

*"La persona natural o jurídica que utilice los servicios de uno o más trabajadores, en condiciones de subordinación o dependencia reviste el carácter de empleador para todos los efectos legales, no obstante, que los contratos individuales de trabajo, se hayan suscrito con otra persona o entidad".*

*Ordinario N° 7728/0265, de 22.11.1991:*

*"Para que una persona natural o jurídica pueda ser calificada de empleador se debe reunir a su respecto dos condiciones copulativas, a saber: que utilice los servicios materiales o intelectuales de otra, y que dicha utilización se efectúe en virtud de un contrato de trabajo".*

*Ordinario N° 3525/0206, de 15.07.1993:*

*"El concepto de empresa dado por la legislación laboral es amplio en lo que respecta a las finalidades que le asigne, en forma tal que, en este aspecto, comprende toda organización, sean sus objetivos de orden económico, social, cultural o benéficos, independientemente de si persigue o no fines de lucro".*

*Ordinario N° 0811/046, de 08.02.1999:*

*"No existe norma legal alguna que impida a un sindicato de trabajadores independientes mantener un vínculo contractual de carácter laboral con terceros ajenos a la organización y asumir, por ende, a su respecto, la calidad de empleador en los términos previstos en el artículo 3° letra a) del Código del Trabajo".*

*Ordinario N° 3994/0197, de 02.12.2002:*

*"Una embajada diplomática acreditada en el país puede ser considerada empresa, de acuerdo al artículo 3º, inciso 3º, del Código del Trabajo, para efectos laborales y de seguridad social, y entre estos últimos, para la Ley N° 18.156."*

*Ordinario N° 3550, de 17.07.2019*

*De acuerdo a la reiterada y uniforme doctrina de este Servicio, manifestada, entre otros, en los dictámenes Ord. N° 4539/213, de 05.08.94 y N° 3994/197, de 12.12.2002, "el personal administrativo, técnico, o de servicio doméstico, chileno o residente en el país que labora para una embajada diplomática acreditada en Chile, se rige por la legislación laboral nacional, esto es, el Código del Trabajo, y a su respecto la embajada asume la calidad de empleadora, y está obligada además a efectuar las cotizaciones previsionales correspondientes a dicho personal, como cualquier empleador nacional".*

*Ordinario N° 0922/0025, de 11.03.2003*

*"La conducta calificada como ilícita por el inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo (actual artículo 507), corresponde a aquella en que un empleador en los términos definidos por el artículo 3 del mismo texto legal, utiliza y se beneficia de los servicios de un trabajador en condiciones de dependencia y subordinación, sin haber otorgado el respectivo contrato de trabajo, el que se encuentra suscrito por el trabajador con un tercero o quien aparezca como tal, cuestión que da como resultado el encubrimiento del verdadero vínculo laboral y de sus partes."*

*Ordinario N° 2093/0088, de 18.05.2004:*

*"Nada impide, en los casos que exista evidencia al respecto, que se considere empleador, en conformidad al artículo 3 del Código del Trabajo, no a la persona que ha suscrito el contrato de trabajo respectivo, sino a aquel que en el plano de la realidad ejerce la potestad de mando dentro de una relación de subordinación o dependencia."*

*Ordinario N° 2512/0115, de 16.06.2004:*

*"Nada impide, en los casos que exista evidencia al respecto, que se considere empleador, en conformidad al artículo 3 del Código del Trabajo, no a la persona que ha suscrito el contrato de trabajo respectivo, sino a aquel que en el plano de la realidad ejerce la potestad de mando dentro de una relación de subordinación o dependencia."*

## REQUISITOS PARA QUE 2 O MÁS EMPRESAS SEAN CONSIDERADAS UN SOLO EMPLEADOR

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 3406/054, de 03.09.2014:*

*En cuanto a "la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten", ha sido referida por la doctrina como indicio material que revela la existencia de una organización de trabajo compartida por dos o más empresas, consistente en "sociedades que además de tener domicilio y representante comunes, explotan en conjunto un mismo giro".*

*Por su parte, la jurisprudencia judicial ha expresado al respecto que "ha quedado establecido que las empresas demandadas están, en los hechos, bajo una dirección común, comparten un giro complementario, al igual que el proceso productivo, utilizan los mismos recursos materiales."*

*Con relación al otro elemento indiciario señalado en la norma, “la existencia entre ellas de un controlador común”, cabe señalar que la expresión “controlador” de una sociedad se encuentra expresamente definida por la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores. Por ello, y de conformidad al artículo 20 del Código Civil, al tratarse de una palabra definida expresamente por el legislador, deberá estarse a su significado legal.*

*Al respecto, el artículo 97 de la Ley N° 18.045 establece:*

*“Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta] que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:*

- a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o*
- b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.*

*Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador.*

*En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor.”*

*El controlador común, supone entonces la existencia de un centro de poder, que irradia en las distintas empresas, determinando, con mayor o menor intensidad, las políticas laborales, las decisiones de contratación o despido, el ejercicio de las facultades disciplinarias, la determinación de los tiempos de trabajo, sistemas remuneracionales, etc.*

*Ordinario N° 3406/054, de 03.09.2014:*

*Por otro lado, en cuanto al carácter copulativo o no copulativo de los requisitos que contiene la norma para determinar que dos o más empresas constituyen un solo empleador, la Ley N° 20.760, como hemos visto, consagra un elemento imprescindible, consistente en la dirección laboral común, junto a otros de carácter indiciario, entre los que se encuentra la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten o la existencia entre ellas de un controlador común. En consecuencia, no se trata de requisitos copulativos, de tal modo que la dirección laboral común, el elemento determinante, puede verse reforzada mediante la concurrencia de alguno de los elementos indiciarios contenidos en la norma o a través de otros indicios.*

*Ordinario N° 3406/054, de 03.09.2014:*

*b.- Calificación del empleador común*

*En efecto, el texto pertinente prescribe en los incisos cuarto y quinto del artículo 3° del Código del Trabajo:*

*“Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común.*

*“La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior.”*

*Se infiere de su lectura, que el principal requisito que debe acreditarse para que dos o más empresas sean consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, está constituido por la “dirección laboral común”, para lo cual debe atenderse a quién ejerce la facultad de organización laboral de*

*cada unidad, con preeminencia a la razón social conforme a la cual cada empresa obtiene su individualidad jurídica. La dirección laboral común constituye, de esta forma, el elemento obligatorio e imprescindible para determinar la existencia de un solo empleador.*

*En la misma línea, esta “dirección laboral común” debe interpretarse armónicamente como un concepto normativo nuevo que se compone, por una parte, de los elementos necesarios para determinar, en la práctica, la relación laboral existente entre un trabajador y un empleador, y por otra, de los elementos propios de la doctrina de la “unidad económica” desarrollada, como se indicó, por nuestros tribunales. Es decir, este nuevo concepto no se limita a la búsqueda del vínculo de subordinación y dependencia sino se abre a otros elementos que caracterizan la realidad organizacional y que revelan una unidad de propósitos entre las distintas entidades empresariales.*

*Por ello, este poder de dirección laboral común entendido en forma amplia y como un concepto nuevo, debe verificarse en cada caso en particular, sin que sea posible la concurrencia de elementos meramente formales para darlo o no por establecido.*

*Una vez establecido que la “dirección laboral común” constituye el elemento obligatorio e imprescindible para determinar que dos o más empresas constituyen un solo empleador, es preciso referirse a lo que en el nuevo inciso 4° del artículo 3° denomina “condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común”.*

*Esas otras condiciones, según la historia de la ley, tienen el carácter de elementos indiciarios o meramente indicativos y no taxativos, por ello se utilizan las palabras “tales como”, ya que el juez podría tener a la vista éstos u otros para generar la convicción.*

*En estos términos explica esta materia la Ministra del Trabajo y Previsión Social, en la Sesión que se discutió en particular el proyecto en la Sala del Senado de la República:*

*“Cabe precisar que lo establecido por la indicación es que el requisito taxativo lo conforma la dirección laboral común. A este concepto se pueden sumar elementos que permitan, de alguna manera, robustecer su fundamentación. El agregado que se hace se refiere a aquellos que están en el contexto o a otros que podría tener el juez a la vista en el momento de sustentar la definición.*

*“Por lo tanto, lo taxativo es la dirección laboral común, a lo cual se agregan otros factores. Los dispuestos en la norma son a título indiciario y podrían ser algunos diferentes”.*

*En cuanto a “la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren presten”, ha sido referida por la doctrina como indicio material que revela la existencia de una organización de trabajo compartida por dos o más empresas, consistente en “sociedades que además de tener domicilio y representante comunes, explotan en conjunto un mismo giro”.*

*Por su parte, la jurisprudencia judicial ha expresado al respecto que “ha quedado establecido que las empresas demandadas están, en los hechos, bajo una dirección común, comparten un giro complementario, al igual que el proceso productivo, utilizan los mismos recursos materiales.”.*

*Con relación al otro elemento indiciario señalado en la norma, “la existencia entre ellas de un controlador común”, cabe señalar que la expresión “controlador” de una sociedad se encuentra expresamente definida por la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores. Por ello, y de conformidad al artículo 20 del Código Civil, al tratarse de una palabra definida expresamente por el legislador, deberá estarse a su significado legal.*

*Al respecto, el artículo 97 de la Ley N° 18.045 establece:*

*“Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:*

- a) *Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o*
- b) *Influir decisivamente en la administración de la sociedad.*

*Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador.*

*En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor."*

*El controlador común, supone entonces la existencia de un centro de poder, que irradia en las distintas empresas, determinando, con mayor o menor intensidad, las políticas laborales, las decisiones de contratación o despido, el ejercicio de las facultades disciplinarias, la determinación de los tiempos de trabajo, sistemas remuneracionales, etc.*

*A este respecto importa considerar la siguiente jurisprudencia contenida en sentencia del Primer Tribunal del Trabajo de Santiago, causa RIT O-3770-2011:*

*"VIGESIMO SEGUNDO: Que, si bien esta juez desconoce las vinculaciones de tipo patrimonial que pudieren existir, ello no obsta que las demandadas actuaran en conjunto y como complemento, constituyendo una unidad económica entendiéndola referida a un proceso productivo similar o complementario, que revela una gestión en común del trabajo y un poder de dirección laboral sobre sus trabajadores con prescindencia de las razones sociales, pues la dirección se realizaba por personas de cualquiera de las demandadas, situación que claramente hace responsable a todos ellos, indiferentemente, de las obligaciones laborales respecto de la actora, atendido que se han presentado de manera indistinta como empleador de la misma. Luego, no se debe olvidar que el empleador es quien detenta la titularidad del trabajo, comprendiendo las facultades de dirección, organización y aprovechamiento de los servicios, lo que en la especie concurre respecto de todas las demandadas.*

*"Que, dentro de este contexto y derivado de las estrategias empresariales con el objeto de maximizar las ganancias y producto de las herramientas legales que poseen, es dable concluir que puede considerarse que un grupo de empresas relacionadas, nacidas de una división, fusión, filialización o transformación, pertenecientes a un grupo, que actúan entre sí como entidades jurídicamente autónomas e independientes, pero con fuertes lazos de cooperación, puedan ejercer todas las facultades propias del empleador respecto de sus trabajadores, quien se desempeña para cualquiera de ellas sin perjuicio de estar ligado formalmente –mediante contrato de trabajo escrito– sólo con una, situación que en la práctica le genera incertidumbre respecto de la persona de su empleador, quien muchas veces a través de este carácter difuso busca burlar la percepción de derechos básicos e irrenunciables del dependiente. Sin embargo, la indeterminación de las responsabilidades de las razones sociales involucradas, muchas veces hace imposible la limitación de responsabilidades, de manera que la doctrina por aplicación del principio de la primacía de la realidad, ha elaborado el concepto de unidad económica con la finalidad de "levantar el velo corporativo" en virtud del cual es posible determinar si dos o más identidades legales actúan respecto a la organización y dirección del trabajo como si detentaran una sola titularidad.*

*"VIGESIMO TERCERO: Que, de acuerdo a lo razonado en este proceso, ha quedado establecido que las empresas demandadas están, en los hechos, bajo una dirección común, comparten un giro complementario, al igual que el proceso productivo, utilizan los mismos recursos materiales, si es necesario, (...)"*

*Por otro lado, en cuanto al carácter copulativo o no copulativo de los requisitos que contiene la norma para determinar que dos o más empresas constituyen un solo empleador, la Ley N° 20.760, como hemos visto, consagra un elemento imprescindible, consistente en la dirección laboral común, junto a otros de carácter indiciario, entre los que se encuentra la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten o la existencia entre ellas de un controlador común. En consecuencia, no se trata de*

*requisitos copulativos, de tal modo que la dirección laboral común, el elemento determinante, puede verse reforzada mediante la concurrencia de alguno de los elementos indiciarios contenidos en la norma o a través de otros indicios.*

*En tal sentido se pronunció la propia Sra. Ministra del Trabajo, en sesión de la Comisión de Trabajo y Previsión del Senado de fecha 7 de mayo de 2014, ante una pregunta del H. Senador Larraín sobre el particular:*

*“La Ministra del Trabajo y Previsión Social, señora Javiera Blanco, aclaró que los requisitos no son copulativos y lo esencial y definitivo que siempre debe estar es la identificación de la dirección laboral común, cuyo concepto dice relación con el vínculo de subordinación, con quien manda o dirige una unidad económica y toma decisiones de contratación y despido”.*

*Finalmente, la ley señala en el nuevo inciso quinto que la mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas, no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados, reforzando, de esta forma, la idea de que lo determinante y obligatorio para considerar a dos o más empresas como un solo empleador es la dirección laboral común.*

#### **JURISPRUDENCIA JUDICIAL:**

**Corte Apelaciones de Santiago, Rol N° 534-2015, de 23.07.2015:**

*1.- Es efectivo que la sentenciadora arregla el juzgamiento del asunto a la normativa incorporada por la Ley 20.760 de 9 de julio de 2014. Tal como lo hiciera notar la parte demandante en la audiencia de vista del recurso, de aceptarse que ello pueda constituir un error de derecho, lo relevante es que carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado. En sus aspectos sustanciales y en lo que concierne, en particular, a la identificación de la persona del empleador, la normativa a que se alude no hizo otra cosa que recoger aquello que la jurisprudencia de los tribunales, al amparo del principio de la primacía de la realidad, ha venido dictaminando reiteradamente bajo la noción de la “unidad económica” o “unidad de empresa”, esto es, develar la figura del empleador único, cuando el trabajador se inserta en una organización empresarial que, a pesar de estar constituida por más de una individualidad jurídica, responde finalmente a una sola dirección común. Para ese efecto se ha atendido, entre otros indicios, a la identidad de objetos sociales, a los lazos familiares o de parentesco entre quienes conforman las sociedades, los domicilios compartidos, representantes o mandatarios comunes, entre otros elementos indicadores de la circunstancia que, finalmente, el trabajador ha estado prestando servicios para esa organización, en forma indistinta, contemporánea o sucesiva. La comparación de esos criterios orientadores con los hechos fijados y con las razones vertidas en la sentencia, hacen concluir que se produce el ajuste necesario, de manera que –aun si no se hubiera aplicado esa nueva normativa–, se habría alcanzado idéntica decisión;*

## **LIMITACIONES EN CUANTO A LA OPORTUNIDAD DE INTERPONER LAS ACCIONES JUDICIALES**

### **PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**Ordinario N° 3406/054, de fecha 03.09.2014:**

*Las acciones destinadas a obtener la declaración de empleador único, se pueden interponer en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV del Código del Trabajo.*

*Asimismo, conforme a lo señalado en el inciso final del artículo 507 del Código del Trabajo, la acción puede ser ejercida mientras perduren las circunstancias que al tenor de lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 3 del mismo código, facultan al Tribunal para declarar que dos o más empresas revisten el carácter de un solo empleador.*

## SANCIONES QUE PUEDE APLICAR EL TRIBUNAL A LAS EMPRESAS AFECTADAS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 3406/054, de 03.09.2014:*

*De esta disposición, se deriva que el Juez deberá además hacer la calificación de si la alteración de la individualidad del empleador, se debe o no a simulación o subterfugio. Es decir, podrá existir una alteración de la individualidad del empleador sin que necesariamente constituya simulación o subterfugio. En caso de concurrir estas últimas circunstancias, el empleador además se hará acreedor a una multa de 20 a 300 UTM, las que se incrementarán acorde el tamaño de la empresa que constituye un único empleador, según dispone el artículo 506, pudiendo duplicarse o triplicarse.*

*La ausencia de simulación o subterfugio, no obsta a que se acoja la demanda y se dicte sentencia declarando la calidad de empleador único, con las consecuencias que se derivan tanto para los derechos individuales como colectivos para los trabajadores.*

*Ordinario 6614, de 17.12.2015:*

*De la norma transcrita, resulta posible advertir que la revisión de una situación de simulación o subterfugio laboral, resulta procedente en el contexto de un procedimiento judicial, en que se analice la alteración de la individualidad del empleador. Dicha calificación, en caso de determinar la existencia de simulación o subterfugio, daría lugar a una sanción pecuniaria al empleador; por el contrario, la alteración de la individualidad del empleador, puede ser abordada y resuelta por el juez, aun cuando no se manifiesten aquellas otras circunstancias.*

*Ahora bien, según fuera expresado mediante Dictamen N° 3406/54 de 03.09.2014, la investigación que realiza este Servicio, respecto a las acciones que deriven de la aplicación de los artículo 3° y 507 del Código del Trabajo, revisten el carácter estrictamente investigativo, no resolutivo, pudiendo originarse a petición del Tribunal, o como en su caso, a requerimiento de las organizaciones sindicales o trabajadores para que puedan recabar los antecedentes necesarios para accionar judicialmente.*

*En conclusión, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que conforme a los antecedentes aportados, el informe de fiscalización N° 1302.2015.1485, emitido por la Inspección del Trabajo Santiago Sur, reviste un carácter investigativo, y por tanto, corresponderá a la organización que usted representa, evaluar la procedencia de iniciar las acciones judiciales pertinentes, a fin que dicho órgano califique la existencia de circunstancias de simulación o subterfugio laboral.*

### EFFECTOS DE LA SENTENCIA

#### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1760, de 09.04.2015:*

*De la lectura de los preceptos legales antes transcritos, en lo pertinente, posible es inferir que la declaración de empleador único para efectos laborales y previsionales, requiere del ejercicio, por parte de una organización sindical o de uno o más trabajadores, de una acción judicial, en virtud de la cual el tribunal competente podrá declarar que dos o más empresas revisten el carácter de un solo empleador.*

*En este sentido, tal declaración, entre sus efectos, contempla un régimen legal de responsabilidad solidaria entre aquellas empresas que sean consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, ya sea tratándose de obligaciones de dar, hacer y no hacer emanadas de la ley o bien derivadas de un contrato individual o de un instrumento colectivo de trabajo.*

*Asimismo, se colige que los trabajadores de un conjunto de empresas, que en virtud de una sentencia judicial han sido declaradas como un solo empleador, podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o bien mantener la organización constituida con anterioridad a la resolución judicial que declaró la existencia de empleador único.*

*Se infiere, además, que el conjunto de empresas que han sido declaradas empleador único se encuentran obligadas a negociar con los sindicatos interempresas, en la medida que los socios de estas organizaciones sean exclusivamente trabajadores de alguna o de la totalidad de las empresas respecto de las que ha recaído dicha declaración judicial.*

*Por otra parte, cabe hacer presente que el artículo 507 del Código del Trabajo, establece el contenido procesal, al detallar las acciones que pueden ejercer sindicatos y trabajadores requiriendo a la judicatura laboral que se identifique y declare al empleador real y efectivo, señalando, además, las menciones y conceptos que debe incluir la sentencia definitiva que se dicte en estos procesos.*

*En efecto, la referida disposición legal, dispone:*

*“Artículo 507.- Las acciones judiciales derivadas de la aplicación del inciso cuarto del artículo 3° de este Código podrán ser ejercidas por las organizaciones sindicales o trabajadores de las respectivas empresas que consideren que sus derechos laborales o previsionales han sido afectados.*

*“Estas acciones podrán interponerse en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código; si el procedimiento judicial iniciado sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras se resuelve, entendiéndose para todos los efectos legales prorrogada la vigencia del instrumento colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, día en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.*

*“La sentencia definitiva que dé lugar total o parcialmente a las acciones entabladas deberá contener en su parte resolutive:*

*“1. El pronunciamiento e individualización de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, conforme a lo señalado en el inciso cuarto del artículo 3° de este Código.*

*“2. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el empleador dirigidas a materializar su calidad de tal, así como aquellas destinadas al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren; bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de lo ordenado.*

*“3. La determinación acerca de si la alteración de la individualidad del empleador se debe o no a la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, o bien a la utilización de cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, y si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención. Si así lo determina, deberá señalar de manera precisa las conductas que constituyen dicha simulación o subterfugio y los derechos laborales y previsionales que por esta vía se hubieren vulnerado, debiendo aplicar al infractor una multa de 20 a 300 unidades tributarias mensuales. En estos casos, será aplicable a las multas señaladas lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 506 de este Código.*

*“Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio referido en el párrafo anterior, cualquier alteración de mala fe realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o*

*las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.*

*“La sentencia definitiva se aplicará respecto de todos los trabajadores de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales.*

*“Las acciones a que se refieren los incisos precedentes podrán ejercerse mientras perdure la situación descrita en el inciso cuarto del artículo 3° de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo”.*

*Por consiguiente, los contratos individuales de trabajo de aquellos dependientes de una empresa, que en conjunto a otras, han sido consideradas un solo empleador, no se ven afectados por tal declaración, puesto que ésta tiene por finalidad imputar sobre dicho empleador derechos y obligaciones de carácter laboral y previsional, emanadas de la ley o bien derivadas de un contrato individual o de un instrumento colectivo de trabajo.*

*De suerte que, al ser declaradas judicialmente, dos o más empresas, como un solo empleador, los trabajadores dependientes de éstas podrán exigir el cumplimiento de las prerrogativas expuestas en el cuerpo del presente informe.*

## OBLIGACIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLICITAR INFORME A LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO EN ESTAS MATERIAS, CONTENIDO DEL INFORME Y OPORTUNIDAD DE SOLICITARLO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 3406/054, de 03.09.2014:*

*En cuanto al papel que le corresponde a la Dirección del Trabajo en el marco del procedimiento judicial - procedimiento de aplicación general- destinado a determinar que dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, el legislador le ha encomendado la tarea de emitir un informe. En cuanto a la elaboración y entrega de dicho informe, es pertinente señalar que esa actuación reviste las siguientes características:*

*i.- La solicitud del informe es obligatoria para el juez, quien para resolver deberá contar necesariamente con el informe previo de la Dirección del Trabajo. Por el contrario, sólo facultativamente, de resultar necesario y conveniente conforme al mérito de la causa, el tribunal podrá además requerir informes de otros órganos de la administración del Estado, sin que estos requerimientos resulten esenciales en la ritualidad del proceso.*

*ii.- El contenido del informe emitido por la Dirección del Trabajo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 23 del D.F.L. N° 2 de 1967, Ley Orgánica de este Servicio, goza de presunción legal de veracidad respecto de los hechos constatados por los inspectores del trabajo, en su carácter de ministros de fe, y de los cuales deban informar.*

*iii.- La disposición legal en comento no establece el momento procesal en que dicho informe deberá ser requerido a la Dirección del Trabajo, ya que sólo establece que el juez deberá resolver el asunto, “previo informe de la Dirección del Trabajo”. En consecuencia, el tribunal requerirá a la Dirección del Trabajo el informe en la etapa procesal que corresponda, en el marco del procedimiento de aplicación general, y en el ejercicio de sus atribuciones legales.*

## EFFECTOS RESPECTO DE OBLIGACIONES LABORALES Y PREVISIONALES

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario 6632, de 18.12.2015:*

*De este modo, en el caso en consulta, el requisito relativo al número de trabajadores que se requiere para constituir un Comité Paritario de Higiene y Seguridad, en opinión de quien suscribe, debe observarse en atención al conjunto de trabajadores, ubicados en un mismo lugar de trabajo, que formen parte de cada una de las empresas consideradas como un solo empleador.*

*En efecto, tal como aparece en la norma prevista en el referido Decreto N° 54, el requisito relativo al quórum de constitución de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad, debe cumplirse respecto de cada una de las sucursales, agencias o faenas de una empresa, ya sea, que se encuentren en el mismo o diferente lugar.*

*Conclusión, que se funda, entre otras consideraciones, en la historia de la ley N° 20.760, pues se establecen como ideas matrices, entre otras, “establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral, un concepto de empresa más amplio y acorde con la realidad social, que permita determinar la relación laboral existente entre un trabajador y una determinada empresa, pudiendo ésta constar de una o más sociedades.*

*De esta forma, se permite determinar con mayor precisión la relación entre un trabajador y un determinado capital, sin importar si éste se subdivide en distintas sociedades. A su vez, traerá como efecto inmediato el cumplimiento en un mayor porcentaje de las normas laborales imperantes, evitando la vulneración de las mismas a través de este vacío legislativo”.*

*Por otra parte, conforme a lo dispuesto en dictamen N° 3406/054 de 03.09.2014, que fija el sentido y alcance del artículo 3° incisos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°, y artículo 507, ambos del Código del Trabajo, modificado por la ley N° 20.760 de 09.07.2014, aparece que la intención del legislador a través de la modificación normativa fue “enfatar la noción de dirección laboral común, que es de donde se ejerce el poder de dirección laboral y que constituye un elemento de carácter eminentemente material, que da cuenta de una dirección o gobierno conjunto sobre el trabajador que se desarrolla en dos o más empresas”.*

*Por consiguiente, a la luz de las consideraciones formuladas, en opinión de quien suscribe, resulta procedente que un grupo de empresas, dotadas de una individualidad jurídica y legal determinada, declaradas y consideradas judicialmente como un solo empleador, puedan constituir un solo comité paritario, en la medida que se cumplan los presupuestos señalados en párrafos precedentes.*

*Lo anterior es sin perjuicio de lo establecido en el punto N° 2 del nuevo inciso 3° del antes citado y transcrito artículo 507 del Código del Trabajo, en cuanto a que la sentencia que dé lugar total o parcialmente a la acción entablada deberá contener la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el empleador dirigidas a materializar su calidad de tal, así como aquellas destinadas al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales.*

**Ordinario N° 1899, de 18.04.2018:**

1. *La declaración de empleador único en los términos establecidos en el inciso 4° del artículo 3° del Código del Trabajo en aquellas empresas declaradas judicialmente como único empleador, como asimismo, en las faenas agencias o sucursales que aquellas tengan en el mismo o en diferentes lugares —siempre que en todas ellas laboren más de 25 trabajadores— deberá efectuarse conforme a lo establecido en el D.S. 54, ya individualizado, específicamente en sus artículos 5° y siguientes, normas que regulan el procedimiento, los requisitos que deben cumplir los postulantes y otras condiciones relacionadas con dicha elección. El mismo procedimiento resulta aplicable para la constitución de nuevos Comités que puedan organizarse en las mencionadas empresas.*
2. *Los Comités paritarios constituidos en las empresas incluidas en la declaración de empleador único deben mantenerse y permanecer en funciones mientras dure la faena, sucursal o agencia que sirvió de base para su constitución.*
3. *La elección de los representantes de los trabajadores ante los Comités de Higiene y Seguridad Permanentes de aquellas empresas declaradas como empleador único deberá efectuarse conforme al procedimiento regulado en los artículos 5° y siguientes del D.S. N° 54, de 1969 y sus modificaciones.*

## EFFECTOS EN MATERIAS COLECTIVAS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 6449/075, de 10.12.2015:*

*Para que la acción judicial interpuesta en virtud de la ley N° 20.760 tenga la capacidad de suspender los plazos y efectos del proceso de negociación colectiva, ella necesariamente deberá ser deducida por los sujetos titulares del derecho a negociar colectivamente y, específicamente por quienes pueden presentar el respectivo proyecto de contrato colectivo.*

*Del estudio de la historia fidedigna de la ley, se desprende con toda claridad que la intención del legislador fue que los efectos que generan las acciones judiciales operarían respecto de los trabajadores que se encontraren contenidos en la respectiva acción judicial.*

*Ordinario N° 3406/054, de 03.09.2014*

*e.- El empleador único ante el Derecho Laboral Colectivo*

*El nuevo inciso octavo del artículo 3° del Código del Trabajo, por su parte, prescribe:*

*“Los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes; podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas. Los sindicatos interempresa que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos. En todos estos casos, la presentación y tramitación de los proyectos de contrato colectivo se regirán por las normas establecidas en el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código.”*

*El conjunto de empresas que en virtud de una sentencia judicial ha sido declarado como un solo empleador, para los efectos de los procesos de negociación colectiva deberá ceñirse a la estructura de negociación que determinen sus respectivos dependientes, siendo plenamente aplicable en este caso el principio de la autonomía sindical, consagrado en el artículo 19, N° 19 de la Constitución.*

*En este sentido, corresponderá a los trabajadores decidir:*

*i.- Si constituirán uno o más sindicatos que los agrupen, o bien mantendrán las organizaciones constituidas con anterioridad a la resolución judicial que declaró la existencia de empleador único.*

*ii.- Si la contraparte en el proceso de negociación colectiva serán todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o una parte de las mismas, o bien se negociará con cada una de ellas por separado.*

*Por otra parte, el conjunto de empresas que han sido declaradas empleador único se encuentran obligadas a negociar con los sindicatos interempresas, en la medida que los socios de estas organizaciones sean exclusivamente trabajadores de algunas o de la totalidad de las empresas respecto de las que ha recaído dicha declaración judicial.*

*Cabe agregar, que un sindicato de empresa, podrá afiliar trabajadores de cualquiera de las empresas que constituyan el empleador común, sin alterar su naturaleza de sindicato de empresa. Por su parte, un sindicato interempresa, no requerirá modificación alguna de sus estatutos para ejercer el derecho a negociar colectivamente.*

*III.- CONSIDERACIONES RESPECTO A MATERIAS ESPECÍFICAS:*

*1.- Suspensión de los plazos y efectos de la negociación colectiva y oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo.*

*El nuevo inciso segundo del artículo 507 del Código del Trabajo dispone, en lo pertinente, que:*

*"... si el procedimiento judicial iniciado sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras se resuelve, entendiéndose para todos los efectos legales prorrogada la vigencia del instrumento colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, día en que se reanudará la negociación en la forma que determine el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley."*

*Del estudio de la historia fidedigna de la ley, se desprende con toda claridad que la intención del legislador, expresada a través del citado inciso segundo del nuevo artículo 507, fue que el proceso de negociación colectiva se desarrollara en su totalidad una vez que la sentencia judicial que se pronuncie sobre la calificación de un solo empleador respecto de dos o más empresas, se encuentre firme o ejecutoriada.*

*Este se puede inferir de lo señalado por la Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social, en la Sesión de la Sala del Senado de fecha 03-06-2014, en la cual expresó, respecto de la suspensión de los plazos y efectos del proceso de negociación colectiva, lo siguiente:*

*"Si no establecemos la etapa de suspensión, dada la fecha de caducidad del proyecto de negociación colectiva, podríamos tener a los trabajadores obligados a iniciar un proceso de negociación sin esperar el término del pronunciamiento judicial respecto del multirrut, el que podría dejarlos en una mejor condición para negociar.*

*Lo que queremos es que ellos, al final de la declaración judicial, tengan la opción de negociar –así lo plantea el proyecto- con el empleador real común o con su razón social de acuerdo a como mejor les convenga."*

*En el mismo sentido se pronunció, en dicha Sesión, el Senador Pérez Varela, al manifestar:*

*"Señora Presidenta, aquí se ha discutido que esta prórroga -la argumentación de la Ministra apuntó, principalmente, en el mismo sentido- lo único que hace es favorecer a los trabajadores, porque eventualmente conocerían a su verdadero empleador y, por ende, podrían iniciar la negociación 30 días después de la sentencia en otras condiciones, según establece la norma pertinente."*

*Finalmente, la Sra. Ministra vuelve sobre el mismo punto en dicha Sesión, para señalar:*

*"...cuando hablamos de prórroga, nos referimos a que una de las alternativas es que el juicio sea favorable. Y, por lo tanto, les entregamos derechos a los trabajadores para decidir con quién negociar. En el caso de que fuera desfavorable, no estamos diciendo que ellos perderán su derecho de negociación, por eso se establece la prórroga, sino que lo mantendrán, pero con la razón social con la que tradicionalmente se han vinculado."*

*Considerando que se suspenden los efectos y plazos del proceso de negociación colectiva, y el instrumento colectivo vigente ha quedado prorrogado hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, se ha producido una alteración de los plazos de la negociación colectiva reglada.*

*Por lo anterior, el legislador ha dispuesto que la reanudación de la negociación será "en la forma que determine el tribunal". En consecuencia, corresponderá que en la sentencia, o eventualmente en el acta de conciliación, se determine como deberá desarrollarse la negociación colectiva cuyo plazo de inicio se suspendió por haberse ejercido la acción judicial derivada de la aplicación del inciso cuarto del artículo 3°.*

*No obstante, el propio legislador ha puesto un límite al Juez, señalándole que la negociación se reanudará de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y esta reanudación será a partir del día 30 después de ejecutoriada la sentencia, día en el cual ha terminado la vigencia del prorrogado instrumento colectivo.*

*Es claro entonces, que el legislador, en este caso, ha alterado las reglas generales del artículo 322, inciso primero, que dispone que el proyecto de contrato colectivo debe ser presentado con una anticipación de 40 a 45 días previos al término de vigencia del contrato o convenio colectivo.*

*De esta forma, se puede inferir que la oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo deberá ser precisamente el día 30 contado desde la certificación de ejecutoria de la sentencia.*

*En cuanto a la oportunidad de la votación que deberán realizar los trabajadores involucrados en esta negociación colectiva para decidir si aceptan la última oferta del empleador o si declaran la huelga, de conformidad al artículo 370 del Código del Trabajo, en este caso, y en atención a que estarán sin instrumento colectivo vigente, deberá necesariamente aplicarse como regla que el día de la votación esté comprendido dentro de los cinco últimos días de un total de cuarenta y cinco desde la presentación del proyecto, que en este caso habrá sido el día 30 desde certificada la ejecutoria de la sentencia.*

*En relación a la vigencia del nuevo contrato colectivo, deberá aplicarse la regla del artículo 347, inciso 2°, es decir que la vigencia “se contará a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato colectivo o fallo arbitral anterior”*

*Finalmente, debemos entender que para que la acción judicial interpuesta en virtud de la Ley N° 20.760 tenga la capacidad de suspender los plazos y efectos del proceso de negociación colectiva, ella necesariamente deberá ser deducida por los sujetos titulares del derecho a negociar colectivamente y, específicamente, por quienes pueden presentar el respectivo proyecto de contrato colectivo, de conformidad al artículo 315 del Código del Trabajo (sindicatos o grupos negociadores). La interpretación en un sentido diverso llevaría a concluir que la acción judicial de un solo trabajador, podría tener la capacidad de paralizar las negociaciones colectivas en todas las empresas involucradas en dicha acción, no obstante que una vez concluido el juicio ese trabajador no tendría la facultad de presentar por sí solo el proyecto de contrato colectivo.*

## **2.- Objeciones de legalidad durante el proceso de negociación colectiva**

*Sobre esta materia, el artículo 331 del Código del Trabajo, dispone:*

*“Recibida la respuesta del empleador, la comisión negociadora podrá reclamar de las observaciones formuladas por éste, y de las que le merezca la respuesta, por no ajustarse éstas a las disposiciones del presente Código.”*

*“La reclamación deberá formularse ante la Inspección del Trabajo dentro del plazo de cinco días contados desde la fecha de recepción de la respuesta. La Inspección del Trabajo tendrá igual plazo para pronunciarse, contado desde la fecha de presentación de la reclamación.”*

*“No obstante, si la negociación involucra a más de mil trabajadores, la reclamación deberá ser resuelta por el Director del Trabajo.”*

*“La resolución que acoja las observaciones formuladas ordenará a la parte que corresponda su enmienda dentro de un plazo no inferior a cinco ni superior a ocho días contados desde la fecha de notificación de la resolución respectiva, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada la cláusula o el proyecto de contrato, o de no haber respondido oportunamente el proyecto, según el caso.”*

*“La interposición del reclamo no suspenderá el curso de la negociación colectiva.”*

*Cabe determinar en materia de objeciones de legalidad, si la facultad conferida de manera exclusiva al Inspector o Director del Trabajo, en su caso, en el artículo 331 del Código del Trabajo, se ve alterada o no por la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760.*

*Del análisis de la historia de la Ley N° 20.760, aparece con claridad que la voluntad del legislador ha sido radicar exclusivamente y de manera excluyente en el órgano jurisdiccional el conocimiento de las controversias que involucran la calificación de dos o más empresas como un solo empleador.*

*En efecto, en la sesión de 14 de mayo de 2014 de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, y ante la intervención del representante de la Confederación Nacional de Sindicatos y Federaciones de Trabajadores del Comercio y Servicios, señor Leandro Cortez, quien “abogó por conservar la facultad de la Dirección del Trabajo para revisar las objeciones de legalidad dentro del procedimiento de negociación colectiva, toda vez que de ese modo interviene, de modo relevante, en el proceso de establecer que dos o más empresas constituyen un solo empleador”[10], la Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social “sostuvo que se trata de una materia que, atendida la relevancia de sus efectos para empleadores y trabajadores, debe ser analizada y resuelta por el Juez del Trabajo”[11].*

*Se confirma lo anterior al analizar la Discusión en la Sala de la Cámara de Diputados, sesión de fecha 17 de junio de 2014, en la cual, ante la inquietud manifestada por el diputado Boric sobre por qué no ir a tribunales, sino directamente a la Dirección del Trabajo, la Sra. Ministra respondió:*

*“Además, nos parece que por el tipo de materias de que hablamos –la claridad, la definición, la ratificación de obligaciones laborales y previsionales–, es del todo razonable que se resuelvan mediante una sentencia, a nivel de fallo, más que a nivel de resolución administrativa”.*

*Esta definición de radicar la calificación de que dos o más empresas constituyen un solo empleador, para efectos laborales y previsionales, en el órgano jurisdiccional, implica necesariamente que la Dirección del Trabajo no puede entrar a pronunciarse o a calificar tal circunstancia en el contexto de una negociación colectiva reglada, a través de la reclamación prevista en el artículo 331 del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 6449/075, de 10.12.2015:**

*En el particular, se consulta si la acción judicial interpuesta en virtud de la Ley N° 20.760, tiene la capacidad de suspender los plazos y efectos de todas las negociaciones colectivas en todas las empresas involucradas en dicha acción.*

*Sobre el punto anterior, el dictamen N° 3406/54 de 03.09.2014, señaló que para que la acción judicial interpuesta en virtud de la ley N° 20.760 tenga la capacidad de suspender los plazos y efectos del proceso de negociación colectiva, ella necesariamente deberá ser deducida por los sujetos titulares del derecho a negociar colectivamente y, específicamente por quienes pueden presentar el respectivo proyecto de contrato colectivo.*

*Del estudio de la historia fidedigna de la ley, se desprende con toda claridad que la intención del legislador fue que los efectos que generan las acciones judiciales operarían respecto de los trabajadores que se encontraran contenidos en la respectiva acción judicial.*

*Lo anterior se infiere de lo señalado por la Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social al explicar, respecto de los efectos que genera la presentación de las acciones judiciales, que la prórroga del contrato colectivo, operaría respecto de aquellos trabajadores que se encontraran contenidos en dicho instrumento y que hubieren interpuesto la acción judicial respectiva.*

*En la situación en consulta, la acción judicial interpuesta en virtud de la Ley N° 20.760, no ha sido deducida por el Sindicato de Trabajadores N° 5 Administrativos de la ..... S.A.P, sujetos titulares del derecho a negociar colectivamente, por lo que los efectos que genera la presentación de dicha acción judicial no afectan la negociación colectiva en curso entre ..... S.A.P. y el Sindicato de Trabajadores N° 5 Administrativos de la Empresa ..... S.A.P.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Uds. que no existe impedimento jurídico para que ..... S.A.P. y el Sindicato de Trabajadores N° 5 Administrativos de la ..... S.A.P., negocien los términos del Convenio Colectivo Vigente.*

**Ordinario N° 6776/089, de 28.12.2015:**

*Del precepto legal transcrito, se infiere que, la declaración de empleador único para efectos laborales y previsionales requiere sea deducida una acción judicial, la cual puede interponerse en cualquier tiempo, salvo durante el período de negociación a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV del Código del Trabajo. Tratándose de la circunstancia en que el período de tramitación del juicio comprende a la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, se contempla entre sus efectos, la suspensión de los plazos y efectos de la negociación colectiva y la extensión de la vigencia del contrato colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, momento en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal.*

*Al respecto, este Servicio mediante Dictamen N° 3406/54 de 03.09.2014 señaló que el sentido interpretativo de la citada disposición es propender a que el proceso de negociación colectiva sea desarrollado en su totalidad una vez que la sentencia judicial que se pronuncia sobre la calificación de un solo empleador respecto de dos o más empresas, se encuentre ejecutoriada, a fin de que los trabajadores puedan iniciar su negociación una vez que conozcan el resultado del juicio, y con ello las condiciones estructurales de su contraparte.*

*Lo anterior, se infiere de lo señalado por la Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social en la Sesión de la Sala del Senado de fecha 03.06.2014, en la cual expresó lo siguiente:*

*“Si no establecemos la etapa de suspensión, dada la fecha de caducidad del proyecto de negociación colectiva, podríamos tener a los trabajadores obligados a iniciar un proceso de negociación sin esperar el término del pronunciamiento judicial respecto del multirut, el que podría dejarlos en una mejor condición para negociar.*

*Lo que queremos es que ellos, al final de la declaración judicial, tengan la opción de negociar – así lo plantea el proyecto- con el empleador real común o con su razón social de acuerdo a como mejor les convenga.”*

*En el particular, se consulta si la acción judicial en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, deducida por el Sindicato de Trabajadores ..... Ltda., titular del derecho a negociar colectivamente, suspende el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo.*

*Al respecto, como cuestión previa, es menester precisar que el artículo 19 del Código Civil, contenido en el párrafo referente a la interpretación de la ley, del título Preliminar, establece que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, de manera tal que no se consigna en él una primacía para la aplicación de la ley, de acuerdo a su texto literal, pues la disposición se refiere a la claridad de sentido de la ley y no a la claridad de su tenor, el que corresponde aplicar sólo y en cuanto refleje ese sentido claro, tal como se ha indicado mediante Dictamen N° 20.381, de 1986 de la Contraloría General de La República.*

*En armonía con lo anterior, es dable señalar que el precepto en consulta, no sólo debe ser interpretado conforme a su tenor literal, sino que, conforme a la intención o espíritu del legislador y al contexto del ordenamiento jurídico a fin de determinar su real sentido.*

*De este modo, del estudio de la historia fidedigna de la ley N° 20.760, se desprende con toda claridad que la intención del legislador fue que la prórroga de la vigencia del contrato colectivo anterior, mientras se substancia el juicio en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, considera la suspensión de todos los aspectos de la negociación colectiva incluso el del fuero.*

*Como es dable apreciar, lo anterior, confirma que la intención del legislador fue que mientras se prorroga la vigencia del contrato colectivo anterior, al estar pendiente el proceso judicial de declaración de empleador único, el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, igualmente se difiere, considerando dicha prórroga.*

*En otros términos, la intención al establecer la prórroga de la vigencia del contrato colectivo anterior mientras se substancia el proceso judicial de declaración de empleador único, no ha sido excluir el fuero de la suspensión de los plazos y efectos de la negociación colectiva.*

*Ahora bien, por otra parte, es dable indicar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo se encuentra concedido en virtud de la negociación.*

*En efecto, el artículo 309 del Código del Trabajo prescribe lo siguiente:*

*“Los trabajadores involucrados en una negociación colectiva gozarán del fuero establecido en la legislación vigente, desde los diez días anteriores a la presentación del proyecto de contrato colectivo hasta la suscripción de este último, o hasta la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se dicte.”*

*Del precepto legal preinserto se infiere que el legislador para garantizar el normal desarrollo del proceso de negociación colectiva, otorgó expresamente el beneficio del fuero a los trabajadores que estuvieren involucrados en dicho proceso, por un período que abarca desde los diez días anteriores a la presentación del proyecto y hasta la conclusión misma de la negociación colectiva, lo que se produce, según el tenor de la norma en comento, con la suscripción del contrato colectivo o con la notificación del fallo arbitral que se dicte, según el caso.*

*A mayor abundamiento, se debe considerar de manera ejemplar, la situación establecida en el inciso 1° del artículo 369 del Código del Trabajo, en que se prorroga la vigencia del contrato colectivo anterior, con la finalidad de continuar las negociaciones tendientes a obtener un acuerdo entre las partes, en otros términos, se prorroga la vigencia del contrato colectivo anterior con el objeto de seguir negociando, de consiguiente, en dicha situación, forzoso es concluir que el fuero de que gozan los dependientes involucrados en un proceso de negociación colectiva se mantiene durante la prórroga de la vigencia del contrato colectivo anterior, en cuanto las partes, deben seguir negociando los términos del contrato, porque la finalidad de dicha prórroga es precisamente continuar con las negociaciones (Ord. 3429/262, de 27.07.1998).*

*A diferencia de la situación anterior, en el caso en consulta, las partes, organización sindical y empresa, no se encuentran negociando, sino que a la espera, en tanto se tramita y resuelve la acción judicial por parte del tribunal que identifique al empleador real común, con el objeto de que la respectiva organización sindical decida negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas un solo empleador, o bien con cada una de ellas.*

*Al respecto, se ha prorrogado la vigencia del contrato colectivo anterior, y los plazos y efectos de la negociación colectiva se han suspendido por disposición expresa del inciso 2° del artículo 507 del Código del Trabajo.*

*Cabe tener presente el Dictamen N° 3406/054 de 03.09.2015, de este Servicio que al respecto indica:*

*“Considerando que se suspenden los efectos y plazos del proceso de negociación colectiva, y el instrumento colectivo vigente ha quedado prorrogado hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, se ha producido una alteración de los plazos y efectos de la negociación colectiva reglada.*

*Por lo anterior, el legislador ha dispuesto que la reanudación de la negociación será “en la forma que determine el tribunal”. En consecuencia, corresponderá que en la sentencia, o eventualmente en el acta de conciliación, se determine como deberá desarrollarse la negociación colectiva cuyo plazo de inicio se suspendió por haberse ejercido la acción judicial derivada de la aplicación del inciso cuarto del artículo 3°.*

*No obstante, el propio legislador ha puesto un límite al juez, señalándole que la negociación se reanudará de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y esta reanudación será a partir del día 30 después de ejecutoriada la sentencia, día en el cual ha terminado la vigencia del prorrogado instrumento colectivo.*

*Es claro entonces, que el legislador, en este caso, ha alterado las reglas generales del artículo 322, inciso primero, que dispone que el proyecto de contrato colectivo debe ser presentado con una anticipación de 40 a 45 días previos al término de vigencia del contrato o convenio colectivo.*

*De esta forma, se puede inferir que la oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo deberá ser precisamente el día 30 contado desde la certificación de ejecutoria de la sentencia."*

*En ese contexto, si el proceso de negociación colectiva no se encuentra vigente, sino que suspendido por disposición legal, forzoso resulta concluir que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, igualmente se suspende iniciándose en la forma que determine el tribunal, o bien considerando la prórroga del contrato colectivo anterior hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia.*

*Lo anterior, sin perjuicio de las acciones judiciales por prácticas antisindicales, que se interpongan en virtud del artículo 485 del Código del Trabajo.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que la suspensión del proceso de negociación colectiva, por disposición del artículo 507 inciso 2° del Código del Trabajo, incluye todos los aspectos, entre otros, el del fuero.*

**Ordinario N° 1054/022, de 18.02.2016:**

*En ese contexto, el Dictamen N° 3406/054 de 03.09.2015, de este Servicio, al respecto indica:*

*"Considerando que se suspenden los efectos y plazos del proceso de negociación colectiva, y el instrumento colectivo vigente ha quedado prorrogado hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, se ha producido una alteración de los plazos y efectos de la negociación colectiva reglada.*

*Por lo anterior, el legislador ha dispuesto que la reanudación de la negociación será "en la forma que determine el tribunal". En consecuencia corresponderá que en la sentencia, o eventualmente en el acta de conciliación, se determine como deberá desarrollarse la negociación colectiva cuyo plazo de inicio se suspendió por haberse ejercido la acción judicial derivada de la aplicación del inciso cuarto del artículo 3°."*

*"Es claro entonces, que el legislador, en este caso, ha alterado las reglas generales del artículo 322, inciso primero, que dispone que el proyecto de contrato colectivo debe ser presentado con una anticipación de 40 a 45 días previos al término de vigencia del contrato o convenio colectivo.*

*De esta forma se puede inferir que la oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo deberá ser precisamente el día 30 contado desde la certificación de ejecutoria de la sentencia. "*

*Es decir, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado, sino que, se encuentra suspenso por disposición legal, forzoso resulta concluir que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, igualmente se difiere, iniciándose en la forma que determine el tribunal, o bien considerando la prórroga del contrato colectivo anterior hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia.*

*Por otra parte, es del caso agregar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, se encuentra concebido en virtud de la negociación colectiva, para garantizar el normal desarrollo de esta, por consiguiente, no se explica de qué manera podría estar vigente éste si la negociación colectiva aún no se ha iniciado por disposición legal.*

*A modo ejemplar, es del caso considerar la situación establecida en el inciso 1° del artículo 369 del Código del Trabajo, en que se establece la prórroga del contrato colectivo anterior con la finalidad de continuar las negociaciones tendientes a obtener un acuerdo entre las partes, en otros términos, se prórroga la vigencia del contrato colectivo anterior con el objeto de seguir negociando, por lo tanto, en dicha situación el fuero de que gozan los dependientes involucrados en un proceso de negociación colectiva se mantiene durante la prórroga del contrato colectivo anterior, atendido que las partes, deben seguir negociando los términos del contrato. No obstante, en el escenario establecido en el inciso 2° del artículo 507 del Código del Trabajo,*

*las partes, organización sindical y empresa, no se encuentran negociando, sino que a la espera, en tanto se tramita y resuelve la acción judicial por parte del tribunal.*

*En consecuencia, en la situación que se examina no corresponde jurídicamente afirmar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo se encuentra vigente, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado.*

*Sin perjuicio de lo anterior, es menester indicar, que los trabajadores que han iniciado una acción judicial, en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, no se encuentran desprotegidos, si sufren represalias o son objeto de prácticas antisindicales por dicha causa, pueden denunciar los hechos vulneratorios al tribunal competente, acciones que se enmarcarán necesariamente en la esfera del Procedimiento de Tutela Laboral establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo.*

*En consecuencia, atendido lo expuesto, cumpla con informar a Ud. que se niega lugar a la reconsideración del dictamen N° 6776/089 de 28.12.2015, de este Servicio.*

**Ordinario N° 3165/054, de 10.06.2016:**

*Del precepto legal recién transcrito, se infiere que, la declaración de empleador único para efectos laborales y previsionales requiere sea deducida una acción judicial, la cual puede interponerse en cualquier tiempo, salvo durante el período de negociación a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV del Código del Trabajo. Tratándose de la circunstancia en que el período de tramitación del juicio sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, se establece entre sus efectos, la suspensión de los plazos y efectos de la negociación colectiva y la extensión de la vigencia del contrato colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, momento en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal.*

*Al respecto, este Servicio mediante Dictamen N° 3406/54 de 03.09.2014 señaló que el sentido interpretativo de la citada disposición es propender a que el proceso de negociación colectiva sea desarrollado en su totalidad una vez que la sentencia judicial que se pronuncia sobre la calificación de un solo empleador respecto de dos o más empresas, se encuentre ejecutoriada, a fin de que los trabajadores puedan iniciar su negociación una vez que conozcan el resultado del juicio, y con ello las condiciones estructurales de su contraparte.*

*Ahora bien, el artículo 309 del Código del Trabajo dispone:*

*"Los trabajadores involucrados en una negociación colectiva gozarán del fuero establecido en la legislación vigente, desde los diez días anteriores a la presentación del proyecto de contrato colectivo hasta la suscripción de este último, o hasta la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se dicte."*

*Del precepto legal preinserto se infiere que el legislador para garantizar el normal desarrollo del proceso de negociación colectiva, otorgó expresamente el beneficio del fuero a los trabajadores que estuvieren involucrados en dicho proceso, por un período que abarca desde los diez días anteriores a la presentación del proyecto y hasta la conclusión misma de la negociación colectiva, lo que se produce, según el tenor de la norma en comento, con la suscripción del contrato colectivo o con la notificación del fallo arbitral que se dicte, según el caso.*

*Del estudio de la historia fidedigna de la ley N° 20.760, se desprende con toda claridad que la intención del legislador fue que la prórroga de la vigencia del contrato colectivo anterior, mientras se substancia el juicio en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, considera la suspensión de todos los aspectos de la negociación colectiva incluso el del fuero.*

*Así se desprende de lo señalado por la Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social, al dar respuesta a una consulta del Senador Navarro, en cuanto a qué efectos tendría la prórroga de la vigencia del contrato colectivo anterior sobre el fuero, en los siguientes términos:*

*"... para contestar la duda del Senador Navarro, quiero señalar que de la disposición propuesta se deduce que los efectos legales se entienden prorrogados hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, es decir, la prórroga incluye todos los aspectos, entre otros, el del fuero.*

*Por lo tanto, tendríamos que entender que, como el fuero se inicia diez días antes de la presentación del proyecto de negociación colectiva y termina 30 días después, se deben respetar esos períodos, pero considerando la prórroga de su vigencia hasta 30 días después de la sentencia."*

*En ese contexto, el Dictamen N° 3406/054 de 03.09.2015, de este Servicio, al respecto indica:*

*"Considerando que se suspenden los efectos y plazos del proceso de negociación colectiva, y el instrumento colectivo vigente ha quedado prorrogado hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, se ha producido una alteración de los plazos y efectos de la negociación colectiva reglada.*

*Por lo anterior, el legislador ha dispuesto que la reanudación de la negociación será "en la forma que determine el tribunal". En consecuencia corresponderá que en la sentencia, o eventualmente en el acta de conciliación, se determine como deberá desarrollarse la negociación colectiva cuyo plazo de inicio se suspendió por haberse ejercido la acción judicial derivada de la aplicación del inciso cuarto del artículo 3°."*

*"Es claro entonces, que el legislador, en este caso, ha alterado las reglas generales del artículo 322, inciso primero, que dispone que el proyecto de contrato colectivo debe ser presentado con una anticipación de 40 a 45 días previos al término de vigencia del contrato o convenio colectivo.*

*De esta forma se puede inferir que la oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo deberá ser precisamente el día 30 contado desde la certificación de ejecutoria de la sentencia. "*

*Es decir, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado, sino que, se encuentra en suspenso por disposición legal, forzoso resulta concluir que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, igualmente se difiere, iniciándose en la forma que determine el tribunal, o bien considerando la prórroga del contrato colectivo anterior hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia.*

*Por otra parte, es del caso agregar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, se encuentra concebido en virtud de la negociación colectiva, para garantizar el normal desarrollo de esta, por consiguiente, no se explica de qué manera podría estar vigente éste si la negociación colectiva aún no se ha iniciado por disposición legal.*

*En consecuencia, no corresponde jurídicamente afirmar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo se encuentra vigente, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado.*

*Sin perjuicio de lo anterior, es menester indicar, que los trabajadores que han iniciado una acción judicial, en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, no se encuentran desprotegidos, si sufren represalias o son objeto de prácticas antisindicales por dicha causa, pueden denunciar los hechos vulneratorios al tribunal competente, acciones que se enmarcarán necesariamente en la esfera del Procedimiento de Tutela Laboral establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo.*

*En consecuencia, atendido lo expuesto, cumpla con informar a Ud. que se niega lugar a la reconsideración del dictamen N° 6776/089 de 28.12.2015, de este Servicio.*

**Ordinario N° 1485/024, de 26.03.2015:**

*Al respecto cabe considerar que el artículo 3 del Código del Trabajo, en sus incisos 4° al 7°, señalan:*

*"Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común.*

*La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior.*

*Las empresas que cumplan lo dispuesto en el inciso cuarto serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley, de los contratos individuales o de instrumentos colectivos.*

*Las cuestiones suscitadas por la aplicación de los incisos anteriores se sustanciarán por el juez del trabajo, conforme al Párrafo 3° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, quien resolverá el asunto, previo informe de la Dirección del Trabajo, pudiendo requerir además informes de otros órganos de la Administración del Estado. El ejercicio de las acciones judiciales derivadas de la aplicación del inciso cuarto, así como la sentencia definitiva respectiva, deberán, además, considerar lo dispuesto en el artículo 507 de este Código”.*

*Conforme a lo anterior, la declaración de empleador único para efectos laborales y previsionales requiere sea incoada una acción judicial, proceso que entre sus efectos, contempla la extensión de la vigencia de un contrato colectivo, tratándose de la circunstancia en que el período de tramitación del juicio comprende a la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo.*

*Sobre el punto anterior, el inciso 2° del artículo 507 del Código del Trabajo, refiriéndose a las acciones derivadas de lo dispuesto en el artículo 3 del mismo cuerpo normativo, ordena:*

*“Estas acciones podrán interponerse en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código; si el procedimiento judicial iniciado sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras se resuelve, entendiéndose para todos los efectos legales prorrogada la vigencia del instrumento colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, día en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley”.*

*Este Servicio mediante Dictamen N° 3406/54 de 03.09.2014, indicó que el sentido interpretativo de la citada disposición debe propender a que el proceso de negociación colectiva sea desarrollado en su totalidad una vez que la sentencia judicial que se pronuncie sobre la calificación de un solo empleador respecto de dos o más empresas, se encuentre ejecutoriada, a fin que los trabajadores puedan iniciar su negociación una vez que conozcan el resultado del juicio, y con ello las condiciones estructurales de su contraparte.*

*Así entonces, cabe considerar que el artículo 328 inciso 2° del Código del Trabajo, señala:*

*“El trabajador que tenga un contrato colectivo vigente no podrá participar en otras negociaciones colectivas, en fechas anteriores a las del vencimiento de su contrato, salvo acuerdo con el empleador. Se entenderá que hay acuerdo del empleador si no rechaza la inclusión del trabajador en la respuesta que dé al proyecto de contrato colectivo, siempre que en éste se haya mencionado expresamente dicha circunstancia”.*

*Del tenor del precepto legal precedentemente transcrito se infiere que con anterioridad a la fecha de vencimiento de un contrato colectivo, los trabajadores afectos a él se encuentran inhabilitados para participar en otros procesos de negociación colectiva, salvo que exista acuerdo con el empleador, caso en el cual, por excepción, la ley permite celebrar un nuevo contrato colectivo a aquellos dependientes regidos por uno que aún se encuentra vigente.*

*Entonces, atendido que durante la tramitación del juicio en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, se entiende prorrogada la vigencia del contrato colectivo vigente, aquello no implica la interrupción de los efectos del proceso de negociación, sino que el legislador al consagrar la “suspensión” de estos, ha pretendido diferir o aplazar aquellos efectos durante la tramitación del juicio.*

*Claro resulta que, entre los efectos del proceso negociador encontramos aquel consagrado en el artículo 328 inciso 2º del Código del Trabajo –ya analizado–, regla que persigue evitar la existencia de nuevas negociaciones entre las partes durante la vigencia de un instrumento colectivo, principio no modificado por las normas que regulan los supuestos de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que las normas introducidas por la Ley N° 20.760 de 09.07.2014, no modificaron la regla contenida en el artículo 328 inciso 2º del Código del Trabajo, y que en tal carácter, aquellos trabajadores cuyos contratos colectivos han visto prorrogada su vigencia por causa de la tramitación judicial de un proceso en que se persigue la declaración de empleador único, no se encuentran habilitados para negociar anticipadamente sin acuerdo del empleador.*

**Ordinario N° 0607/008, de 05.02.2015**

*En base a lo expuesto, y considerando que la condición de empleador único se encuentra reconocida y aceptada por las partes, procede precisar si la entrada en vigencia de la ley N° 20.760, alteró el procedimiento de negociación colectiva respecto a la oportunidad para el inicio de este.*

*Al efecto, cabe considerar lo dispuesto en los artículos 317 inciso 1º y 322 del Código del Trabajo, normativa que para efectos de la presentación del proyecto de contrato colectivo, distingue entre aquellas empresas en que no existe contrato colectivo vigente, frente a aquellas en que sí rige un instrumento de tal naturaleza. Ante la primera circunstancia –no existe contrato colectivo vigente– los trabajadores por regla general pueden presentar el proyecto en el momento que lo estimen conveniente, en tanto que, en empresas con instrumento vigente, tal oportunidad resulta restringida exclusivamente al período que va desde el día 45 al 40 que anteceden al vencimiento del contrato.*

*Entonces, conforme reconoce el ocurrente, ante la existencia de contratos colectivos vigentes, suscritos entre algunas unidades económicas dotadas de individualidad legal –que conforman el grupo de empresas– con sus respectivos trabajadores, tales trabajadores deben esperar la oportunidad para negociar determinada en el artículo 322 del Código del Trabajo, ya sea que se decida negociar entre la respectiva sociedad y sus trabajadores, o con el grupo económico declarado empleador único.*

*Como se advierte, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760, no modificó las reglas para la presentación del proyecto de contrato colectivo, puesto que el sentido de interpretación finalista que debe orientar la aplicación de tal normativa, tiende a favorecer el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales entre las diversas entidades declaradas como empleador único, y no alterar las obligaciones contractuales vigentes, o efectos tales como la vigencia de los instrumentos.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760 de 09.07.2014, que establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos, no alteró las reglas relativas a la oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo.*

**Ordinario 3276, de 22.06.2016:**

*En ese contexto, el Dictamen N° 3406/054 de 03.09.2015, de este Servicio, al respecto señaló:*

*"Considerando que se suspenden los efectos y plazos del proceso de negociación colectiva, y el instrumento colectivo vigente ha quedado prorrogado hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, se ha producido una alteración de los plazos y efectos de la negociación colectiva reglada.*

*Por lo anterior, el legislador ha dispuesto que la reanudación de la negociación será "en la forma que determine el tribunal". En consecuencia corresponderá que en la sentencia, o eventualmente en el acta de conciliación, se determine como deberá desarrollarse la negociación colectiva cuyo plazo de inicio se suspendió por haberse ejercido la acción judicial derivada de la aplicación del inciso cuarto del artículo 3º."*

*"Es claro entonces, que el legislador, en este caso, ha alterado las reglas generales del artículo 322, inciso primero, que dispone que el proyecto de contrato colectivo debe ser presentado con una anticipación de 40 a 45 días previos al término de vigencia del contrato o convenio colectivo.*

*De esta forma se puede inferir que la oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo deberá ser precisamente el día 30 contado desde la certificación de ejecutoria de la sentencia. "*

*Es decir, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado, sino que, se encuentra en suspenso por disposición legal, forzoso resulta concluir que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, igualmente se difiere, iniciándose en la forma que determine el tribunal, o bien considerando la prórroga del contrato colectivo anterior hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia.*

*Ahora bien, por otra parte, es del caso agregar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, se encuentra concebido en virtud de la negociación colectiva, para garantizar el normal desarrollo de esta, por lo que no se explica de qué manera podría estar vigente éste si la negociación colectiva aún no se ha iniciado por disposición legal.*

*A modo ejemplar, es del caso considerar la situación establecida en el inciso 1° del artículo 369 del Código del Trabajo, en que se establece la prórroga del contrato colectivo anterior con la finalidad de continuar las negociaciones tendientes a obtener un acuerdo entre las partes, en otros términos, se prórroga la vigencia del contrato colectivo anterior con el objeto de seguir negociando, por lo tanto, en dicha situación el fuero de que gozan los dependientes involucrados en un proceso de negociación colectiva se mantiene durante la prórroga del contrato colectivo anterior, atendido que las partes, deben seguir negociando los términos del contrato. No obstante, en el escenario establecido en el inciso 2° del artículo 507 del Código del Trabajo, las partes, organización sindical y empresa, no se encuentran negociando, sino que a la espera, en tanto se tramita y resuelve la acción judicial por parte del tribunal.*

*En consecuencia, en la situación que se examina no corresponde jurídicamente afirmar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo se encuentra vigente, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado.*

*Sin perjuicio de lo anterior, es menester indicar, que los trabajadores que han iniciado una acción judicial, en que se persigue la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, no se encuentran desprotegidos, si sufren represalias o son objeto de prácticas antisindicales por dicha causa, pueden denunciar los hechos vulneratorios al tribunal competente, acciones que se enmarcarán necesariamente en la esfera del Procedimiento de Tutela Laboral establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 1.232, de 13.03.2015:**

*Al respecto debe tenerse presente que el artículo 216 del Código del Trabajo, en sus literales a) y b) prescribe:*

*"Las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que afilien. Podrán, entre otras, constituirse las siguientes:*

- a) Sindicato de empresa: es aquel que afilia a trabajadores de una misma empresa;*
- b) Sindicato Interempresa: es aquel que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos.*

*De la norma legal antes transcrita se infiere primeramente que nuestra legislación reconoce la existencia de organizaciones sindicales distintas a las aludidas en forma expresa en la mencionada disposición, lo cual demuestra que la enumeración allí contenida no es de carácter taxativa.*

*De la mencionada norma se infiere igualmente, que entre las organizaciones de trabajadores que la misma define, se encuentran los sindicatos de empresa e interempresa, estableciéndose que el primero es aquel que está conformado exclusivamente por dependientes de una determinada empresa, lo que significa que*

*la base de un sindicato de esa naturaleza la constituye aquella a la cual pertenecen los trabajadores a él afiliados.*

*Se infiere, asimismo, que la ley ha calificado como sindicato interempresa a aquel que afilia a trabajadores de dos o más empleadores distintos.*

*Precisado lo anterior, cabe señalar que de los antecedentes aportados y tenidos a la vista aparece que el sindicato recurrente, no reviste la naturaleza jurídica de un sindicato de empresa ni interempresa en los términos establecidos en los literales a) y b) precedentes, sino que se trata de una entidad distinta a éstos que afilia, entre otros, a trabajadores de las empresas que integran el grupo económico ..... habiéndose conformado como sindicato de grupo con fecha 3 de marzo de 2011, a través de una reforma de los estatutos de la organización primitiva, esto es, Sindicato de Trabajadores de ..... Ltda.*

*En el acápite final del artículo 1° de dicho cuerpo estatutario, se establece “ A contar de esta fecha y amparados en la libertad sindical, cuyos principios se encuentran contenidos en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los trabajadores pertenecientes a esta organización determinarán soberana y libremente el carácter de la organización, cuyo mandato corresponderá cumplir de manera fiel a los directores elegidos en conformidad con las normas de este estatuto.”*

*Por su parte, el artículo 29 del señalado estatuto, en su inciso 1°, dispone:*

*“Podrán pertenecer a este sindicato los trabajadores que libre y soberanamente manifiesten su voluntad de asociación y que se encuentren laborando para la unidad económica denominada Grupo de Empresas ..... Asimismo, los trabajadores pertenecientes a instituciones contratadas o subcontratadas por el Grupo de Empresas ....., que presten servicios directa o indirectamente al Grupo de Empresas ....., también podrán formar parte con todos los derechos en la organización.*

*De las normas estatutarias antes indicadas, aparece que a la organización sindical que nos ocupa pueden pertenecer no solo los trabajadores que laboren en cualquiera de las empresas que componen el grupo económico ....., sino también, en empresas contratistas o subcontratistas que presten servicios directa o indirectamente para aquellas.*

*Aclarado lo anterior, es necesario señalar que la resolución de la interrogante relativa a la forma en que dicha organización puede ejercer el derecho a negociar colectivamente, obliga a recurrir primeramente a las normas contempladas en los artículos 303, párrafo final y 315 inciso 2° del Código del Trabajo, la primera de las cuales prescribe: “La negociación colectiva que afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes.”*

*A su vez, el segundo de los citados preceptos legales, inserto en el Título II, Capítulo I del Libro IV del Código del Trabajo, dispone: “Todo sindicato de empresa o de un establecimiento de ella, podrá presentar un proyecto de contrato colectivo.”*

*De las disposiciones legales transcritas se desprende que a diferencia de la negociación colectiva que se realiza en el ámbito de la empresa, que tiene un carácter vinculante u obligatorio para el empleador, la negociación colectiva que afecte a más de una empresa, esto es, la comúnmente denominada negociación colectiva interempresa o supraempresa, requiere siempre el acuerdo previo de las partes.*

*De igual normativa fluye que todo sindicato de empresa o de un establecimiento de la misma, entre otros actores, está facultado para participar en una negociación colectiva reglada, vale decir, sujeta a todas y cada una de las normas de carácter procesal establecidas en el Libro IV del Código del Trabajo y da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones previstas en dicho cuerpo legal, resolviéndose a través de un contrato colectivo o un fallo arbitral.*

*Ahora bien, como ya se expresara, el sindicato recurrente tiene una naturaleza distinta a la de un sindicato de empresa o de establecimiento, circunstancia que a la luz de las consideraciones formuladas en párrafos*

*que anteceden, permiten sostener que no está facultado para participar en una negociación colectiva reglada tendiente a celebrar un contrato colectivo de trabajo, pudiendo no obstante, en su condición de organización sindical, ejercer su derecho a negociar colectivamente en los términos del artículo 314, inciso 1°, del Código del Trabajo, el cual establece:*

*"Sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado".*

*Del citado precepto legal, que consagra el sistema de negociación colectiva no reglada, se infiere que tal modalidad consiste en aquella negociación directa que, en cualquier momento, se celebra entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales en representación de los trabajadores afiliados a la misma, que no da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones del procedimiento reglado, concluyendo con la suscripción de un convenio colectivo. Esto implica que no existe una vinculación entre las partes de pleno derecho como ocurre con la negociación de empresa en que el empleador, por regla general, se encuentra obligado a negociar colectivamente con sus trabajadores.*

*En relación con lo anterior cabe consignar que de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, se encuentra actualmente vigente el convenio colectivo de trabajo celebrado por las partes, a la luz del artículo 314 del Código del Trabajo, instrumento que vence el 30 de abril del año en curso.*

*Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde dar respuesta a las consultas específicas planteadas en la presentación que nos ocupa.*

*1.- En cuanto, a la primera, la cual dice relación con la procedencia jurídica de dejar pasar la fecha de vencimiento del convenio colectivo vigente, para adherirse posteriormente a la negociación del Sindicato de Empresa ..... Ltda. Establecimiento Copiapó, cabe tener presente que el artículo 323 del Código del Trabajo, prescribe:*

*"Los sindicatos podrán admitir, por acuerdo de su directiva, que trabajadores no afiliados adhieran a la presentación del proyecto de contrato colectivo que realice la respectiva organización.*

*La adhesión del trabajador al proyecto de contrato colectivo lo habilitará para ejercer todos los derechos y lo sujetará a todas las obligaciones que la ley reconoce a los socios del sindicato, dentro del procedimiento de negociación colectiva."*

*De la norma legal precitada aparece, en primer término, que la figura de la adhesión que en la misma se consigna, solo opera tratándose de proyectos presentados por un sindicato. De la misma norma fluye igualmente, que la adhesión se encuentra referida a trabajadores no afiliados a la organización sindical que negocia, quienes deben manifestar individualmente su opción en tal sentido y que la admisión de tales trabajadores en calidad de adherentes, debe ser acordada por la respectiva directiva sindical, en cuyo caso los involucrados tendrán todos los derechos y estarán afectos a todas las obligaciones que la ley reconoce a los afiliados al sindicato, dentro del respectivo proceso.*

*Sin perjuicio de lo anterior, debe manifestarse que ello no resulta obligatorio para el empleador, lo cual implica que éste podrá aceptar la inclusión de trabajadores adherentes o negarse a ello, en la oportunidad procesal correspondiente.*

*Al respecto, cabe hacer presente que la doctrina institucional contenida, entre otros, en dictamen N° 2919/165, de 04.09.02, ha establecido que el empleador se encuentra facultado, en el trámite de respuesta, para observar la nómina de trabajadores acompañada al proyecto de contrato colectivo y rechazar, indistintamente, a dependientes afiliados a la organización respectiva o adherentes, si éstos, a su juicio, se encuentran impedidos de negociar colectivamente, concluyendo que "la sola circunstancia de ser trabajador adherente al proceso de negociación, no es razón suficiente para ser rechazado por el empleador."*

*No obstante lo señalado, la doctrina precitada hace presente que, “en definitiva, las eventuales observaciones del empleador y las objeciones de legalidad que, a su vez, presente la comisión negociadora laboral, en contra de la respuesta del empleador, deberá ser resuelta por la Inspección del Trabajo en donde se encuentre radicado el proceso de negociación.”*

*Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina institucional que se contiene, entre otros, Dictamen N° 8385/167 de 14.11.88, ha precisado que “los sindicatos, como tales, no son parte de un proceso de negociación colectiva, sino que su actuación se limita a funciones de representación de los trabajadores involucrados, en quienes se radica en definitiva, la calidad de parte, concluyendo “que dicha representación queda circunscrita a los socios de la respectiva organización, razón por la cual no cabe estimar jurídicamente procedente que los afiliados a un sindicato otorguen poder a otra organización distinta de aquella a la cual se encuentra afiliado”.*

*Cabe agregar en relación a la materia, que sobre dicha base, la jurisprudencia administrativa contenida en Ordinarios N°s 2033 y 4336, de 01.06.2007 y 22.10.2007, respectivamente, ha resuelto que un socio de un sindicato sólo podría ser representado por la organización a la cual se encuentra afiliado al momento de negociar, “sin que resulte jurídicamente procedente que dicho trabajador integre un grupo negociador conformado con arreglo a lo previsto por el artículo 314 bis o 315 del Código del Trabajo o que pueda adherirse a un proyecto de contrato colectivo presentado por una organización sindical distinta a la que se encuentra afiliado”.*

*De consiguiente, aplicando la citada doctrina al caso en consulta, preciso es convenir que no resultaría jurídicamente procedente que los socios de la organización sindical recurrente participen como adherentes en la futura negociación que efectuó el Sindicato de Empresa ..... Ltda.- Establecimiento Copiapó.*

*2.- En relación a la consulta signada con este número, es necesario reiterar que la naturaleza jurídica de la entidad sindical recurrente le impide participar en una negociación reglada tendiente a suscribir un contrato colectivo de trabajo, atendido que tal facultad asiste, entre otras organizaciones, solo a los sindicatos de empresa y de establecimiento, condición que, como ya se analizara, no reviste dicha entidad.*

*En tales circunstancias, no cabe sino concluir que no resulta jurídicamente procedente que ese sindicato negocie colectivamente a través de una negociación reglada, en forma paralela al sindicato de establecimiento de Copiapó, considerando para ello la fecha de vencimiento del instrumento colectivo celebrado por esta última organización, vale decir, 1° de Diciembre de 2015.*

*3.- En cuanto a la tercera consulta planteada, esto es, se le indique el procedimiento a través del cual esa organización sindical podría ejercer su derecho a negociar colectivamente, en el evento de no ser factibles las alternativas señaladas en los numerales 1) y 2) precedentes, no cabe sino reiterar la información ya proporcionada, en orden a que en su calidad de organización sindical, puede ejercer tal derecho en los términos del artículo 314, inciso 1°, del Código del Trabajo, antes transcrito y comentado.*

*En relación con lo expuesto, y en cuanto a la oportunidad en que correspondería negociar en la especie, cabe señalar que de acuerdo a la doctrina vigente, contenida, entre otros en dictamen N° 4966/333, de 27.11.2000, cuya copia se adjunta, ha establecido que en aquellas empresas afectas a un instrumento colectivo, “entendiéndose por tal, contrato colectivo, fallo arbitral o convenio colectivo, la presentación de nuevos proyectos debe realizarse necesariamente en el plazo de seis días, comprendido entre los cuarenta y cinco y cuarenta días anteriores a la fecha del vencimiento de dicho instrumento”.*

*4.- Finalmente, en cuanto a la última consulta formulada, referida al procedimiento a seguir para que se declare que las empresas que conforman el grupo Depetris constituyen un solo empleador, cabe señalar que mediante dictamen N° 3406/054, de 03.09.2014, este Servicio fijó el sentido y alcance del artículo 3°, incisos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°, y artículo 507, del Código del Trabajo, modificados por la Ley N° 20.760 de 09.07.2014, que establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos.*

*Al respecto cabe señalar que conforme a la nueva normativa corresponderá efectuar tal declaración al respectivo juez del trabajo, quien resolverá, previo informe de esta Dirección, pudiendo requerir además informes de otros órganos de la Administración del Estado.*

*De acuerdo a lo consignado en el pronunciamiento jurídico ya mencionado, la acción que deriva de la aplicación del inciso 4° del artículo 3°, del Código del Trabajo, puede ser ejercida por cualquier organización sindical de la o las empresas que se estime constituyen con otras un solo empleador, como también por uno o más de sus trabajadores.*

*En cuanto a la oportunidad para ejercer dichas acciones el aludido pronunciamiento establece: "Las acciones destinadas a obtener la declaración de empleador único, se pueden interponer en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV del Código del Trabajo.*

*Asimismo, conforme a lo señalado en el inciso final del artículo 507 del Código del Trabajo, la acción puede ser ejercida mientras perduren las circunstancias que al tenor de lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 3 del mismo código, facultan al Tribunal para declarar que dos o más empresas revisten el carácter de un solo empleador."*

*Cabe precisar que las circunstancias a que alude dicho precepto están referidas a que las respectivas empresas tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común.*

**Ordinario N° 2340, de 02.05.2016:**

*Al respecto, cabe señalar en primer lugar que el artículo 507 del Código del Trabajo, referente a la acción judicial de declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, en su inciso segundo, prescribe:*

*"Estas acciones podrán interponerse en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código; si el procedimiento judicial iniciado sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras se resuelve, entendiéndose para todos los efectos legales prorrogada la vigencia del instrumento colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, día en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley".*

*De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que la acción judicial tendiente a solicitar la declaración de empleador único para efectos laborales y previsionales, prevista en el artículo tercero del Código del Trabajo, podrá interponerse en cualquier oportunidad, salvo durante el período de negociación colectiva, regulado en el Capítulo I del Título II del Libro IV del Código del Trabajo, en cuyo caso, si la tramitación del juicio sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, se contempla entre sus efectos, la suspensión de los plazos y efectos de la negociación colectiva y la extensión de la vigencia del contrato colectivo vigente.*

*Ahora bien, en cuanto a los efectos que genera la referida suspensión, esta Dirección del Trabajo mediante dictamen N° 6449/075 de 10.12.2015, ha concluido que "los efectos que generan las acciones judiciales operarían respecto de los trabajadores que se encontraren contenidos en la respectiva acción judicial".*

*Conclusión, que se funda, entre otras consideraciones, en la historia fidedigna de la ley, al inferirse de la intervención de la Ministra del Trabajo y Previsión Social en la sesión de la sala del Senado de 03.06.2014, que la prórroga del contrato colectivo, operaría respecto de aquellos trabajadores que se encontraren contenidos en dicho instrumento y que hubieran interpuesto la acción judicial respectiva.*

*De suerte que, al suspenderse los efectos y plazos del proceso de negociación colectiva, el instrumento colectivo al cual se encuentran afectos los trabajadores parte de la acción judicial interpuesta, ha quedado prorrogado hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia.*

*Luego, el artículo 307 del Código del Trabajo, dispone:*

*“Ningún trabajador podrá estar afecto a más de un contrato colectivo de trabajo celebrado con el mismo empleador de conformidad a las normas de este Código”.*

*De la lectura de la norma legal precedentemente transcrita, se infiere que, en el caso de regir en la empresa varios contratos colectivos, un trabajador no podrá estar sujeto a más de un instrumento simultáneamente.*

*Del precepto en comento se desprende, además, que su finalidad ha sido evitar de manera imperativa la existencia de nuevas negociaciones entre las partes durante la vigencia del instrumento colectivo celebrado por ellas, sin perjuicio de las modificaciones que podrían, de común acuerdo, introducirse a sus cláusulas, dentro de los marcos legales vigentes.*

*No obstante lo anterior, el artículo 328 del mismo cuerpo normativo, en su inciso segundo, establece:*

*“El trabajador que tenga un contrato colectivo vigente no podrá participar en otras negociaciones colectivas, en fechas anteriores a las del vencimiento de su contrato, salvo acuerdo con el empleador. Se entenderá que hay acuerdo del empleador si no rechaza la inclusión del trabajador en la respuesta que dé al proyecto de contrato colectivo, siempre que en éste se haya mencionado expresamente dicha circunstancia”.*

*Del tenor del precepto legal antes transcrito, se infiere que con anterioridad a la fecha de vencimiento de un contrato colectivo los trabajadores afectos a él se encuentran inhabilitados para participar en otros procesos de negociación colectiva, salvo que exista acuerdo con el empleador, caso en el cual, por excepción, la ley permite celebrar un nuevo contrato colectivo a aquellos dependientes regidos por uno que aún se encuentra vigente.*

*De la misma norma, se infiere, además, que el propio legislador se ha encargado de precisar, mediante una presunción, que existe tal acuerdo cuando el empleador no rechaza la inclusión del trabajador en la respuesta que dé al proyecto de contrato colectivo, siempre que en dicho proyecto se haya mencionado en forma expresa la circunstancia de que éste se encuentra actualmente afecto a un instrumento colectivo de trabajo.*

*Sin embargo, si iniciado el proceso de negociación colectiva, un trabajador decide descolgarse de éste, el legislador expresamente ha establecido una norma destinada a favorecer al ente colectivo, impidiendo al trabajador descolgarse del proceso en el que se encuentra involucrado. En efecto, el artículo 328 del Código del Trabajo, en su inciso primero, dispone:*

*“Una vez presentado el proyecto de contrato colectivo, el trabajador deberá permanecer afecto a la negociación durante todo el proceso, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 381, 382 y 383”.*

*De suerte que, si bien, conforme al principio de libertad sindical, consagrado en el artículo 19 N° 19 de nuestra carta fundamental y Convenios N° 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, un trabajador puede, en cualquier oportunidad, incluso durante el curso de una negociación colectiva, hacer uso de su derecho a afiliarse o desafiliarse de una organización sindical, en dicho caso, estará obligado a permanecer en la negociación colectiva en la cual se encuentra involucrado hasta el término de ésta.*

*En consecuencia, sobre la base de lo señalado, cumpla con informar a Ud. que encontrándose vigente el contrato colectivo, los trabajadores afectos a él se encuentran inhabilitados para participar en otros procesos de negociación colectiva, salvo que exista acuerdo con el empleador, en cuyo caso, por excepción, la ley permite celebrar un nuevo contrato colectivo a aquellos dependientes regidos por uno que aún se encuentre vigente. Ahora, si iniciado el proceso de negociación colectiva, un trabajador decide descolgarse de éste, el*

*legislador expresamente ha establecido una norma destinada a favorecer al ente colectivo, impidiendo al trabajador descolgarse del proceso en el que se encuentra involucrado.*

*Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, atendido que la situación descrita en la presentación que nos ocupa podría ser constitutiva de una práctica antisindical, se han remitido los antecedentes pertinentes a la unidad de Defensa de Derechos Fundamentales, dependiente de la Dirección Nacional del Trabajo, a fin de analizar los hechos descritos y, de estimarse procedente, instruir que se realice la investigación por vulneración de derecho fundamentales respectiva.*

**Ordinario N° 1965, de 10.05.2017**

*Hechas tales precisiones, corresponde entrar al análisis de la situación objeto de la consulta planteada en la especie. Al respecto, cabe tener presente que de los antecedentes aportados por las partes y de los recabados por esta Dirección de la página web del Poder Judicial, consta que en la audiencia de juicio celebrada el 29 de marzo de 2017, en la causa RIT 0-1-2017, seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, por demanda de declaración de unidad económica interpuesta por el Sindicato Base ..... S.A. en contra de la empresa ..... S.A., las partes decidieron poner término al juicio mediante la celebración de una conciliación, en los siguientes términos:*

- 1. Que las partes se encuentran de acuerdo en que las sociedades ..... S.A., ..... S.A., e ..... S.A., todas representadas legalmente por ....., en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° inciso 4 del Código del Trabajo, todas estas empresas deben considerarse como un único empleador para efecto laborales y previsionales, por tener una dirección laboral común, similitud o necesaria complementariedad de los servicios que prestan y unidad de administración, autorizando a los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador, a constituir uno o más sindicatos que los agrupen y a negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador.*
- 2. Que las partes reconocen que no ha existido subterfugio laboral y por ende, no corresponde la aplicación de multas.*
- 3. Las partes renuncian a los términos o recursos legales, solicitando al Tribunal que se certifique la ejecutoria de la presente conciliación.*
- 4. Cada parte pagará sus costas.*
- 5. Las partes solicitan al Tribunal la aprobación de la presente conciliación y copia autorizada.*

*El Tribunal resuelve: téngase por aprobada la presente conciliación, en todo aquello que fuere procedente conforme a derecho regístrese y archívese en su oportunidad. Dese copia a la parte que lo solicite, a su costa.*

*Téngase a las partes por notificadas de las resoluciones precedentemente dictadas.*

*Es así que las partes de que se trata decidieron poner término, en la instancia de audiencia de juicio fijada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, a la controversia planteada por el sindicato demandante, mediante el acta de conciliación antes transcrita y aprobada por el referido tribunal. En lo sustancial, a través de dicha transacción, las partes declaran reconocer que las tres sociedades allí individualizadas deben considerarse como un único empleador para efectos laborales y previsionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° inciso cuarto del Código del Trabajo, manifestando, además, en lo que interesa, que tal acuerdo implica que los trabajadores pueden negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un solo empleador.*

*En estas circunstancias, si se aplica la normativa legal y jurisprudencia administrativa analizadas en párrafos precedentes a la situación objeto de la consulta, debe necesariamente concluirse que para los efectos de darse inicio a un proceso de negociación colectiva, por el Sindicato ..... S.A., la presentación del respectivo proyecto debió haberse efectuado el día 28 de abril último, por corresponder al día 30 contado*

*desde la fecha de certificación de ejecutoria de la sentencia o, como en la especie, desde la celebración de la conciliación que puso término al juicio en referencia; ello en virtud de lo previsto en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, que otorga el carácter de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales a la conciliación celebrada en los términos dispuestos en el mismo precepto.*

*Lo anterior por tratarse del límite que al efecto establece el artículo 507 inciso segundo del Código del Trabajo, teniendo presente que, en la especie, el juez respectivo no ejerció la facultad que le otorga la citada disposición legal, en cuanto establece que la reanudación de la negociación colectiva se llevará a cabo «...en la forma que determine el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley».*

## UNIDAD 4

### LA ESCRITURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

#### SANCIONES PARA EL EMPLEADOR ANTE LA FALTA DE ESCRITURACIÓN

##### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1124/0029, de 27.03.2003:*

*"La obligación de escriturar el contrato de trabajo, dentro de los plazos legales que establece el artículo 9° del Código del Trabajo, supone necesariamente la obligación de extender un ejemplar en idioma español, o acompañar la respectiva traducción aceptada por las partes o aquella realizada por perito designado para tal efecto."*

*Ordinario N° 1712/0142, de 02.05.2000:*

*"La multa a beneficio fiscal que se contempla en el inciso 2° del artículo 9 del Código del Trabajo, debe aplicarse por cada trabajador respecto del cual un empleador no haga constar por escrito su contrato de trabajo en los plazos que dicho precepto consigna".*

*Ordinario N° 0005/003, de 05.01.1999:*

*"Pese a la eventual falta de escrituración de un contrato de trabajo, este igualmente existe y produce sus efectos, y dicha omisión sólo trae como consecuencia, para el empleador, la aplicación de una sanción pecuniaria a beneficio fiscal y, además, produce el efecto de invertir el peso de la prueba, es decir, hace presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador, según lo dispone el inciso 4° del citado artículo 9° del Código del Trabajo".*

*Ordinario N° 3871/0196, de 22.06.1995:*

*"El contrato individual de trabajo es consensual, esto, se perfecciona por el mero consentimiento o acuerdo de voluntad de las partes contratantes, con prescindencia de otras exigencias formales o materiales para la validez del mismo.*

*Sin embargo, cabe expresar que no obstante su carácter consensual, el contrato de trabajo debe constar por escrito y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante, formalidad esta que el legislador ha exigido como requisito de prueba y no como requisito de existencia o validez del mismo.*

## OBLIGACIÓN DE MANTENER COPIA EN LOS LUGARES DE TRABAJO.

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 0851/008, de 15.02.2011:*

*La solicitud de autorización de centralización de la documentación laboral y previsional que el artículo 9º, inciso 6º, del Código del Trabajo permite efectuar a la Dirección del Trabajo, excluidos los registros de asistencia, otorga la opción al empleador de solicitar que dicha documentación sea llevada en copias digitalizadas, sin que esto implique una condición o un requisito para poder conceder la autorización de centralización.*

## REGISTRO DE CONTRATOS DE TRABAJO Y TÉRMINOS DE CONTRATOS EN EL SITIO ELECTRÓNICO DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1074, de 01.08.2023:*

*1) Los contratos de trabajo vigentes y suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley N° 21.327, publicada en el Diario Oficial el día 30.04.2021, debían registrarse dentro del plazo de un año, esto es, hasta el 30.04.2022, para efectos de cumplir oportunamente la obligación establecida en el artículo 9 bis del Código del Trabajo.*

*2) Sin perjuicio de lo expuesto en el numeral precedente, en virtud de la obligación contenida en el artículo 9 bis del Código del Trabajo y el artículo 3° N° 1) del Decreto N° 14, de 2023, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, los empleadores se encuentran obligados a registrar los contratos de trabajo vigentes en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, por lo que deberán dar cumplimiento a esta obligación respecto de aquellos contratos suscritos con anterioridad al 30.04.2021 que se mantengan en vigor, aun cuando este cumplimiento no será oportuno según las disposiciones transitorias analizadas en este ordinario.*

## CLÁUSULAS MÍNIMAS U OBLIGATORIAS DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1130, de 11.08.2023*

*1.- Los contratos de trabajo tienen la característica de ser consensuales al perfeccionarse por consentimiento de las partes, conforme lo dispone el inciso 1° del artículo 9 del Código del Trabajo.*

*2.- Las funciones específicas propias del trabajo que acordaron las partes en su contrato de trabajo, son las de Vendedor/Reponedor o de Cajero, mientras que, la actividad de Anfitrión no aparece acordada por las partes de manera alternativa ni complementaria a dicha función principal.*

*3.- La adopción por parte del empleador de un nuevo protocolo de atención al cliente, que se traduce, por ejemplo, en la implementación de nuevas funciones de Anfitrión para Vendedores/Reponedores y Cajeros, resulta improcedente si afecta a los trabajadores tanto en la organización diaria de su trabajo y su descanso, el contenido de sus contratos laborales, o si transgrede el orden público laboral vigente.*

*Ordinario N° 1126, de 14.08.2023*

*No se ajusta a derecho el cargo denominado "Asesor de compras", al no otorgar un mínimo de certeza a los trabajadores acerca de las labores a realizar.*

**Ordinario N° 934, de 10.07.2023**

*No resultan ajustadas a derecho las funciones adicionales incluidas bajo el cargo de "asesor de compras" estipuladas en los contrato de trabajo, al ser ambiguas y no existir certeza que garantice a los trabajadores las funciones a realizar. Lo anterior, al tenor de lo concluido en el informe de fiscalización señalado en el cuerpo del presente informe así como lo establecido en la jurisprudencia administrativa citada.*

**Ordinario N° 2702/066, de 10.07.2003:**

*"Debe entenderse por "funciones específicas" aquellas que son propias del trabajo para el cual fue contratado el dependiente y que las caracteriza y distingue de otras labores; por funciones alternativas dos o más funciones específicamente convenidas, las cuales pueden realizarse unas luego otras, repitiéndose sucesivamente, y por funciones complementarias aquellas que estando expresamente convenidas, sirven para complementar o perfeccionar la o las funciones específicamente encomendadas".*

**Ordinario N° 2298/053, de 29.05.2017**

*Así entonces, se advierte que esta cláusula del contrato de trabajo, se limita a señalar la denominación del cargo, para luego pasar a describir en forma amplia el proceso de comercialización, omitiendo en todo caso, la indicación específica de la o las funciones a que se obliga el dependiente.*

*En efecto, resulta contrario a la lógica y al sentido jurídico estimar que la extensa enumeración de las obligaciones que se describen, corresponda a una enumeración de funciones concretos que exige el legislador laboral.*

*Entre las obligaciones que se describen, a modo de ejemplo, se señala el uso permanente de credencial, o bien, la mantención de reserva de las operaciones de que tome conocimiento, conductas que no se aproximan a la descripción de los servicios para los que ha sido contratado el dependiente.*

*De tal forma, resulta posible concluir que la cláusula en análisis no cumple los objetivos del legislador, consistentes en que el dependiente conozca con certeza él o los servicios que deberá prestar, en términos de evitar que en este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador, como ocurre en la especie, mediante la descripción inespecífica de un proceso.*

*Por lo tanto, la cláusula del contrato de trabajo en los términos en que se ha tenido a la vista, antes descrita y comentada, contraviene la normativa laboral vigente, en cuanto en ella determina en forma clara y precisa la naturaleza de los servicios para los cuales ha sido contratado el dependiente.*

**Ordinario N° 47, de 06.01.2017.**

*De la norma antes transcrita es posible establecer que el legislador ha establecido dentro de las cláusulas esenciales del contrato de trabajo, aquellas destinadas a dar certeza al trabajador acerca de cuáles son las funciones y donde deberá desarrollarlas. Asimismo, permite que se puedan señalar dos o más funciones específicas, las cuales deben ser alternativas o complementarias.*

*Este Servicio ya se ha pronunciado respecto a la obligación de establecer específicamente las labores a realizar por el trabajador, tal como lo señala el legislador, por medio del dictamen N° 2790/133 de 05.05.1995 que dispone en su parte pertinente: "De acuerdo a la misma jurisprudencia, el legislador exige conocer con exactitud y sin lugar a dudas la labor o servicio que el dependiente se obliga a ejecutar para el respectivo empleador, sin que ello importe pormenorizar todas las tareas que involucran los servicios contratados, puesto que de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, todo contrato debe ejecutarse de buena fe y,*

*por consiguiente, obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen.*

*Al respecto, es preciso considerar que estas disposiciones obedecen a la intención del legislador de que el dependiente conozca con certeza el o los servicios que deberá prestar, en términos de evitar que en este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador."*

*Asimismo, también se ha establecido en doctrina de este Servicio, lo que se debe entender por funciones específicas, alternativas o complementarias, según el dictamen N° 2702/66 de 10.07.2003, el cual indica que: "Acorde a lo expuesto en párrafos que anteceden, es posible sostener que para los fines previstos en el artículo 10 N° 3, antes transcrito, por la expresión "funciones específicas" debe entenderse aquellas que son propias del trabajo para el cual fue contratado el dependiente y que las caracteriza y distingue de otras labores. Por su parte, por "funciones alternativas" deberá entenderse que son dos o más funciones específicas convenidas, las cuales pueden realizarse primero unas y luego otras, repitiéndolas sucesivamente. Finalmente, las "funciones complementarias" serán aquellas que estando expresamente convenidas sirven para completar o perfeccionar la o las funciones específicas encomendadas."*

*Tanto del análisis de los doctrina vigente precitada, como de las conclusiones de los informes de exposición de las fiscalizaciones realizadas, es posible determinar que respecto de los trabajadores contratados por la empresa en calidad de operarios de sala, a quienes se le pretende modificar el contrato de trabajo, no se cumple con las exigencias establecidas por el legislador, pues tanto de las funciones establecidas en el contrato, como de las efectivamente realizadas, no es posible definir cuáles son específicas, por cuanto ellos deben desarrollar una multiplicidad de labores, que impide determinar cuál es su labor con precisión.*

*Tampoco la multiplicidad de funciones pactada, cumple con el concepto de ser alternativas o complementarias, dado que las labores establecidas en el contrato son tan variadas, que no es posible precisar cuáles serían las alternativas y cuales las complementarias, a modo ejemplar, no podemos decir que las labores de aseo y mantención son complementarias a las de hornear, trozar, moler, todo tipo de perecibles.*

*Si bien es cierto, el reglamento interno de la empresa define el cargo de operador de sala, esta descripción es muy amplia, pudiendo abarcar el sinnúmero de labores que se pueden llevar a cabo en una sala de ventas, como las de un supermercado.*

*Igualmente quedó constatado que los trabajadores son informados de la labor que deben realizar cada día por el Supervisor o Administrador del establecimiento, lo que supone, por un lado, la falta de certeza para los trabajadores en relación a su carga de trabajo diaria, así como un ejercicio arbitrario del empleador que puede utilizar al operador de sala, como reemplazo de cualquier función.*

*De acuerdo a lo señalado en párrafos precedentes, no se ajusta a derecho una cláusula contractual que no especifica funciones, sino que describe una multitud de labores, que no se condice con la intención del legislador, al momento de incorporar la polifuncionalidad en los contratos de trabajo, de acuerdo a lo establecido en el cuerpo del presente informe.*

**Ordinario N° 560, de 01.02.2017.**

1. *La cláusula que determina la función de conducción que ha sido incorporada en algunos contratos de trabajo, en los términos expuestos, corresponde a una función complementaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 N° 3 del Código del Trabajo y el Dictamen N° 2702/66 de 10.07.2003.*

*Sin embargo, dicha cláusula no se ajusta a derecho por cuanto, a pesar de establecer dos funciones, electricista y conducción; esta última no se expresa en términos tales que permita otorgar certeza al trabajador acerca de la forma, oportunidad, condiciones y/o circunstancias en que deberá desarrollarla.*

2. *Respecto a la consulta de si los trabajadores contratados con anterioridad al nuevo formato de contrato utilizado por empresa, pueden negarse al cumplimiento de esta función, por no estar determinada en sus contratos o en el Reglamento Interno, es posible afirmar que la función de conducción se encuentra igualmente incorporada al contrato, a pesar de no constar expresamente en aquel suscrito por las partes, como en sus correspondientes anexos. Lo anterior, en virtud de que aquellos trabajadores han realizado permanentemente la función de conductor en el tiempo, la cual entienden es parte de su trabajo, discrepando con el empleador sobre la forma en que se le da cumplimiento (como, por ejemplo, que, sólo uno de los dos trabajadores que conforman un equipo conduzca sin descanso, tanto de ida como de regreso al lugar al cual han sido enviados), la responsabilidad asociada a su ejecución (multas y accidentes de tránsito), la ausencia de medidas adoptadas por el empleador a fin de proteger eficazmente la vida (y salud de los trabajadores que la desarrollan protocolos de trabajo, mantenimiento de vehículos, información de riesgos, etc.) y la inexistencia de retribución por cumplir con dicha labor adicional a su función principal.*

*Por consiguiente, no es posible que aquellos trabajadores, que se encuentren en la situación objeto del presente análisis, no den cumplimiento a la función de conducción, que es complementaria a su función de electricista.*

*Sin perjuicio, el empleador en estas situaciones incurre en las infracciones a las disposiciones contenidas en los artículos 10 N° 3 y 154 N° 6 del Código del Trabajo, por no contener el contrato de trabajo las cláusulas básicas legales y no contener el Reglamento Interno un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa, respectivamente.*

*Ordinario N° 2298/053, de 29.05.2017*

*En lo que concierne a la determinación de los servicios, la reiterada y uniforme doctrina de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen N° 2855/161, de 30.08.2002, ha sostenido que debe ser entendida en el sentido de establecer o consignar en forma clara y precisa el trabajo específico para el cual ha sido contratado el dependiente.*

*De acuerdo a la misma jurisprudencia, el legislador exige conocer con exactitud y sin lugar a dudas la labor o servicio que el dependiente se obliga a ejecutar para el respectivo empleador, sin que ello importe pormenorizar todas las tareas que involucran los servicios contratados, puesto que, de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, todo contrato debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen.*

*Precisado lo anterior, cabe señalar que la norma en comento permite concluir que en el respectivo contrato de trabajo se acuerde la realización de dos o más funciones, siempre que éstas sean específicas, las que podrán ser alternativas o complementarias.*

*Así entonces, se advierte que esta cláusula del contrato de trabajo, se limita a señalar la denominación del cargo, para luego pasar a describir en forma amplia el proceso de comercialización, omitiendo en todo caso, la indicación específica de la o las funciones a que se obliga el dependiente.*

*En efecto, resulta contrario a la lógica y al sentido jurídico estimar que la extensa enumeración de las obligaciones que se describen, corresponda a una enumeración de funciones concretas que exige el legislador laboral.*

*Entre las obligaciones que se describen, a modo de ejemplo, se señala el uso permanente de credencial, o bien, la mantención de reserva de las operaciones de que tome conocimiento, conductas que no se aproximan a la descripción de los servicios para los que ha sido contratado el dependiente.*

*De tal forma, resulta posible concluir que la cláusula en análisis no cumple los objetivos del legislador, consistentes en que el dependiente conozca con certeza él o los servicios que deberá prestar, en términos*

*de evitar que en este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador, como ocurre en la especie, mediante la descripción inespecífica de un proceso.*

*Por lo tanto, la cláusula del contrato de trabajo en los términos en que se ha tenido a la vista, antes descrita y comentada, contraviene la normativa laboral vigente, en cuanto en ella determina en forma clara y precisa la naturaleza de los servicios para los cuales ha sido contratado el dependiente.*

**Ordinario N° 5902, de 13.11.2015:**

*La cláusula en virtud de la cual se establece que por la particularidad en la prestación de los servicios, el trabajador se hace acreedor de la estructura de rentas y beneficios asignados a la nueva instalación, no resultaría ajustada a derecho por atentar ello contra el principio de certeza de las remuneraciones.*

**Ordinario N° 4678/203, de 20.08.1996:**

*"La jurisprudencia administrativa de este servicio, interpretando el sentido y alcance de la disposición contenida actualmente en el artículo 55 del Código del Trabajo, entre otros, en dictamen N° 1351, de 13.03.86, que la expresión "mes" a que en el mismo alude no tiene por qué coincidir, necesariamente, con el mes calendario."*

*"El mismo pronunciamiento jurídico sostiene que para los efectos previstos en dicho precepto la expresión "mes" es aquella unidad de tiempo que dura un período continuo que se cuenta desde un día señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente, sin que sea necesario que se extienda del día primero al 28, 29, 30 ó 31, de suerte que resulta posible considerar como tal, también, a vía de ejemplo, el que va del día 20 de enero al 20 de febrero, o del 15 de enero al 15 de febrero, etc."*

**Ordinario N° 5618/298, de 22.09.1997:**

*"Se consideró también que la expresión "mes" a que alude el artículo 55 del Código del Trabajo ha sido definida por la jurisprudencia administrativa de esta Dirección como "aquella unidad de tiempo que dura un período continuo que se cuenta desde un día señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente, sin que sea necesario que se extienda del día primero al 28, 29, 30 ó 31". De acuerdo a la misma doctrina, la referida expresión "mes" no tiene por qué coincidir, necesariamente con el mes calendario, siendo posible considerar como tal, también, a vía de ejemplo, el período que va del día 20 de enero al 20 de febrero, o del 15 de enero al 15 de febrero, etc."*

**Ordinario N° 4678/020, de 20.08.1996:**

*"Resulta jurídicamente procedente establecer un sistema de pago de las remuneraciones por períodos de un mes, comprendiéndose en él 5 ó 6 días del mes anterior y 25 días del mes en el cual se verifica el pago de las mismas".*

**Ordinario N° 0802/070, de 01.03.2000:**

*"No procede, jurídicamente que los trabajadores pacten con su empleador que las remuneraciones devengadas sean pagadas en plazos superiores a los que estipula la ley".*

**Ordinario N° 6153/143, de 27.08.1990:**

*Cláusula de contrato de trabajo que estipula que las remuneraciones serían pagadas el primer viernes del siguiente mes a aquel en que se devengaron, no se encuentra ajustada a derecho por cuanto extiende el período de pago de las remuneraciones a lapsos superiores a un mes.*

*Con todo, esta Dirección del Trabajo carece de facultades para declarar la nulidad de una cláusula ilegal y, por ende, de atribuciones para impartir instrucciones tendientes a que la misma se suprima de un contrato*

*individual o colectivo de trabajo, como ha ocurrido en la especie, siendo de competencia de los Tribunales de Justicia la declaración de nulidad de esa cláusula, a través de sentencia judicial.*

*Sin perjuicio de lo anterior procede cursar a la referida Empresa, las sanciones administrativas que proceden por la inobservancia de las normas relativas a la periodicidad en el pago de las remuneraciones devengadas.*

**Ordinario N° 2869, de 10.06.2015.**

*En efecto, el artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo, establece:*

*El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:*

*4.- monto, forma y período de pago de la remuneración acordada.*

*Al respecto cabe hacer notar que no resulta posible compatibilizar la certeza de la remuneración a que se orienta el sentido de esta norma con el tenor de las cláusulas contractuales antes transcritas, las que simplemente omiten referirse a la forma en que se fijarán las metas mensuales a que alude, pese a hacer depender del cumplimiento de las mismas el pago de las remuneraciones de que da cuenta.*

*En este sentido, la reiterada y uniforme doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 1470/70, de 18.04.2001, ha sostenido que «...una de las finalidades del artículo 10 del Código del Trabajo es imprimirle certeza y seguridad jurídica a la relación laboral, de tal suerte que el trabajador debe conocer cabalmente los términos básicos de su contratación, esto es, a lo menos, la persona de su empleador, lugar de desempeño, naturaleza de sus funciones, remuneración y jornada de trabajo».*

*En estas circunstancias, es posible concluir que no se ajustan a derecho las cláusulas de los anexos de contrato individual pactadas por la empresa ..... S.A. y los trabajadores que se desempeñan como mercaderistas de productos de las empresas mandantes, .....S.A. y ..... Ltda., que contemplan el pago de incentivos vinculados al cumplimiento de metas en los locales respectivos —las que junto con no decir relación con los servicios de reposición de productos que corresponde ejecutar a dichos trabajadores, sino con su venta, son fijadas y modificadas mensualmente y en forma unilateral por el empleador—, por cuanto tales estipulaciones significan para el aludido personal incorporar incertidumbre en el pago de sus remuneraciones, transgrediendo de esta forma el precepto del artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 1974/127, de 04.05.1998:**

*“La disposición citada importa la obligación para las partes de señalar cuál será la extensión del tiempo en que el trabajador deberá prestar servicios subordinados y de qué modo se distribuirá semanalmente dicho tiempo, no existiendo excepción alguna al deber señalado”.*

**Ordinario N° 2785/058, de 27.07.2007:**

*“La cláusula que establece una franja horaria de ingreso al trabajo de sesenta minutos a elección del trabajador, se ajusta a derecho, siendo, a juicio de este Servicio, plenamente compatible con nuestra legislación laboral”*

**Ordinario N° 3380/0152, de 13.06.1994:**

*“Todo contrato debe obligatoriamente contener en una de sus cláusulas la duración y distribución de la jornada de trabajo, no existiendo en la ley excepción alguna a este respecto.*

*Aun cuando el personal de que se trata estuviere exceptuado del límite de la jornada ordinaria de trabajo establecido en la norma legal ya citada, las partes por mandato del legislador, contemplado en el artículo 10, N° 5, del Código del Trabajo, igualmente están obligados a estipular en el contrato de trabajo la distribución semanal de la jornada de trabajo, de suerte tal que estas son libres para efectuar dicha distribución de común*

*acuerdo, en la forma que estimen convenientes siempre que no se infrinjan las normas sobre descanso semanal establecidas en el artículo 35, inciso 1º, del Código del Trabajo, disposición legal que en armonía con los artículos 37 y 38 del mismo cuerpo legal permite establecer que ya sea que se trate o no de trabajadores exceptuados del descanso dominical, los mismos se encuentran obligados a hacer uso del descanso semanal el séptimo día de la semana, recayendo en día domingo o bien en un día compensatorio del domingo, según sea el caso".*

**Ordinario N° 2436, de 04.07.2014:**

*Del precepto legal precedentemente transcrito, se colige que el contrato de trabajo, entre otras menciones obligatorias, debe establecer la duración y distribución de la jornada que debe cumplir el dependiente, a menos que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turnos, en cuyo evento, se estará a lo dispuesto en el reglamento interno.*

*Ahora bien, de conformidad a lo sostenido por la jurisprudencia de este Servicio, la determinación de la jornada de trabajo implica establecer o consignar de forma clara y precisa la duración de la misma y los días en que ésta se va a distribuir.*

*En otros términos, el legislador exige conocer anticipadamente con exactitud, y sin lugar a dudas, la extensión del tiempo de trabajo y los días y horas en que se van a prestar los servicios a los que el dependiente se ha obligado, no existiendo excepción alguna al deber señalado.*

*Cabe hacer presente que la doctrina expuesta en los acápite que anteceden, se encuentra en armonía con la reiterada jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 3.913, de 02.09.2010 y 2.785, de 27.07.2007.*

*Asimismo, en relación con la materia, es posible señalar que la finalidad o intención del legislador al obligar a las partes a determinar en la convención individual la duración y distribución de la jornada de trabajo fue, conforme lo ha reiterado la doctrina de esta Dirección, la de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que, a través de esta exigencia, el dependiente conoce de manera clara, específica y anticipada, el tiempo de trabajo y los días y horas en que éste se debe cumplir.*

*Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que en el evento que en la empresa de que se trata existiera un sistema de trabajo por turnos, como sucede en la situación materia del presente informe, las horas en que empieza y termina el trabajo deben contemplarse en el reglamento interno. En efecto, el legislador ha permitido, en forma excepcional, en la parte final del N° 5 del artículo 10 precedentemente transcrito, que una cláusula mínima del contrato de trabajo, cual es la relativa a la duración y distribución de la jornada de trabajo, sea omitida en el supuesto que en la empresa exista un sistema de trabajo por turnos y que éstos se encuentren establecidos en el respectivo reglamento interno.*

*Así también lo dispone el N° 1 del artículo 154 del Código del Trabajo, que al efecto preceptúa:*

*"El reglamento interno deberá contener a lo menos, las siguientes disposiciones:*

*1º.- las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquél se efectúa por equipos".*

*No obstante, tal y como se señaló en el cuerpo del presente informe, la fiscalización especial realizada en terreno y la documentación tenida a la vista, permiten establecer que el sistema de asignación y distribución de los turnos, a través de los cuales se cumple la jornada de trabajo de los conductores de la reclamada, si bien se encuentra consignado en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad vigente en la empresa, no se acata en la práctica, lo que, a su vez, importa concluir que, en la especie, no se ha cumplido con la exigencia impuesta por el legislador en cuanto a determinar la jornada, lo cual se traduce, como ya se expresara, en establecer de manera clara y precisa la duración de la misma y los días en que ésta se va a distribuir. Ello, a fin de dotar a la respectiva relación jurídica de certeza y seguridad en lo relativo al tiempo de trabajo y a los días y horas en que éste se debe cumplir.*

*Por lo anterior, es dable deducir que en la especie, una de las partes de la relación laboral –la empleadora– en la práctica detenta unilateralmente la facultad de alterar la asignación o distribución de turnos informados mediante su propio sistema a los conductores lo cual, evidentemente, atenta contra el principio de la certeza que inspira el artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo, según el cual es propósito normativo que el dependiente conozca circunstanciadamente los días y horas en que deberá cumplir su obligación de prestar servicios.*

**Ordinario N° 4523, de 03.09.2015:**

*Ahora bien, en cuanto a los requisitos que debe reunir la cláusula en virtud de la cual las partes acuerden la jornada de trabajo, es preciso señalar que el artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo, establece:*

*"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:*

*5.- duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno".*

*De la norma legal citada, fluye que el contrato de trabajo, entre otras menciones obligatorias, debe establecer la duración y distribución de la jornada de trabajo que debe cumplir el dependiente, a menos que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, en cuyo evento, se estará a lo dispuesto en el reglamento interno.*

*Ahora bien, la determinación de la jornada de trabajo debe ser entendida, de conformidad a lo sostenido por la jurisprudencia de este Servicio, en orden a establecer o consignar de forma clara y precisa la duración de la misma y los días en que ésta se va a distribuir.*

*Asimismo, en relación con la materia, es necesario tener presente que la finalidad o intención del legislador al obligar a las partes a determinar en el contrato de trabajo la duración y distribución de la jornada de trabajo fue, conforme lo ha reiterado la doctrina de esta Institución, la de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que, a través de esta exigencia, el dependiente conoce de manera específica el tiempo de trabajo y los días y horas en que deberá prestar sus servicios.*

*Sin perjuicio de la conclusión anterior, cabe hacer presente que la jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 2377/116, de 12.04.95, ha sostenido que la obligación contemplada en el artículo 10 N° 5, antes transcrita, no le impone a las partes una rigidez excesiva que implique la exigencia de establecer una duración o distribución de la jornada no expuesta a movimiento o alteración, por cuanto, el imperativo legal se satisface con la certeza y no con la fijeza, de forma tal que, de conformidad con la interpretación administrativa vigente resultaría perfectamente ajustado a derecho que las partes estipularan la existencia de alternativas en la distribución de la jornada de trabajo, por cuanto, en tal caso, se cumpliría plenamente con la exigencia legal de que exista certeza sobre la materia; en tal evento resulta necesario además que las partes fijen un procedimiento destinado a informar, con la antelación debida, los cambios en la distribución de la jornada del dependiente de que se trate.*

**Ordinario N° 4443, de 23.08.2018**

*Efectuadas las precisiones anteriores, cabe manifestar que del análisis de la estipulación contractual en comento aparece que la jornada pactada y que se desarrolla en los turnos A, B y C se ajusta al límite máximo que previsto para la jornada ordinaria — 45 horas semanales—, como también, al límite diario de la misma —10 horas—, establecidos en el inciso 1° del artículo 22 y 28, inciso 2° del Código del Trabajo y que su distribución se efectúa en cinco y seis días, por lo cual, en tales aspectos dicha cláusula no merecería objeción.*

*No obstante ello, la aludida norma convencional no establece los días precisos en que se distribuirán los turnos pactados, los que como ya se viera, se limitan a señalar que se cumplirán en cinco y seis días, circunstancia que no permite determinar el régimen de descanso semanal a que están sujetos los respectivos*

*trabajadores, y origina una falta de certeza respecto a los días en que les corresponderá hacer uso de dicha prerrogativa.*

*Al respecto, es preciso señalar que la finalidad o intención del legislador al obligar a las partes a determinar en el contrato de trabajo la duración y distribución de la jornada de trabajo fue, conforme lo ha manifestado la doctrina reiterada y uniforme de esta Institución, la de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que a través de esta exigencia, el dependiente conoce de manera específica el tiempo de trabajo y los días y horas en que se debe cumplir.*

*De esta suerte, la circunstancia de que la cláusula en análisis no especifique los días en que se distribuirá la jornada de trabajo implica para el trabajador una condición de inseguridad jurídica y falta de certeza en cuanto a los días precisos en que le corresponderá prestar servicios y hacer uso de descanso, lo cual no se aviene con el propósito perseguido por el legislador al establecer como cláusula mínima y obligatoria del contrato de trabajo aquella relativa a la duración y distribución de la jornada laboral convenida.*

*Atendido lo anterior, preciso es concluir que la cláusula sobre jornada inserta en el contrato de trabajo acompañado, no se ajusta a derecho.*

**Ordinario N° 964/043, de 06.02.1996:**

*"No figura entre las menciones mínimas del contrato de trabajo, la individualización del día de descanso que corresponderá al dependiente, razón por la que no resulta obligatorio su inclusión en el contrato de trabajo".*

**Ordinario N° 1777/0117, de 21.04.1998:**

*"No se ajusta a derecho la cláusula que establece una jornada diaria flexible a determinación unilateral del empleador, en cuanto ello importa infringir la disposición imperativa del artículo 10, número 5, del Código del Trabajo, y además, se traduce en la renuncia a un derecho laboral del trabajador prohibido por la ley.*

*Se ajusta a derecho, a cláusula en que las partes establecen duración de jornadas diarias de extensión variable, ya que ello se efectúa en el contrato de trabajo, y no infringe el máximo legal de 10 horas diarias".*

## OTRAS CLÁUSULAS PERMITIDAS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 2496/068, de 07.06.2017**

- 1) *Resulta ajustado a derecho pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, incluso para regir más allá del tiempo de su duración, en la medida que respete la necesaria idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la obligación impuesta, lo que supone, a lo menos, que la confidencialidad recaiga en el conocimiento sobre materias cuya reserva proporcione una ventaja al empleador respecto de las empresas de la competencia y se utilicen medidas razonables para mantenerlas en tal condición, así como la exigencia que se trate de información de aquella que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible por personas vinculadas al ámbito en que normalmente se utiliza ese tipo de información, debiendo consignarse expresamente.*
- 2) *Resulta ajustado a derecho que el empleador, Sociedad Comercial y de Servicios MACAL Ltda., suscriba con sus trabajadores una cláusula que prohíba a sus trabajadores ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el contrato de trabajo o en sus respectivos anexos.*

## CLÁUSULAS PROHIBIDAS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1277/017, de 17.03.2006:*

*"El pacto en un contrato individual o colectivo de trabajo, relativo a anticipo de indemnización por años de servicio por las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y el desahucio, implican una trasgresión al artículo 163 del Código del Trabajo y 5° inciso 2°, del mismo cuerpo legal, susceptibles de ser sancionadas por la Dirección del Trabajo, de acuerdo a las facultades que le son propias"*

*Ordinario N° 2496/068, de 07.06.2017*

*No se ajusta a derecho la fijación en el anexo de contrato de trabajo una disposición que haga de cargo del trabajador la pérdida o el deterioro intencional de herramientas de trabajo proporcionadas por el empleador al trabajador o los elementos de protección personal que el empleador ha debido entregarle para su protección personal que el empleador ha debido entregarle para su protección personal para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.*

*Ordinario N° 4250, de 03.09.2019*

*La jurisprudencia de esta Dirección ha señalado, en el Ordinario N° 1.387 de 17.04.2019, que "constituyendo la cláusula relativa a remuneraciones una estipulación mínima y esencial del contrato individual de trabajo, la misma sólo puede ser modificada, suprimida o alterada por consentimiento mutuo de las partes contratantes".*

*Agrega el referido pronunciamiento que, "la doctrina institucional de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen N° 4084/43, de 18.10.2013, y Ordinario 5286, de 31.12.2014, ha establecido que no se ajustan a Derecho aquellas normas convencionales que impliquen dejar entregada al arbitrio y determinación del empleador, las condiciones de percepción de remuneraciones de carácter variable como las comisiones, en materia de metas, porcentajes u otros aspectos, por cuanto ello atentaría contra el principio de certeza aludido en párrafos que anteceden e implicarían una renuncia anticipada de derechos laborales por parte de los afectados".*

*Aplicando lo expuesto al caso particular, es posible señalar que la cláusula en análisis no se ajusta a derecho, por cuanto es el empleador quien, unilateralmente, determina la "carga" de trabajo que los dependientes deben cumplir en su integridad a fin de percibir el bono cumplimiento y eventualmente el bono producción, sin que conste que se haya pactado alguna modalidad para su cálculo. Con ello, la fijación de la meta queda, en la práctica, entregada a la discrecionalidad del empleador.*

*Ordinario N° 4386, de 11.09.2019*

- 1) *No se ajusta a derecho la cláusula sexta del anexo de contrato de trabajo que define el pago del bono "S. Tratos", incluyendo en el cálculo de dicho bono el monto que perciben los trabajadores por concepto de semana corrida, toda vez que se trata de remuneraciones que tienen objetos diversos.*
- 2) *No se ajusta a derecho la cláusula séptima del anexo de contrato de trabajo analizado, toda vez que excluye el bono "S. Tratos" de la base de cálculo de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 172 del Código de Trabajo, en circunstancias que ello dependerá de una situación fáctica, consistente en si el trabajador se encontraba percibiendo o no el bono "S. Tratos" al momento de poner término a su contrato de trabajo.*

*Ordinario N° 4348, de 10.09.2019*

*Se infiere de las normas legales transcritas, que nuestro ordenamiento jurídico laboral establece disposiciones imperativas aplicables al contrato de trabajo a plazo, que a su turno, limitan la autonomía de*

*las partes para fijar los contenidos del mismo, y en particular -materia en que incide la consulta- sobre la terminación y efectos del contrato de trabajo a plazo. Como lo ha destacado la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, "atendida la naturaleza de orden público que presenta el derecho laboral, circunstancia ésta que limita la autonomía de la voluntad de las partes, al establecer derechos mínimos elevados a la categoría de irrenunciables, irrenunciabilidad que nuestra legislación consagra en el inciso segundo del artículo 5º del Código del Trabajo" (Dictamen Nº 3278/175, de 07.10.2002).*

*Y es el caso, que la normativa legal transcrita prescribe literalmente que, "El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida", efecto este último, establecido por el legislador en beneficio directo del trabajador, que se diluye y extingue de estimarse válida la renovación automática acordada por las partes.*

*En estas condiciones, en la situación que se examina, debe prevalecer la norma legal por sobre el acuerdo alcanzado por las partes de la relación laboral.*

*En consecuencia, sobre la base de los preceptos jurídicos examinados, jurisprudencia administrativa y consideraciones hechas valer, cúmpleme manifestar que la cláusula de renovación automática incorporada a un contrato de trabajo a plazo, no se encuentra conforme a derecho.*

**Ordinario Nº 5342/031, de 15.11.2019:**

1. *La cláusula Nº 9 letra k) del contrato acompañado a la presentación, resultaría ajustada a derecho en la medida que junto con ella, exista en el reglamento interno de la empresa una adecuada regulación acerca del uso del correo electrónico de la empresa.*
2. *La cláusula Nº 12 del contrato de trabajo no resulta ajustada a derecho, por cuanto restringe la garantía constitucional de la libertad de trabajo.*
3. *La cláusula Nº 13 en virtud de la cual las partes establecen que los derechos de propiedad industrial pertenecen al empleador por haber sido obtenidos a partir del conocimiento adquirido por el trabajador al interior de la empresa y con los medios proporcionados por la misma, transgrede el principio de irrenunciabilidad de derechos dispuesto en el artículo 71 del D.F.L. Nº 3 de 2006, del Ministerio de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial.*

**Ordinario Nº 970, de 11.07.2023**

1. *No resulta jurídicamente procedente establecer un sistema de incentivo remuneracional que haga depender la obtención del beneficio denominado bono de incentivo, de la circunstancia de que el trabajador no haga uso de su derecho a gozar de licencia médica, sea por cualquier causa, y por un período superior a 15 días, en conformidad a lo expuesto en el presente informe.*
2. *No resulta jurídicamente procedente que la empresa modifique unilateralmente el plan de incentivo remuneracional vigente que en la especie se contiene en la denominada Directiva de Bono de Incentivo de Funcionarios, conforme a la cual da aplicación a las cláusulas 6.4 y 17.b de los contratos colectivos materia de este informe.*

## LAS CLÁUSULAS TÁCITAS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario Nº 3062/0177, de 14.06.1999:**

*"Deben entenderse incorporadas a él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito en dicho instrumento sino que, además, aquellas no escritas en el documento y que provienen del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, manifestado en forma libre y espontánea, consentimiento este que es de la esencia del contrato y, por ende, requisito de existencia y validez del mismo."*

**Ordinario N° 237/015, de 13.01.1994:**

*"La calidad de tácita de una cláusula contractual exige en derecho laboral como requisito sine quanón, la existencia de un consenso recíproco de las partes respecto de una determinada materia o beneficio que, si bien no está escriturado, ha tenido aplicación práctica en el tiempo. Para considerar renunciado un derecho laboral de rango legal, como es la señalada facultad de administración, organización o dirección, no basta la inacción o el silencio temporal en relación al ejercicio de tal derecho, sino que debe existir una clara intención de renunciar a él por parte del empleador."*

**Ordinario N° 1703, de 07.04.2015:**

*Esta Dirección ha sostenido reiteradamente, entre otros, en dictamen 3062/177, de 14.06.99, que los contratos individuales de trabajo pueden contener además de sus cláusulas expresas, otras denominadas "cláusulas tácitas" que se entienden incorporadas a ellos, y que son aquellas que no aparecen consignadas en el respectivo contrato pero que han sido constantemente aplicadas por las partes durante un determinado período de tiempo, con la aceptación diaria o periódica de las mismas.*

*Para que se verifique la existencia de una cláusula tácita se requieren los siguientes elementos:*

- a) Reiteración en el tiempo de una determinada práctica de trabajo que otorgue, modifique o extinga algún beneficio, regalía o derecho de la relación laboral.*
- b) Voluntad de las partes, esto es, del comportamiento de las partes debe desprenderse inequívocamente que estos tenían un conocimiento cabal de la modificación del contrato que se estaba produciendo, así como de haber prestado su consentimiento tácito a la modificación del mismo.*
- c) Esta modificación no puede referirse a materias de orden público ni tratarse de los casos en que el legislador ha exigido que las modificaciones al contrato se efectúen de manera expresa.*

*Pues bien, señala Ud. en su presentación que se ha estado pagando a los trabajadores de su empresa el beneficio de semana corrida sin que les correspondiera. Considerando la doctrina antes señalada, en el caso de estar ya incorporada la cláusula tácita respecto del pago de semana corrida a los contratos de trabajo el empleador se encuentra obligado a seguir dándole cumplimiento a menos que el trabajador preste su consentimiento en contrario, autorizando la modificación.*

*Esta situación no resulta aplicable a los trabajadores que se vayan incorporando a la empresa después, en cuyo caso por no estar constituida la referida cláusula tácita respecto de ellos, la misma no operaría.*

**Ordinario N° 048, de 06.01.2017:**

*La consensualidad del contrato de trabajo dice relación con el hecho que para perfeccionarse requiere del simple acuerdo de voluntades de las partes, sin que sea necesario, salvo para los efectos de la prueba, la escrituración del mismo.*

*En efecto, la falta de escrituración del contrato de trabajo trae como consecuencia, para el empleador, la aplicación de una sanción pecuniaria a beneficio fiscal y, además, produce el efecto de invertir el peso de la prueba, es decir, hace presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador, según lo dispone el inciso final del artículo 9° del Código del Trabajo.*

*Como consecuencia de la consensualidad del contrato individual de trabajo, deben entenderse incorporadas a él, no de las partes contratantes.*

*En este orden de ideas, la uniforme y reiterada doctrina sustentada por esta Dirección ha señalado que el consentimiento o acuerdo de voluntades que se perfecciona o modifica el contrato de trabajo puede formarse, salvo los casos en que la ley por razones de seguridad jurídica exija una manifestación expresa de voluntad, no sólo por la concurrencia de la voluntad formulada expresamente por las partes contratantes, sino que también por la manifestación tácita de la voluntad de las mismas, la cual se desprende de la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo así como del otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia sólo las estipulaciones y modificaciones que se hayan consignado por escrito en dicho instrumento sino que, además, aquellas que aunque no aparecen consignadas por escrito, emanan del acuerdo de voluntades de ambas partes, lo que lleva a la existencia de cláusulas tácitas que complementan o modifican las que en forma escrita configuran los contratos individuales de trabajo.*

*De consiguiente para que se verifique la existencia de una cláusula tácita en el contrato de trabajo es necesario que se verifiquen los siguientes elementos, a saber:*

- a) Reiteración en el tiempo de una determinada práctica de trabajo que otorgue, modifique o extinga algún beneficio, regalía o derecho de la relación laboral.*
- b) Voluntad de las partes, esto es, del comportamiento de las partes debe desprenderse inequívocamente que estas tengan un conocimiento cabal de la modificación del contrato que se estaba produciendo, así como de haber prestado su aquiescencia tácita a la modificación del mismo.*
- c) Esta modificación no puede referirse a materias de orden público ni tratarse de los casos en que el legislador ha exigido que las modificaciones al contrato se estipulen de manera expresa.*

*Ahora bien, de acuerdo a lo informado por usted en su presentación, en la especie se dan los requisitos precedentemente enunciados que permiten sostener que la concesión reiterada –a partir del año 2014- de los beneficios de que se trata con aquiescencia de los respectivos trabajadores contiene una cláusula tácita incorporada al contrato de trabajo de los beneficiarios, formando parte integrante de dichos documentos.*

**Ordinario N° 496, de 30.01.2017:**

*El artículo 9°, inciso primero, del Código del Trabajo establece que “El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante”.*

*De la norma legal transcrita se infiere que el contrato de trabajo es consensual, esto es, que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, sin necesidad de formalidades para su validez. La obligación legal de su escrituración es requerida por el legislador solo como requisito de prueba del mismo.*

*Cumple anotar, que la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación expresa de voluntad, como de una tácita, la que, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Ordinario N° 3.735, de 18.07.2016, “está constituida por la realización reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, situaciones éstas que determinan la existencia de cláusulas tácitas que se agregan a las que en forma escrita se consignan en el contrato individual de trabajo”.*

*Agrega el pronunciamiento aludido que en una relación laboral, exteriorizada por medio de un contrato de trabajo escriturado, queda enmarcada no solo por las estipulaciones del mismo, sino también por aquellas “que derivan de la reiteración del pago de beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido aplicadas constantemente por las partes por un lapso prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, dando lugar así a un consentimiento tácito entre ellas que determina la existencia de cláusulas tácitas que deben entenderse como parte integrante del respectivo contrato”.*

*A su vez, el artículo 5º, inciso tercero, del Código del Trabajo dispone “Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”.*

*Por consiguiente, la doctrina de este Servicio sobre las cláusulas tácitas supone que exista conocimiento y consentimiento de las partes respecto de los beneficios pagados, o las prácticas adoptadas, que se hayan prolongado en el tiempo para que se forme el consentimiento tácito, dando lugar a una cláusula tácita que se entiende incorporada al respectivo contrato de trabajo, modificando, de este modo, las estipulaciones contenidas en el instrumento respectivo.*

*Ahora bien, en la situación que se examina consta, de los documentos tenidos a la vista, que el contrato de trabajo de la señora Villalobos consigna una jornada laboral de lunes a viernes, desde las 8.30 a 18.30 horas, incluida una hora de colación. Por su parte, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la requirente establece la obligación de los trabajadores de registrar la hora exacta de llegada y salida de la empresa.*

*Sobre la base de las disposiciones legales y la doctrina de esta Dirección invocadas cumple indicar que, para entender que se ha modificado la estipulación contractual sobre jornada indicada –mediante una cláusula tácita- no basta solo la reiteración de una conducta por parte de la trabajadora de forma prolongada en el tiempo, sino que también necesario el conocimiento y consentimiento del empleador sobre dicha práctica.*

*En consecuencia, no procede modificar la jornada consignada en el contrato individual de trabajo ante la reiteración por parte de la trabajadora de una conducta específica, como es el hecho de no registrar su asistencia en el sistema implementado por la empresa para esos efectos, si ello no va acompañado de la anuencia de ambas partes.*

**Ordinario N° 2292, de 29.05.2017**

*En virtud de lo señalado, el beneficio consistente en el pago íntegro de los traslados de los Evaluadores del INN, desde sus domicilios particulares y hasta las instalaciones de las OEC, y viceversa, a través de un sistema de taxis, se mantuvo inalterable hasta el mes de octubre de 2016, lo que permite configurar una regla de la conducta incorporada al contrato individual de trabajo de los beneficiarios, que como tal, no puede ser alterado unilateralmente por el empleador.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas y los comentarios efectuados, debemos concluir lo siguiente:*

*El Instituto Nacional de Normalización, no se encuentra facultado para modificar en forma unilateral y por su sola voluntad la forma de cálculo o modalidad de pago del beneficio otorgado a los trabajadores que cumplen la función de Evaluadores de la División de Acreditación de dicha Institución, por concepto de gastos de transporte vigente hasta el mes de octubre de 2016, en virtud de la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito entre las partes, puesto que la aplicación de la misma se encuentra enmarcada dentro de los parámetros que hacen aplicable “la regla de la conducta” y, en consecuencia, no se encuentra ajustado a derecho la disminución de los montos depositados por este concepto a dichos trabajadores, así como las nuevas condiciones establecidas para otorgar este beneficio.*

**Ordinario N° 3486, de 01.08.2017**

*Este Servicio ya se ha pronunciado al respecto, a propósito de elecciones de presidente y parlamentarias, por medio del dictamen N° 4979/067 de 10.12.2009, el que dispone, “De esta suerte, con el mérito de todo lo expuesto, y teniendo presente que el día 13 de diciembre del presente año se llevará a efecto la elección de presidente de la República y de Parlamentarios en conformidad a la ley, posible es convenir que los trabajadores que laboran en centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica se encuentran liberados de prestar servicios en dicho día, toda vez que éste reviste*

*carácter de feriado obligatorio para tales dependientes, haciendo presente que los mismos gozarán del mismo derecho el día 17 de enero de 2009, si correspondiere una segunda votación de dichas elecciones."*

*Conforme se ha señalado en los párrafos anteriores, los trabajadores a quienes les corresponde prestar servicios en un día domingo de elecciones cívicas deberán gozar del permiso de, a lo menos, 2 horas para ejercer su derecho a sufragio, sin alterar sus remuneraciones, así como también los permisos necesarios para ejecutar las labores de vocal de mesa o de miembro del Colegio Escrutador o delegado de la Junta Electoral.*

*Como se ha sostenido reiteradamente en doctrina de este Servicio, el contrato de trabajo es esencialmente consensual, sin perjuicio que el legislador exige su escrituración para efectos de prueba, de esta forma la manifestación de voluntad, no sólo puede ser expresada de manera explícita, sino también de modo tácito, tal como lo dispone entre otros, el Ordinario N° 6.074 de 26.12.2016 en los siguientes términos: "la doctrina sobre las cláusulas tácitas y derechos adquiridos de este Servicio, contenida en el Ordinario N° 3.735, de 18.07.2016, entre otros, sostiene que la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación expresa de la voluntad como de una tácita, y que esta última se constituye por la 'realización reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, situaciones éstas que determinan la existencia de cláusulas tácitas que se agregan a las que en forma escrita se consignan en el contrato de trabajo'."*

*Por otra parte, el Ordinario N° 4.047 de 29.09.2013 precisa que, "No basta para incorporar un derecho por cláusula tácita al contrato individual del trabajo, que otros trabajadores lo hayan hecho efectivo y disfrutado de él. Es indispensable que el dependiente, como una persona natural determinada, haya hecho uso de él reiteradamente en el tiempo...". Requiriéndose, además, "una experiencia compartida y reiterada de un trabajador con su empleador", de la manera manifestada en el Ordinario N° 2.036, de 01.06.2007.*

*Este Servicio ha determinado además por medio del Ordinario N° 535 de 30.01.2015, que la cláusula tácita no resulta procedente cuando el derecho debe ejercerse de modo colectivo, en los siguientes términos, "Sin embargo, la incorporación de cláusulas tácitas al contrato de trabajo, conforme a la modalidad descrita en el párrafo anterior, no se verifica tratándose de beneficios que revistan el carácter de colectivos.*

*Al respecto, mediante Ordinario N° 3.186 de 13.07.1983, este Servicio definió como beneficio colectivo, "aquel que debe ser disfrutado o exigido por todos los dependientes a un mismo tiempo sin que sea viable a ninguno de ellos demandar separadamente su cumplimiento, en un lugar y tiempo diverso del resto"."*

*Entonces, sólo procede invocar la doctrina de la cláusula tácita, respecto de beneficios que se hayan ejercido con permanencia en el tiempo y con la aquiescencia de las partes, sin que pueda impetrarse de manera colectiva.*

*De la fiscalización efectuada a la empresa y en particular, el informe de exposición de la comisión N° 1388.2016-126, evacuado por el fiscalizador Sr. ...., de fecha 14.11.2016, da cuenta que en declaración del representante de la empresa .....S.A., éste habría expuesto que "durante la elecciones llevadas a cabo en años anteriores, sin considerar las primaria y municipales realizadas durante este año (2016), las tiendas ..... contaba con un horario especial de apertura, el que generalmente era a las 14 horas, para permitir a los trabajadores ejercer su derecho a sufragar, agrega que la situación descrita se dio desde el año 2008 al 2016."*

*Revisado los registros del Servicio Electoral, entre el año 2008 y 2016, han transcurrido 5 jornadas electorales, tanto presidenciales, parlamentarias, como para alcaldes y concejales, y que de acuerdo a lo declarado por el representante del empleador, las tiendas abrieron sus puertas al público a las 14:00 horas.*

*De lo señalado en los párrafos anteriores, es posible inferir que aquellas tiendas que pueden operar en día de elecciones cívicas, el horario de apertura ha sido a las 14:00 horas, con el conocimiento, consentimiento y aprobación tanto del empleador como de los trabajadores, que ejercieron reiteradamente el beneficio, de modo que existe una modificación tácita de los contratos individuales de trabajo, respecto del horario de ingreso de los trabajadores en los días determinados por la Ley, para emitir el sufragio.*

*El hecho que el empleador decida abrir al público las tiendas en un horario determinado, se encuentra dentro de las facultades para administrar, dirigir y organizar su empresa, no obstante haber operado una modificación tácita respecto del horario de ingreso de ciertos trabajadores de la empresa, beneficio que podrá ser requerido, de modo individual, por aquellos dependientes que en elecciones anteriores, dieron comienzo a su jornada en ese horario, de manera reiterada en el tiempo y con el conocimiento y consentimiento del empleador, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la intervención de la Inspección del Trabajo correspondiente, de ser necesario.*

*En consecuencia, sólo podrán impetrar el derecho a dar inicio a su jornada laboral a las 14 horas en domingo de elecciones, aquellos trabajadores que individualmente considerados y cumpliendo los requisitos de reiteración en el tiempo y el consentimiento del empleador, hayan disfrutado del beneficio, no siendo procedente que la empresa, se vea obligada a abrir sus puertas al público en determinado horario, al constituir esta una manifestación de las facultades de administración con que cuenta el empleador.*

**Ordinario N° 4415, de 21.09.2017**

*El beneficio de traslado entre la ciudad de Punta Arenas y la faena Mina Invierno que la empresa ..... Ltda. en forma reiterada en el tiempo ha otorgado a sus trabajadores en los términos indicados, constituye una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de trabajo de los involucrados, que como tal, no puede ser modificada, alterada o invalidada unilateralmente por alguna de las partes, requiriéndose para ello el mutuo consentimiento de los contratantes.*

**Ordinario N° 2591, de 06.06.2018:**

*En consecuencia, sobre la base de las normas legales, jurisprudencia administrativa y antecedentes de hecho invocados, cúpleme manifestar que los trabajadores de ..... que han gozado en dos oportunidades o más del feriado de 21 días hábiles, aun trabajando en turnos de día, deben continuar gozando de este derecho en idénticos términos en virtud de cláusula tácita; sin perjuicio de lo anterior, son válidos los anexos de contrato de trabajo en los que se ha pactado rebaja de feriados de 21 a 18 días, en el contexto de cambios y reestructuraciones practicadas por la empleadora.*

**Ordinario N° 4297, de 13.08.2018**

*En consecuencia, sobre la base de las normas legales, jurisprudencia administrativa y antecedentes de hecho invocados, cúpleme manifestar que los trabajadores del Colegio ..... que han gozado del uso de estacionamiento gratuito durante los años 2016 y 2017, tienen el derecho a continuar ejerciendo este derecho en idénticos términos en virtud de cláusula tácita, sin perjuicio de los límites y alcances formulados en los dos párrafos inmediatamente precedentes. Lo anterior, no obstante las facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo.*

**Ordinario N° 4656, de 04.09.2018**

*En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada, doctrina institucional invocada y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Uds. que la utilización en forma gratuita de los estacionamientos existentes en el centro comercial Plaza Oeste por parte de los trabajadores que laboran en las tiendas ..... y ..... que funcionan en dicho Centro, y que se mantuvo durante un tiempo por tolerancia de un tercero ajeno a la respectiva relación laboral, no constituye una cláusula tácita que obligue a dichas empleadoras a mantener dicho beneficio.*

**Ordinario N° 4667, de 04.09.2018**

*Cabe puntualizar que atendida la naturaleza consensual del contrato de trabajo (manifestada en el artículo 9° del Código del Trabajo), el contenido de sus estipulaciones no solo está compuesto por lo que las partes hubieren escriturado, sino que también, por aquellas prescripciones que de forma libre y espontánea han convenido o manifestado.*

*De esta manera, se reconoce que la voluntad puede ser manifestada en forma expresa o tácita, por lo que ambas formas tendrán idéntica validez jurídica.*

*Luego, reconociendo la empresa que existe una cláusula tácita que modificó las disposiciones del contrato de trabajo en lo relativo a la extensión de la jornada diaria de trabajo, solo resultará jurídicamente procedente que ambas partes cumplan sus obligaciones, no obstante que aquellas difieran de lo originalmente pactado por escrito.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúmpleme informar que reconocida la existencia de cláusulas tácitas respecto a la extensión de la jornada de trabajo diaria y semanal, las partes están obligadas a respetar este acuerdo, por sobre lo escriturado en el contrato de trabajo.*

**Ordinario N° 579, de 12.02.2019**

*Según se manifiesta en la reiterada jurisprudencia de este Servicio, la teoría de las cláusulas tácitas se funda en la naturaleza consensual del contrato de trabajo, razón por la que, lo convenido por escrito por las partes puede ser complementado o modificado por medio del reiterado y manifiesto comportamiento desplegado por ellas en el cumplimiento de sus obligaciones (Dictámenes N° 3738/227 de 28.07.1993 y N° 6253/348 de 11.11.1993).*

*En la especie, la cláusula tácita contendría la obligación del empleador de otorgar descanso el día 20 de septiembre de cada año, razón por la que cabe considerar los siguientes aspectos:*

*1.- La existencia de una cláusula tácita debe verificarse en la esfera del contrato individual de trabajo, razón por la que no procede pretender la existencia de una obligación general por parte del empleador en beneficio de todos los trabajadores de la empresa, sino solo respecto de aquellos quienes su contrato laboral pudo verse modificado por la forma que adoptó el cumplimiento de las obligaciones recíprocas.*

*2.- La práctica del empleador implica una manifestación de voluntad implícita o que deriva de su comportamiento, razón por la que, solo procede revisar aquellos períodos anuales en que la conducta pudo verificarse, excluyendo aquellos momentos en que el descanso se otorgó por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes.*

*3.- Requiriéndose la existencia de una práctica reiterada en el tiempo, resulta necesario que la conducta del empleador se haya manifestado en más de una ocasión. En el caso que se analiza, tratándose de un evento de ocurrencia anual, se entiende como suficiente para los efectos de constituir una cláusula tácita el otorgamiento del descanso en al menos dos períodos sucesivos.*

*Conforme a lo anterior y los hechos constados, en que se evidencia que el empleador ..... Chile de Coquimbo otorgó descanso a sus trabajadores el 20 de septiembre de los años 2011 y 2012, sin que tal acción derivara de una obligación contractual expresa o legal, y que los años siguientes -entre 2013 y 2017- tal jornada fue inhábil por disposición de la ley, cabe inferir que se ha constituido una cláusula tácita respecto de todos aquellos dependientes con vínculo contractual actualmente vigente y contratados con anterioridad al 20 de septiembre de 2011.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales invocadas, consideraciones formuladas y jurisprudencia citada, cúmpleme informar que entre ..... y sus trabajadores que prestan servicios en la región de Coquimbo, con vínculo contractual actualmente vigente y contratados con anterioridad al 20 de septiembre de 2011, existe una cláusula tácita que obliga al empleador a otorgar descanso a tales dependientes el 20 de septiembre de cada año, resultando improcedente la imputación de esta jornada a feriado, efectuar descuento sobre las remuneraciones u otra forma de compensación.*

**Ordinario N° 756, de 27.02.2019**

*De esta manera es posible concluir que la circunstancia de haberse constatado que, en la especie, no concurren los requisitos que hacen procedente el pago de la semana corrida, no resulta suficiente para decidir el cese unilateral de dicho beneficio, toda vez que de la fiscalización practicada se aprecia indubitadamente que el empleador pagó a los trabajadores de manera reiterada, entre los meses de febrero a junio de 2018, un determinado estipendio - denominado por las partes "semana corrida"-, el cual, atendido el tiempo en que ha sido otorgado, se estima incorporado a los contratos de trabajo de los dependientes respecto de quienes se llevó a cabo la fiscalización.*

*A su vez, consta del informe de fiscalización que los trabajadores entrevistados no expresaron durante el lapso de pago del estipendio en análisis (5 meses) discrepancia alguna, sino hasta el cese del pago por parte del empleador.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa precitadas, así como las consideraciones expuestas, cumpla con informar Ud. que, de manera inequívoca, las partes acordaron tácitamente la obligación de pago del estipendio denominado "semana corrida", en los términos expuestos en el informe N° 1323/2018/2327, constituyendo, por consiguiente, una cláusula tácita de los contratos individuales de los trabajadores indicados en el precitado informe.*

**Ordinario N° 5648, de 05.12.2019**

*La entrega de una canasta familiar navideña a los trabajadores, beneficio que ha sido otorgado por el sostenedor desde hace 10 años, circunstancia que habilita para calificarla como una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales, estipulación que no puede ser dejada sin efecto, sino por consentimiento mutuo de las partes contratantes o por causas legales, de conformidad a lo establecido en el artículo 1545 del Código Civil.*

**Ordinario N° 151, de 26.01.2022**

*1.- No hay cláusula tácita cuando el origen de una prestación o beneficio es una disposición legal y no el acuerdo de voluntades de las partes del contrato de trabajo.*

*2.- La Dirección del Trabajo carece de competencia para conocer y resolver impugnaciones a la normativa legal.*

**Ordinario N° 0535, de 30.01.2015:**

*Sobre el particular, cúmplame informar a Ud. que el artículo 9 inciso 1° del Código del trabajo, establece:*

*"El contrato de trabajo es consensual, deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante".*

*De la norma precitada se colige que la consensualidad del contrato de trabajo dice relación con el hecho que para perfeccionarse requiere del simple acuerdo de voluntades de las partes, sin que sea necesario, salvo para efectos probatorios, la escrituración del mismo.*

*De lo expuesto anteriormente, resulta posible concluir que una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo, sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas al respectivo contrato las que derivan de la reiteración de pago u omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornada, etc. que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un lapso prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, configurando así un consentimiento tácito entre ellas, el cual, a su vez, determina la existencia de una cláusula tácita, la que debe entenderse como parte integrante del contrato respectivo (dictamen N° 2436/149 de 14.05.1993).*

*Sin embargo, la incorporación de cláusulas tácitas al contrato de trabajo, conforme a la modalidad descrita en el párrafo anterior, no se verifica tratándose de beneficios que revistan el carácter de colectivos.*

*Al respecto, mediante Ordinario N° 3186 de 13.07.1983, este Servicio definió como beneficio colectivo, "aquel que debe ser disfrutado o exigido por todos los dependientes a un mismo tiempo sin que sea viable a ninguno de ellos demandar separadamente su cumplimiento, en un lugar y tiempo diverso del resto".*

*Ahora bien, el beneficio de "fiesta de fin de año", aún cuando el empleador lo ha otorgado anualmente de forma reiterada, no se ha incorporado como cláusula tácita al contrato de trabajo, por tratarse de un beneficio colectivo, es decir, su cumplimiento no puede ser exigido individualmente por cada trabajador.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmplame informar a Ud. que el beneficio "fiesta de fin de año", no puede constituir una cláusula tácita incorporada al contrato de trabajo, por tratarse de un beneficio de carácter colectivo.*

**Ordinario N° 4006, de 20.08.2019**

*La jurisprudencia de este Servicio ha indicado, en los Dictámenes Nos 2.436/149 de 14.05.1983 y 1.342/62 de 13.03.1997, que "deberá entenderse que un beneficio es de carácter colectivo cuando debe ser disfrutado o exigido por todos los dependientes a un mismo tiempo, sin que sea viable a ninguno de ellos demandar separadamente su cumplimiento, en un lugar y tiempo diverso del resto".*

*Es dable agregar, en lo que atañe a los beneficios de carácter colectivo, que el Dictamen N° 2.436/149 de 14.05.1993, indica "el acuerdo respecto al otorgamiento de los beneficios de que se trata, no puede incorporarse a los contratos de trabajo como cláusula tácita de los mismos, ya que ellos por su naturaleza sólo pueden ser concedidos en forma colectiva, sin que su cumplimiento pueda ser exigido individualmente".*

*Aplicando las disposiciones y jurisprudencia anotada al caso particular que se analiza, es posible concluir, que la modalidad de la celebración de fiestas patrias, por la que se reclama, no ha podido configurar una cláusula tácita por tratarse de un beneficio de carácter colectivo, de acuerdo con la doctrina de este Servicio.*

**Ordinario N° 3993, de 20.08.2019**

*Cabe recordar que conforme a la reiterada jurisprudencia administrativa de esta Dirección, la doctrina de la cláusula tácita ha dejado establecido que forman parte integrante del contrato de trabajo todos los derechos y obligaciones a que las partes se han obligado mutuamente en los hechos y en forma estable en el tiempo, aunque no estén expresamente contemplados ni escriturados materialmente en el contrato. Por esta vía, se amplía el compromiso literal y escrito de trabajadores y empleadores, toda vez que el contrato de trabajo, de acuerdo al inciso 1° del artículo 9° del Código del Trabajo, tiene la naturaleza de consensual y obliga más allá del mero tenor del texto firmado por las partes, lo que sólo puede ser dejado sin efecto por mutuo consentimiento según lo precisa el artículo 1545 del Código Civil (Dictamen N° 4864/275, de 20.09.1999).*

*Sobre la base de esta jurisprudencia, la modalidad del empleador de pagar las comisiones por ventas de pólizas de seguro de vida, que datan "Desde hace ya algunos años" según la propia organización recurrente, se ha constituido en una práctica tácitamente establecida, forma parte integrante del contrato de trabajo y obliga a ambas partes de la relación laboral.*

*En tal sentido cobra importancia recordar lo resuelto en dictamen N° 5696/349, de 19.11.1999, en orden a que no resulta posible pretender que se configure una cláusula tácita respecto de una conducta que se remonta en el tiempo y que no fue alegada oportunamente, caso en el cual la nueva conducta pasa a constituir un nuevo consentimiento tácito entre las partes en sentido contrario.*

*Por estas consideraciones, la noción de "familia de productos" ha sido por años aceptada por las partes para el otorgamiento de comisiones por venta de pólizas de seguro, razón por la que no resulta posible restarle validez y acceder a la configuración de la cláusula tácita que se pretende, por cuanto el origen de la misma sería una conducta que no fue alegada oportunamente.*

*En consecuencia, atendidas las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa invocadas, cúmpleme manifestar que la liquidación de las remuneraciones que objeta el Sindicato de Trabajadores de Consorcio S.A., se practican conforme a la legislación vigente.*

**Ordinario N° 4001, de 20.08.2019**

*Ahora bien, conforme a los antecedentes tenidos a la vista, la empleadora y el Sindicato N° 1, suscribieron tres instrumentos colectivos, desde diciembre de 2008 hasta diciembre de 2016, en los cuales se incluyó la siguiente cláusula convencional: "la Empresa pagará los días progresivos de vacaciones a los Trabajadores que corresponda y que lo soliciten por escrito de acuerdo a la legislación vigente". Cabe añadir, que el contrato colectivo suscrito en diciembre de 2016, vigente desde el 1° de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019, no contempla esta cláusula.*

*En este orden de ideas, para establecer si es procedente en el caso en examen la aplicación de la doctrina de la cláusula tácita debe tenerse presente que conforme a la reiterada jurisprudencia administrativa de esta Dirección, forman parte integrante del contrato de trabajo todos los derechos y obligaciones a que las partes se han obligado mutuamente en los hechos y en forma estable en el tiempo, aunque no estén expresamente contemplados ni escriturados materialmente en el contrato. Por esta vía, se amplía el compromiso literal y escrito de trabajadores y empleadores, toda vez que el contrato de trabajo, de acuerdo con el inciso 1° del artículo 9° del Código del Trabajo, tiene la naturaleza de consensual y obliga más allá del mero tenor del texto firmado por las partes, lo que sólo puede ser dejado sin efecto por mutuo consentimiento según lo precisa el artículo 1545 del Código Civil (Dictamen N° 4864/275, de 20.09.1999).*

*Así entonces, para que opere la cláusula tácita, es requisito indispensable que las partes de la relación laboral se encuentren vinculadas consensualmente, como en el contrato de trabajo, que "se perfecciona por el solo consentimiento" (Código Civil, artículo 1443). Pero en la situación en estudio, las sumas percibidas por los trabajadores por concepto de feriado progresivo, durante años, tuvieron como fuente instrumentos colectivos que como lo señala la ley, tienen carácter solemne, pues "deben constar por escrito y registrarse en la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción" (Código del Trabajo, artículo 320 inciso final).*

*Por tanto, necesario es concluir, que el pago de los feriados progresivos en que incide la consulta ha tenido como fuente el texto expreso de instrumentos colectivos, los que a su vez -se reitera- dado su carácter solemne, jurídicamente no reúnen las condiciones para servir de base a una cláusula tácita que, a futuro, obligue al empleador a perseverar en el pago de los referidos feriados progresivos en el caso que se trabajen.*

*En consecuencia, sobre la base de las normas legales, jurisprudencia administrativa y razones hechas valer, cúmpleme manifestar que a los trabajadores afiliados al Sindicato N° 1 de ..... S.A., no les asiste el derecho a continuar percibiendo sumas compensatorias por feriados progresivos trabajados en virtud de cláusula tácita, lo que no obsta que por ley y conforme a las reglas generales, puedan negociarse individual o colectivamente pagos por este beneficio.*

**Ordinario N° 1040, de 21.03.2019**

*Que según se manifiesta en la reiterada jurisprudencia de este Servicio, la teoría de las cláusulas tácitas se funda en la naturaleza consensual del contrato de trabajo, razón por la que, lo convenido por escrito por las partes puede ser complementado o modificado por medio del reiterado y manifiesto comportamiento desplegado por ellas en el cumplimiento de sus obligaciones (Dictámenes N° 3738/227 de 28.07.1993 y N° 6253/348 de 11.11.1993).*

*En la especie, la cláusula tácita contendría la obligación del empleador de otorgar descanso el día 20 de septiembre de cada año, razón por la que cabe considerar los siguientes aspectos:*

1. *La existencia de una cláusula tácita debe verificarse en la esfera del contrato individual de trabajo, razón por la que no procede pretender la existencia de una obligación general por parte del*

*empleador en beneficio de todos los trabajadores de la empresa, sino solo respecto de aquellos quienes su contrato laboral pudo verse modificado por la forma que adoptó el cumplimiento de las obligaciones recíprocas.*

2. *La práctica del empleador implica una manifestación de voluntad implícita o que deriva de su comportamiento, razón por la que, solo procede revisar aquellos períodos anuales en que la conducta pudo verificarse, excluyendo aquellos momentos en que el descanso se otorgó por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes.*
3. *Requiriéndose la existencia de una práctica reiterada en el tiempo, resulta necesario que la conducta del empleador se haya manifestado en más de una ocasión. En el caso que se analiza, tratándose de un evento de ocurrencia anual, se entiende como suficiente para los efectos de constituir una cláusula tácita el otorgamiento del descanso en al menos dos períodos sucesivos.*

*Conforme a lo anterior y los hechos constados, en que se evidencia que el empleador planta ..... de Coquimbo otorgó descanso a sus trabajadores el 20 de septiembre de los años 2011 y 2012, sin que tal acción derivara de una obligación contractual expresa o legal, y que los años siguientes - entre 2013 y 2017- tal jornada fue inhábil por disposición de la ley, cabe inferir que se ha constituido una cláusula tácita respecto de todos aquellos dependientes con vínculo contractual actualmente vigente y contratados con anterioridad al 20 de septiembre de 2011.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales invocadas, consideraciones formuladas y jurisprudencia citada, cúpleme informar que entre planta ..... de Coquimbo y sus trabajadores, con vínculo contractual actualmente vigente y contratados con anterioridad al 20 de septiembre de 2011, existe una cláusula tácita que obliga al empleador a otorgar descanso a tales dependientes el 20 de septiembre de cada año, resultando improcedente la imputación de esta jornada a feriado legal, efectuar descuento sobre las remuneraciones u otra forma de compensación.*

**Ordinario N° 1296, de 21.03.2017:**

*La Dirección del Trabajo carece de competencia para determinar que por la circunstancia de haberse utilizado por los trabajadores de la empresa ..... S.A., un descanso dentro de la jornada, denominado tiempo de desayuno, ha podido configurarse una cláusula tácita de sus respectivos contratos individuales de trabajo, no susceptible de ser modificada unilateralmente por el empleador, toda vez que se trata de una materia controvertida entre las partes cuyo conocimiento corresponde en forma exclusiva a los Tribunales de Justicia.*

## LA REGLA DE CONDUCTA

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 3296/0250, de 07.08.2000:**

*"Este Servicio ha sostenido, entre otros, en dictamen N° 2984/0161, de 8 junio de 1999, que para que se configure una "regla de la conducta" en los términos del precepto en análisis es menester la concurrencia de los siguientes requisitos:*

- a) *Existencia de un pacto escrito.*
- b) *Que a través de una práctica reiterada en el tiempo las partes hayan cumplido la disposición contenida en la respectiva norma convencional de una manera determinada o en una forma distinta a la expresada por éstas, y*

- c) *Que tal aplicación práctica haya sido efectuada por ambas partes de consuno o por una de ellas, siempre que en este último caso esta haya contado con la aprobación de la otra parte."*

*Ordinario N° 2334, de 18.05.2018:*

*1. El pago mensual de la diferencia generada entre el monto del subsidio por enfermedad y las remuneraciones pactadas en la cláusula tercera del contrato individual celebrado entre la ..... S.A. y el trabajador, Sr. .... —exceptuados los bonos de vacaciones, de productividad y de desempeño allí convenidos—, una vez transcurrido el período de seis meses fijado en el apartado 3.4 de dicha cláusula como límite para el otorgamiento del beneficio en comento, ha sido la forma en que las partes han entendido y aplicado reiteradamente en el tiempo la estipulación recién citada, razón por la cual el empleador no estaba habilitado para poner término unilateralmente a dicha modalidad de pago a favor del trabajador.*

## TIPOS DE CONTRATO SEGÚN SU DURACIÓN

### EL CONTRATO DE PLAZO FIJO

#### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 4348, de 10.09.2019*

*Se infiere de las normas legales transcritas, que nuestro ordenamiento jurídico laboral establece disposiciones imperativas aplicables al contrato de trabajo a plazo, que a su turno, limitan la autonomía de las partes para fijar los contenidos del mismo, y en particular -materia en que incide la consulta- sobre la terminación y efectos del contrato de trabajo a plazo. Como lo ha destacado la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, "atendida la naturaleza de orden público que presenta el derecho laboral, circunstancia ésta que limita la autonomía de la voluntad de las partes, al establecer derechos mínimos elevados a la categoría de irrenunciables, irrenunciabilidad que nuestra legislación consagra en el inciso segundo del artículo 5° del Código del Trabajo" (Dictamen N° 3278/175, de 07.10.2002).*

*Y es el caso, que la normativa legal trascrita prescribe literalmente que, "El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida", efecto este último, establecido por el legislador en beneficio directo del trabajador, que se diluye y extingue de estimarse válida la renovación automática acordada por las partes.*

*En estas condiciones, en la situación que se examina, debe prevalecer la norma legal por sobre el acuerdo alcanzado por las partes de la relación laboral.*

*En consecuencia, sobre la base de los preceptos jurídicos examinados, jurisprudencia administrativa y consideraciones hechas valer, cúpleme manifestar que la cláusula de renovación automática incorporada a un contrato de trabajo a plazo, no se encuentra conforme a derecho.*

*Ordinario N° 5081, de 05.10.2015:*

*1. En relación con la consulta acerca de si se ajusta a Derecho mantener la vinculación contractual de las docentes de plazo fijo que se encuentran con fuero maternal, "sin alterar las condiciones que dieron origen a su contrato, hasta el término del fuero maternal, sin que esto implique necesariamente una obligación para el empleador de modificar la vinculación contractual a un contrato indefinido", cabe señalar que la relación laboral tiene como fuente jurídica el contrato individual de trabajo que, conforme lo disponen los artículos 7 y 9 del Código del ramo, es un acto de carácter consensual, razón por la cual, mantener su contenido obligacional o modificarlo lícitamente, corresponde al ámbito de la voluntad de las partes contratantes, pudiendo éstas, en consecuencia, introducir o no alteraciones al contrato que actualmente las une, siendo*

*irrelevante en este particular la circunstancia de tratarse de un contrato a plazo fijo o la de estar la trabajadora amparada por fuero maternal.*

*En este sentido merece precisar que resulta inoficioso ocuparse de mantener rigurosamente el contenido del contrato de trabajo de la dependiente –que era a plazo fijo– durante el tiempo de su fuero maternal a fin de evitar que la relación laboral se transforme en indefinida, pues si la trabajadora ha seguido prestando servicios con posterioridad al vencimiento del plazo convenido, con conocimiento del empleador, entonces su contrato de trabajo, por este hecho, ya ha mutado en indefinido, no incidiendo la condición de aforada en la concreción de este efecto que establece expresamente el legislador.*

*En efecto, si, como se expone en la presentación que nos convoca, el empleador ha decidido, luego de vencido el respectivo plazo, dar continuidad a los servicios de la trabajadora que goza de fuero maternal, no pidiendo la autorización judicial a que refiere el artículo 174 inc. 1° del Código del Trabajo, entonces forzoso deviene concluir que en la especie ha operado la norma del artículo 159 N° 4 que prescribe que “El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida.”*

*Conforme a lo antedicho, producido el efecto en comento, resultará improcedente seguir calificando la relación laboral de marras como “a plazo fijo” (por ejemplo, si se pretendiera terminar el contrato invocando la causal del artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo), así como también será improcedente iniciar el procedimiento de desafuero judicial desde que, transformado el contrato, ya no existe contrato a plazo determinado sino uno de duración indefinida, cuya cesación sólo podrá producirse mediante las causales legales que correspondan.*

**Ordinario N° 0065/01, de 07.01.2014**

*De la disposición legal citada, se desprende que por regla general el contrato de plazo fijo no puede exceder de un año de duración, no obstante lo cual ésta puede alcanzar a dos años, tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado reconocida por éste.*

*De la misma norma se desprende igualmente, que la ley faculta a las partes para renovar el contrato de plazo fijo por una sola vez sin que en tal caso se produzca el efecto jurídico que prevé dicha norma, esto es, su transformación en indefinido, el cual sólo rige para la segunda renovación de los contratos de tal naturaleza.*

*Ahora bien, la consulta planteada dice relación específicamente a si los plazos máximos de duración de dichos contratos, vale decir, uno o dos años, según corresponda, son aplicables sólo al contrato original o si también rigen para su renovación, lo cual hace necesario fijar el sentido y alcance de la aludida norma legal.*

*Para tal efecto, cabe recurrir al elemento gramatical de interpretación de la ley, expresado en el artículo 19 del Código Civil, conforme al cual, “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.*

*De los términos de dicha disposición, es posible colegir que el intérprete debe recurrir al tenor literal de la ley cuando la misma está concebida en términos tales que es posible desprender su alcance de la sola lectura de su texto, no siendo necesario en tal caso buscar el espíritu de la misma.*

*En relación con dicho elemento de interpretación legal el profesor A. Alessandri R., en su obra Curso de Derecho Civil, Tomo 1, Volúmen 1, página 163, expresa: “ Y es natural: el pensamiento se exterioriza con palabras; si aquel se hace visible claramente en éstas, debe estarse al tenor literal de la ley. Lo contrario equivaldría a suponer que el legislador no sabe manifestar sus ideas, que es incapaz de escoger las palabras reveladoras de su pensamiento...”*

*Precisado lo anterior, cabe tener presente que el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo es claro y categórico en señalar que la duración del contrato de plazo fijo, no podrá ser superior a un año o dos, según el caso,*

*circunstancia que permite sostener que dicho término está concebido tanto para la duración del contrato inicial como para su prórroga toda vez que la aludida norma no hace distinciones al respecto.*

*Acoger la tesis propuesta, esto es, que el plazo de un año o dos que establece la norma en comento es sólo para el contrato primitivo, pero no así para su prórroga, la cual podría extenderse por el mismo lapso, significaría desvirtuar el objetivo perseguido por el legislador al establecerla, el cual no es otro que establecer un límite máximo de duración de los contratos de plazo fijo, el que no puede ser alterado por la voluntad de las partes al tenor de lo establecido en el artículo 5º inciso 3º del Código del Trabajo. Asimismo, ello podría significar que un dependiente contratado primitivamente por uno o dos años, según el caso, pudiere estar afecto a esta modalidad contractual por dos o cuatro años por efecto de su prórroga, lo cual claramente no se condice con el principio protector que inspira a la normativa laboral.*

*Teniendo presente todo lo expuesto, no cabe sino concluir que la duración del contrato de plazo fijo, no puede exceder de uno o dos años, según corresponda, debiendo ajustarse a dichos máximos, tanto el contrato inicial como su posible prórroga.*

*Cabe destacar, que la conclusión referida en los párrafos anteriores, se encuentra en armonía con la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. En efecto, en fallo de 21 de marzo de 2012, dictado en causa rol Nº 5203-2011, caratulada "..... Limitada con .....", la Excm. Corte Suprema, en lo pertinente, precisa:*

*"Sexto: Que de esta manera, la normativa aludida es clara en orden a establecer, perentoriamente, plazos máximos de duración para los contratos de plazo fijo: uno o dos años, según se trate o no de los trabajadores que allí se mencionan."*

*"En el caso, han sido hechos pacíficos el que la demandante fue originalmente contratada a plazo, renovándose el vínculo bajo la misma modalidad y que aquélla ostenta la calidad de profesional, de modo que el plazo máximo de duración de su contrato no pudo exceder de dos años, sin que pueda admitirse la modificación de la prescripción legal a través del pacto privado de los contratantes, los que si bien están en condiciones de manifestar su voluntad y convenir libremente en ciertas materias, el acuerdo necesariamente debe respetar los mínimos legales."*

*"Séptimo: Que lo anterior se ve reafirmado por el tenor del artículo 5º del Código del Trabajo, en la medida en que en él se establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales y la facultad de alterar los acuerdos individuales o colectivos, por mutuo consentimiento, en el evento que se trate de superar los pisos establecidos por la ley, siempre en aras de la protección del trabajador."*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia judicial citadas y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que la duración del contrato de plazo fijo considerando el término original y su renovación, no puede exceder del período indicado en la ley, esto es, un año o dos años, según corresponda.*

**Ordinario Nº 2390/0101, de 08.06.2004:**

*"La suscripción de contratos sucesivos a plazo fijo, mediando finiquito entre uno y otro, práctica que emplean la Corporación Municipal de Educación y Desarrollo Social de ..... y sus trabajadores no docentes, no resulta ajustada a Derecho, razón por la cual, en dicho evento se configura, respecto de cada trabajador, una relación laboral única, continua y de duración indefinida, cuya fecha de inicio es la de celebración del primer contrato."*

**Ordinario Nº 5939/137, de 07.12.2017**

*Aplicando esta doctrina del Servicio al caso que se analiza es posible indicar que corresponde a los Tribunales de Justicia determinar si los finiquitos suscritos responden efectivamente a la realidad laboral o si, por el contrario, estamos en presencia de una relación laboral única.*

*En consecuencia, de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia citada, cumple informar que la segunda renovación de un contrato a plazo de trabajadores de artes y espectáculos transformará la relación laboral en una de duración indefinida la cual, por expresa disposición del legislador, estará regida por las normas comunes del Código del Trabajo. Lo anterior es sin perjuicio de las consideraciones específicas consignadas en el presente informe sobre las contrataciones de los músicos de la Orquesta Filarmónica de Temuco.*

**Ordinario N° 3753/143, de 16.08.2004:**

- 1) *La Corporación Municipal de Educación de ..... no se encontraba facultada legalmente para dar por terminado el contrato de plazo fijo de la docente XX, si al vencimiento del mismo se hallaba sujeta a fuero maternal.*
- 2) *Rige igualmente la norma legal sobre fuero maternal del artículo 201, inciso 1° del Código del Trabajo, para los profesionales de la educación con contrato de plazo fijo del Sector Municipal, y de plazo fijo o de reemplazo del Sector Particular Subvencionado, y Técnico Profesional del D.L. 3.166, de 1980.*
- 3) *Como asimismo, rige dicha disposición legal para el personal de salud afecto a la Ley N° 19.378 o Estatuto de Atención Primaria de Salud, con contrato de plazo fijo, o de reemplazo.*
- 4) *Reconsideráse los dictámenes Ords. Nos 1801/61, de 25.03.92; 2535/95, de 05.05.92; 918/41, de 07.02.95; 2969/143, de 06.08.2001, en su conclusión N° 2); 3859/138, de 16.09.2003, y cualquiera otro que contenga similar doctrina o sea incompatible con la del presente dictamen.*

**Ordinario N° 2006/0119, de 16.04.1999:**

*Si la empresa empleadora no solicitó el desafuero judicial previo de la trabajadora basado en la causal N° 4 del artículo 159 del Código del Trabajo, esto es, vencimiento del plazo del contrato, a fin de que se autorizara el término de la relación laboral en la fecha de expiración del contrato, el 31.07.1998, forzoso resulta convenir que el contrato continuó vigente con posterioridad a esta fecha.*

*Asimismo, como no consta que se haya suscrito otro contrato de plazo fijo, el contrato se transformó en contrato de duración indefinida.*

*No fueron las licencias médicas de la trabajadora posteriores al 31.07.1998, fecha de vencimiento de su contrato de plazo fijo, las que llevaron a la prórroga del contrato, sino la omisión de solicitar por parte de la empleadora el desafuero judicial de la trabajadora acogida a fuero maternal en forma previa al vencimiento del contrato.*

*Ahora bien, tratándose de un contrato de trabajo de duración indefinida, y habiendo expirado el fuero maternal simultáneamente con el aborto sufrido por la trabajadora el 29.08.1998, según lo ha sostenido la reiterada doctrina de este Servicio, manifestada, entre otros, en dictamen N° 3143, de 27.05.1985, corresponde concluir que a partir de esta última fecha el contrato de trabajo de la dependiente podía concluir por cualquiera de las causales de término previstas en los artículos 159, a excepción de la del N° 4 comentada, y 160 del Código del Trabajo, y en cuanto a las del artículo 161, como lo ha sostenido igualmente la doctrina reiterada de esta Dirección, no procedía su aplicación, si la trabajadora se encontraba acogida a licencias médicas como lo señala de modo expreso el inciso 3° de la misma disposición.*

**Ordinario N° 5468/324, de 02.11.1999:**

*Los contratos de trabajo suscritos para una obra o faena determinada que consignan una fecha cierta de término y que son renovados por una vez, deben considerarse contratos a plazo fijo y no por obra o faena.*

**Ordinario N° 7878/0392, de 26.12.1997.**

*Para los efectos de transformar un contrato de plazo fijo en uno de duración indefinida, el legislador ha considerado únicamente el número de renovaciones, sin establecer condiciones o requisitos sobre la forma y contenido de la renovación para que se produzca el efecto jurídico previsto en la norma en análisis.*

*De consiguiente, a juicio de esta Repartición, no existiría inconveniente jurídico para que las partes al convenir la renovación de un contrato de plazo fijo, de mutuo acuerdo, pactaran un plazo mayor o menor de duración al plazo original, o modificaran el monto de la remuneración, aumentándola o disminuyéndola, o alteraran el sistema remuneracional que habían pactado primitivamente, acorde con lo prevenido en el inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 4810/0228, de 17.08.1994.**

*No resulta jurídicamente procedente poner término al contrato de trabajo de plazo fijo de un dependiente que se encuentra cumpliendo el servicio militar, aún en el evento que el vencimiento del plazo convenido por las partes se produzca durante el período de reclutamiento.*

## EL CONTRATO POR OBRA O FAENA DETERMINADA

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 954/009, de 15.03.2019:**

*Acorde a lo establecido por el artículo transitorio de la ley No 21.122, la normativa que en ella se contiene se aplicará a los contratos por obra o faena celebrados a partir del 1° de enero de 2019, sin perjuicio de la gradualidad que se establece respecto al número de días de indemnización por tiempo servido a que tienen derecho los trabajadores, según la fecha de celebración de sus respectivos contratos.*

*Asimismo, se desprende de la nueva normativa que ésta, al ser de carácter general, no resultaría aplicable a aquellos contratos regidos por normas especiales, sobre todo aquellos respecto de los cuales el legislador ha establecido reglas de ese carácter en cuanto tipo de contrato, duración, renovación, entre otras características. Tal es el caso del contrato de aprendizaje, del contrato de los trabajadores embarcados o gente de mar y de los trabajadores portuarios eventuales y del contrato de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñen actividades conexas. Todo lo anterior, sin perjuicio de las facultades que la nueva ley entrega a la Inspección del Trabajo respectiva para analizar y calificar cada caso particular.*

**Ordinario N° 954/009, de 15.03.2019:**

*La legislación anterior no contenía un reconocimiento expreso y pormenorizado de este tipo de contrato de trabajo, estando regulado sólo en las normas sobre terminación de contrato, en particular, la del número 5 del artículo 159 del Código del Trabajo que establece que el contrato de trabajo termina por la conclusión del trabajo o servicio que le dio origen.*

*La Dirección del Trabajo, a través de su jurisprudencia administrativa, reconoció y sistematizó este tipo de relación contractual, siendo la nueva normativa legal la que regula hoy expresamente esta figura, estableciendo un concepto específico en el artículo 10 bis del Código del Trabajo, disposición que establece lo siguiente:*

*De los términos expresos de la norma legal precitada, resulta posible desprender sus elementos esenciales, teniendo presente la definición de este nuevo tipo de contrato, entendido como:*

*"Aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella."*

*En primer lugar, el contrato de trabajo por obra o faena mantiene como partes del contrato al empleador y al trabajador y los demás elementos esenciales de todo contrato de trabajo:*

- a) Prestación de servicios del trabajador al empleador.*
- b) Pago de remuneración del empleador al trabajador.*
- c) Vínculo de subordinación o dependencia del trabajador al empleador.*

*A estos elementos generales de todo contrato de trabajo, se agrega que el objeto del contrato por obra o faena determinada es la ejecución de una obra material o intelectual específica y determinada, cuya duración determina la vigencia de la respectiva relación laboral.*

*Acto seguido, la nueva normativa entra a precisar -sin definir- los conceptos de obra material o intelectual, haciéndose cargo de situaciones fácticas que previamente no encontraban regulación expresa en la ley, indicando que:*

*"Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido."*

*De lo anterior es importante señalar que deberá ser objeto de un análisis caso a caso la determinación de si dos o más contratos de trabajo por obra o faena determinada deben ser considerados como un contrato de plazo indefinido por no reunir los elementos esenciales del contrato en análisis.*

*Sin perjuicio de ello y considerando que el objeto principal del contrato por obra o faena determinada consiste precisamente en la ejecución material o intelectual de la misma, a modo de ejemplo podría tratarse de la construcción o instalación de una parte de un edificio (techumbre, ventanas, ductos, etc.) o la excavación de un canal de regadío, ambos casos de una obra material o el desarrollo de una plataforma, programa o aplicación informática o de un proceso productivo determinado, en el caso de obras intelectuales.*

*De la nueva normativa se desprende que el contrato por obra o faena determinada reviste el carácter de un contrato de plazo indeterminado, en tanto no se encuentra prefijada exactamente su fecha de término, la cual dependerá de la duración de la obra específica para la cual fue contratado el dependiente. Ello implica que las partes no tienen certeza respecto de la fecha cierta de término del contrato que han celebrado, toda vez que ésta estará supeditada o circunscrita a la duración de la obra o faena determinada de que se trate, debiendo considerar hitos objetivos y concretos, en virtud de los cuales se puedan definir respectivamente el inicio y el término de cada contrato por obra o faena determinada, de tal forma que guarden debida relación con la naturaleza de los servicios específicos de que se trate, a fin de diferenciarlos en un contexto general que pueda amparar legalmente dos o más contratos por obra o faena.*

*Tratándose de las obras materiales citadas como ejemplo anteriormente, los hitos objetivos podrán ser la conclusión de la instalación de la techumbre, ventanas o ductos en el edificio respectivo o la conclusión de la excavación del canal de regadío en las dimensiones acordadas, o la puesta en producción o marcha de la plataforma, programa o aplicación informática o de un proceso productivo, en el caso de obras intelectuales.*

*En estos casos, podrían legalmente diferenciarse dos o más contratos por obra o faena determinada que, teniendo una misma naturaleza, instalación de techumbre, por ejemplo, cada contrato lo sea respecto de edificios distintos localizados en lugares diferentes, o en el caso del desarrollo de una aplicación informática, teniendo la misma naturaleza, el idioma de la aplicación sea distinto en cada uno de los contratos por obra.*

*Respecto a la terminación del contrato de trabajo, ocurrida ésta por conclusión de la obra, el empleador deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Trabajo.*

*Conforme a todo lo anterior y sin perjuicio de los ejemplos mencionados, la determinación de la existencia o no del contrato por obra o faena determinada en cuanto a sus requisitos, exigencias y terminación, es una*

*cuestión que deberá, necesariamente, ser determinada caso a caso, requiriéndose un análisis fáctico y objetivo de la naturaleza y forma de ejecución de los servicios, labores y actividades, así como también respecto de los productos, variedades y especies vinculados con ellos, y las diferentes tareas o etapas del proceso productivo respectivo.*

**Ordinario N° 5468/0324, de 02.11.1999:**

*Lo que caracteriza esencialmente a un contrato por obra o faena, es que las partes al momento de suscribirlo convienen de antemano duración, no teniendo las mismas, sin embargo, certeza respecto del día en que dicha obra o faena va a concluir y, por ende, la fecha cierta de término del respectivo contrato.*

**Ordinario N° 1674/094, de 29.03.1999:**

*“La ley faculta a los contratantes para pactar las modificaciones contractuales que estimen convenientes, siempre y cuando las mismas versen sobre materias sobre las cuales la ley no les hubiere prohibido convenir.*

*Antes del vencimiento de los plazos estipulados convinieron con su empleador, a través de un anexo de su respectivo contrato, modificar la cláusula que establecía dicho plazo fijo y sustituirla por otra de plazo indeterminado.*

*Posible es convenir que la misma no contraviene tal normativa, toda vez que la modificación señalada, además de efectuarse de común acuerdo, versa sobre materias que la ley faculta a las partes para negociar, cual es, la relativa a la duración del contrato, una de las estipulaciones mínimas que debe contener este de acuerdo al artículo 10 del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 0100/0100, de 08.06.2004:**

- 1) *Contrato por obra o faena es aquella convención en virtud de la cual el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella.*
- 2) *Constituyen contratos por obra o faena transitoria, aquellos que se celebran para la ejecución de una obra o trabajo que por su naturaleza intrínseca tiene el carácter de momentánea o temporal, circunstancia ésta que deberá ser determinada en cada caso particular, debiendo entenderse así reconsiderada la doctrina contenida en Ord. N° 881/42, de 9.02.94.*
- 3) *Sólo se encuentran impedidos de negociar colectivamente, los trabajadores afectos a contratos por obra o faena transitoria, entendiéndose por tales para estos efectos de acuerdo a lo señalado en el punto 2), aquellos que se celebran para la ejecución de una obra o trabajo que por su naturaleza intrínseca tiene el carácter de momentánea o temporal, circunstancia ésta que deberá ser determinada en cada caso particular.*
- 4) *No revestirían el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores de carácter permanente, las que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, requisito, que, como ya se expresara, resulta esencial para configurar contratos de este tipo.*
- 5) *No resulta jurídicamente procedente la contratación sucesiva por obra o faena, si la labor convenida por el trabajador no ha finalizado y continúa siendo desarrollada por la empresa hasta su total finalización, sucedería, por ejemplo, si éste hubiere sido contratado primeramente para la construcción de 10 kms. de un camino que abarca un total de 100 kms., siendo finiquitado y recontratado posteriormente para la construcción de otros 10 y así, sucesivamente.*
- 6) *Atendido que el término de la obra o faena precisa para la cual fue contratado el dependiente debe importar el término de la respectiva relación laboral, no resulta posible la renovación de un contrato de tal naturaleza, sin perjuicio de que una vez que aquélla haya finalizado y finiquitado, éste pueda ser recontratado para una faena distinta a la primitiva. "*

*Ordinario N° 4086, de 05.08.2016:*

*La reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Dirección, Dictámenes Nos 2389/100, de 08.06.2004, 2659/120, 29.06.2004, 5036/186, 30.11.2004, y 2225/034, de 27.05.2011, entre otros pronunciamientos, ha dejado establecido que los contratos por obra y faena tienen por objeto la ejecución de obras o servicios específicos y determinados, que por su naturaleza, tienen una duración limitada pero indeterminada en el tiempo, característica ésta última, que los diferencia de los contratos de trabajo a plazo fijo.*

*Al respecto, sobre la misma materia, la jurisprudencia judicial contenida en sentencia de 16.05.2003, de la Excm. Corte Suprema, entre otras, ha precisado en qué consiste el carácter finable de los contratos por obra y faena, al explicar, "que significa que debe existir una relación directa y específica entre el trabajo o servicio contratado y su terminación natural, sin iniciativa ni intervención del empleador, y que, por lo tanto, escapa a la voluntad de los contratantes, puesto que el objeto del contrato ha sido la ejecución de una labor específica o de un servicio determinado, produciéndose su término automáticamente".*

*Son los casos, por ejemplo, de la construcción de una casa, o un puente; o bien, la cosecha de fruta de temporada.*

## **PRESUNCIÓN DE CONTRATO INDEFINIDO EN CASO DE CONTRATACIÓN SUCESIVA POR OBRA O FAENA**

### **PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

*Ordinario N° 954/009, de 15.03.2019:*

*La nueva normativa establece que las diferentes etapas o tareas que comprende la realización de una determinada obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos sucesivos de tal naturaleza, por lo que, en caso de darse esta situación, deberá entenderse que el respectivo contrato tendrá carácter indefinido, sujeto a la regulación y a los efectos que dicha condición conlleva.*

*En relación con lo expuesto, cabe precisar que la doctrina institucional sustentada sobre la materia con anterioridad a la dictación de la ley No 21.122, establecía que no resultaría jurídicamente procedente la contratación sucesiva por obra o faena, si la labor ejecutada primitivamente por el trabajador no ha finalizado y continúa siendo desarrollada por la empresa hasta su total finalización, como sucedería, por ejemplo, si este hubiere sido contratado primeramente para la construcción de 10 kilómetros de un camino que abarca un total de 100 kilómetros, siendo finiquitado y recontratado posteriormente para la construcción de otros 10 y, así, sucesivamente.*

*La citada doctrina precisa que si bien en tal caso se estaría en presencia de una obra de duración temporal, como es la construcción de un camino, la circunstancia de que el trabajador vaya siendo recontratado para la ejecución de tramos determinados del mismo, implica el desconocimiento de uno de los principios básicos del Derecho del Trabajo, cual es el de la Continuidad de la Relación Laboral, generando un menoscabo a los derechos irrenunciables del trabajador, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° del Código del Trabajo.*

*La jurisprudencia administrativa en comento se aviene plenamente con las nuevas disposiciones contenidas en el artículo 10 bis del Código del Trabajo y resulta aplicable a la situación allí prevista en relación a la contratación sucesiva bajo la modalidad que nos ocupa, respecto de las distintas etapas o tareas que comprende la realización de una determinada faena.*

*De este modo, forzoso resulta concluir que no resulta jurídicamente procedente la contratación sucesiva por obra o faena, si la labor convenida por el trabajador no ha finalizado y continúa siendo desarrollada por la empresa hasta su término.*

*Dado que la obra o faena debe ser determinada en su inicio y en su fin, el legislador ha considerado que es esa y no otra la unidad conceptual por la cual es permitido celebrar un contrato por obra determinada, por lo cual las etapas o tareas, conceptos sinónimos, que componen una obra o faena que ya tiene hitos de inicio y de término, no pueden ser objeto de este tipo de contratos. La razón de ello radica en que el legislador ha querido dotar de estabilidad a la relación laboral y que no se parcialice de tal forma que los derechos del trabajador queden disminuidos y, con ello, las posibilidades de un trabajo estable, aunque temporal, queden disminuidas o se vean afectadas.*

*Ello no debe confundirse con las legítimas etapas en que se puede dividir, por ejemplo, un proyecto inmobiliario, en el que la contratación por obra de un trabajador, lo sea respecto de una etapa del proyecto, el cual puede estar compuesto de un determinado número y/o tipo de casas. El mismo trabajador, podrá ser contratado por obra para otra etapa del proyecto inmobiliario, en la medida que cada etapa pueda ser considerada en sí como una obra o faena determinada, lo cual deberá ser analizado caso a caso.*

*Con esto, es el legislador quien -sin perjuicio del análisis de cada situación particular- establece una regla de conducta general y de calificación objetiva que establece una hipótesis precisa y clara de transformación de este tipo de contrato en uno de carácter indefinido, ante el evento de celebrarse dos o más contratos de este tipo respecto de las tareas o etapas de una misma obra o faena.*

*De esta forma, no podrían ser objeto de contratos sucesivos el primer, segundo o tercer metro de canal de regadío realizado, o bien, la celebración de contratos sucesivos por metro cuadrado de techumbre construida.*

*A su vez, en el caso de labores agrícolas, la determinación de la existencia de una obra o faena determinada sobre la cual se celebra un contrato de trabajo, podrá establecerse, sobre la base de criterios generales, como por ejemplo, según el tipo de labor, como lo son las actividades de poda, control de heladas, raleo o cosecha y, también, dentro de cada grupo o tipo de labor, se podrá diferenciar según la variedad y la especie objeto de la misma.*

*De esta forma, sería lícita la celebración de contratos por obra o faena con un mismo trabajador, por ejemplo, cuando cada uno de ellos se refiere a labores de control de heladas, raleo o cosecha, respectivamente; así como también lo serán los contratos celebrados para el raleo de tal o cual variedad de una especie determinada y, posteriormente, de otra especie también determinada, diversa de la anterior.*

*Por el contrario, no sería lícita la celebración de dos o más contratos continuos bajo esta modalidad cuando las labores de uno y otro instrumento sean idénticas en actividad, variedad y especie, como lo sería un contrato que sucede a otro en el que las labores sean, por ejemplo, la cosecha de la misma variedad y especie, pero donde un contrato se refiera a la hilera número uno de un predio agrícola y otro contrato a la hilera número dos del mismo predio.*

*El legislador ha sido claro y riguroso en establecer que solamente podrá ser objeto de este tipo de contrato una obra material o intelectual específica y determinada dentro de una unidad de tiempo circunscrita a hitos precisos y objetivos respecto a su inicio y término, no siendo posible que las etapas o tareas de una misma obra material o intelectual, puedan ser objeto de múltiples y sucesivos contratos de este tipo respecto de un mismo trabajador y por los mismos servicios. Esto, con el objeto de otorgar certeza y protección al trabajador respecto a este tipo de relación contractual, y a los derechos y obligaciones que de ella emanan.*

*Sin perjuicio de lo anterior, es procedente que, atendida la gradualidad concreta y objetiva de una obra o faena determinada, compuesta de diversas tareas y etapas, el número de trabajadores contratados para prestar servicios de una misma naturaleza, labor o actividad, sea variable durante la ejecución de la obra o faena, pudiendo por ejemplo comenzar la obra con un número menor de trabajadores en comparación a la etapa intermedia, en la que la obra puede requerir el máximo número de trabajadores para su ejecución, el cual puede, a su vez, disminuir gradualmente durante la etapa de término de la obra o faena determinada, todo ello en la medida que la referida gradualidad derive objetivamente de la naturaleza y condiciones de la obra o faena determinada y no de la mera voluntad o discrecionalidad del empleador.*

**Ordinario N° 1035, de 21.02.2018:**

*Con fecha 09.01.2018, este Servicio emitió el Ord. N° 120, que, sobre la base del dictamen Ord. N° 2389/100 de 08.06.2004, en materia de contratación sucesiva por obra o faena, sostuvo lo siguiente:*

*“En lo que respecta a la procedencia de suscribir contratos sucesivos por obra o faena y los efectos que de ello se derivan se hace necesario efectuar las siguientes precisiones:*

*a) Acorde al concepto de contrato por obra o faena fijado en párrafos precedentes, la respectiva contratación sólo puede tener por objeto la realización por parte del trabajador de una obra o servicio finable, determinado en el respectivo instrumento, cuya duración está supeditada a la conclusión de la obra o servicio específico convenido y que por lo tanto no es posible su repetición.*

*Lo anterior determina que no revestirán dicho carácter aquellos que implican la realización de labores de índole permanente, las que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, requisito, que, como ya se expresara, resulta esencial para configurar contratos de este tipo.*

*(...) b) Sobre la base del mismo concepto, no resultaría jurídicamente procedente la contratación sucesiva por obra o faena, si la labor ejecutada primitivamente por el trabajador no ha finalizado y continúa siendo desarrollada por la empresa hasta su total finalización, como sucedería, por ejemplo, si éste hubiere sido contratado primeramente para la construcción de 10 kms. de un camino que abarca un total de 100 kms., siendo finiquitado y recontratado posteriormente para la construcción de otros 10 y así, sucesivamente.*

*Ello, por cuanto si bien, existe en tal caso una obra de duración temporal, como es la construcción de un camino, la circunstancia de que el mismo trabajador vaya siendo recontratado para la ejecución de tramos determinados del mismo, implica el desconocimiento de uno de los principios básicos del Derecho laboral, cual es el de la continuidad de la relación laboral, e importa para el trabajador una vulneración de derechos propios de una relación de carácter indefinido, tales como el feriado o descanso anual, indemnización por años de servicio, etc. los cuales tienen el carácter de irrenunciables acorde a lo prevenido por el inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo.*

*Configurándose una situación como la señalada, se estima que se estaría en presencia de una relación laboral única y continua que permitirá al trabajador impetrar todos los derechos propios de un vínculo contractual de carácter indefinido.”*

*Concuerda con el referido criterio la jurisprudencia judicial de unificación, manifestada en fallo Rol 4656-2014 de 29.12.2014, en el cual la E. Corte Suprema dispuso:*

*“Que, las reflexiones anteriores permiten concluir que los servicios que pueden dar lugar a que opere la causal prevista en el N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo, deben ser necesariamente transitorios o de limitada duración -no indefinidos- de suerte que en caso de extenderse en el tiempo, es posible presumir la existencia de, o conversión en, un contrato de duración indefinida, cuya terminación está sujeta al sistema de justificación contemplado en la ley. Dicha conclusión, implica dar el verdadero alcance a los contratos por obra o faena, ajustándolos al espíritu del legislador laboral, que los previó en forma excepcional y evitar que éstos puedan ser utilizados para eludir las indemnizaciones previstas para los de duración indefinida, por la vía de invocar la autonomía de la voluntad o la temporalidad que pueda afectar al empleador en sus vinculaciones con terceros, desde que con ello se estaría permitiendo la renuncia a derechos que son irrenunciables.”*

*Con todo, corresponde indicar que los citados pronunciamientos administrativos se han encargado de precisar que una situación distinta a la descrita ocurre cuando, una vez finalizada la obra para la cual fue contratado el dependiente y finiquitada la relación laboral respectiva, éste es nuevamente contratado por el mismo empleador para una faena distinta dentro de aquella en que se desempeñó o en otra obra que éste ejecute, pues conforme al criterio institucional, contenido entre otros, en el dictamen Ord. N° 5379/321 de 05.10.1993, la circunstancia de que un trabajador sea contratado para una faena determinada y al término*

*de ésta continúe prestando servicios en una faena distinta dentro de la misma obra, no produce el efecto de transformar dicho contrato en indefinido.*

*A su turno, en cuanto a la procedencia de renovar un contrato por obra o faena, la doctrina aludida señala:*

*"(...) el término de la obra o faena precisa para la cual fue contratado debe importar el término de la relación laboral por lo cual no resulta posible su renovación, sin perjuicio de que una vez que aquélla haya finalizado y finiquitado, el dependiente sea recontratado para una faena distinta en los términos ya señalados."*

*De esta manera, el citado Ord. 120, ha venido en reafirmar que, no resulta jurídicamente posible renovar el contrato de trabajo por obra o faena; lo que no obsta a que, una vez finalizada la obra para la cual fue contratado el dependiente y finiquitada la relación laboral respectiva, éste es nuevamente contratado por el mismo empleador para una faena distinta dentro de aquella en que se desempeñó o en otra obra que éste ejecute.*

*En consecuencia, respondiendo la consulta, cabe sostener que la legislación laboral no contempla un plazo determinado cuyo transcurso permita al contrato mantener su calidad de contrato por obra o faena, así como tampoco un plazo preciso que, por sí solo, conduzca a su transformación en indefinido, siendo la doctrina recién reseñada la que corresponde tener presente al momento de examinar un eventual caso concreto de contratación sucesiva por obra o faena.*

*Sobre el particular, valga recordar que el aludido Ord. N° 2389/100 ha sostenido que en este tipo de contratos las partes, al momento de celebrarlo, convienen de antemano una duración circunscrita al tiempo de ejecución de las respectivas obras o faenas, no teniendo sin embargo certeza respecto del día preciso de conclusión o término de las mismas y, por ende, de la fecha cierta del término del contrato que las une, el que se producirá naturalmente cuando acaezca tal evento, sin que sea necesario para ello la iniciativa del empleador o la manifestación de voluntad de los contratantes en tal sentido.*

*En otros términos, dice el dictamen, el contrato por obra o faena, si bien tiene una subsistencia limitada en el tiempo, la duración exacta de éste no es conocida por las partes al tiempo de la contratación.*

*Ahora bien, merece especialmente considerar que la única situación de hecho que permitiría la existencia de un nuevo contrato por obra respecto de un trabajador previamente contratado por faena determinada, sería, según la doctrina estudiada, el caso del dependiente que, luego de finalizada la faena inicial y de otorgado el pertinente finiquito, celebra otro contrato con el mismo empleador para la ejecución de una faena diversa o en una obra distinta que pertenezca a la empresa de que se trate.*

**Ordinario N° 7181/364, de 25.11.1997:**

*De lo expuesto anteriormente, aparece que en nuestro ordenamiento jurídico laboral se contempla la existencia de un contrato de trabajo que se celebra para la ejecución de una determinada obra o faena transitoria o de temporada, y que puede terminar por la conclusión del trabajo o servicio específico que constituía el objeto mismo del contrato.*

*Ahora bien, respecto a la expresión "faena transitoria", este Servicio mediante dictámenes N°s. 4360, de 23 de diciembre de 1981 y 4617, de 22 de septiembre de 1983, fija su sentido y alcance señalando que por ella "debe entenderse aquella obra o trabajo que, por su naturaleza intrínseca tiene el carácter de momentánea, temporal o fugaz".*

*Por otra parte, para determinar el concepto y alcance de la expresión "obra o faena de temporada", cabe considerar las normas de hermenéutica legal contenidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil, según las cuales, "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", debiendo entenderse las palabras de la ley "en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras".*

*La jurisprudencia ha sostenido invariablemente que "sentido natural y obvio" es aquel que a las palabras da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, conforme al cual "de temporada" significa "durante algún tiempo, pero no de manera permanente".*

*De lo expuesto anteriormente se infiere que el legislador al emplear los términos "obra o faena transitoria o de temporada" se ha referido a aquellos servicios u obras que por su naturaleza necesariamente han de terminar, concluir o acabar, es decir, que tienen una duración limitada en el tiempo, en términos que no es posible su repetición en virtud de una misma relación laboral.*

*Por lo tanto, posible resulta afirmar que la contratación por obra o faena transitoria o de temporada sólo resultaría viable concurriendo indistintamente, cualquiera de los siguientes requisitos: a) que se trate de trabajadores que ocasionalmente se desempeñan para un mismo empleador o b) que la naturaleza de los servicios desarrollados u otras circunstancias especiales y calificadas permitan la contratación en las condiciones señaladas.*

*Las exigencias precedentemente indicadas se justifican si se considera que con la aplicación indebida de un sistema de contrataciones sucesivas por obra o por temporada, en casos en que no se den los supuestos que efectivamente configuran relaciones de esta naturaleza, se vulnerarían los derechos laborales de los dependientes, entre los que pueden citarse la indemnización por años de servicio y el feriado legal, los que tienen carácter de irrenunciables de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Código del Trabajo.*

*En la especie, de los documentos tenidos a la vista y especialmente, del informe evacuado por el fiscalizador Sr. Mario E. Ovalle E., aparece que la empresa Sociedad Metalúrgica Arrigoni Hnos. S.A. se dedica a la fabricación de estructuras metálicas de gran tamaño, manteniendo un importante número de trabajadores contratados por obra. Estos realizan siempre sus labores en el establecimiento de la empresa, ya que la instalación de las estructuras se hace, posteriormente, a través de empresas especializadas.*

*De los mismos antecedentes referidos, se ha podido determinar que la Empresa de que se trata, desde hace más de cuatro años celebra con los mismos trabajadores contratos sucesivos por obra o faena, al término de los cuales extiende el respectivo finiquito con las formalidades legales. Consta también que estos contratos "por obra", tienen una duración de 11 meses y días y en un alto porcentaje, de más de un año y en ellos aparece citada la obra para la cual prestarán servicios, en forma genérica, señalándose en muchos casos en el finiquito respectivo, que el contrato concluye por "término parcial" de obra ....., sin que los trabajadores sepan con certeza si efectivamente la referida obra llegó a su término o no, menos en aquellos casos en que queda constancia del término parcial de la misma.*

*Asimismo, se desprende, que los trabajadores antes de firmar el finiquito respectivo, ya tienen suscrito el nuevo contrato, que comienza a regir 4 ó 5 días después, en los que se estipulan las mismas labores que en el anterior y, a veces, hasta para la misma obra o faena, supuestamente transitoria.*

*La situación anterior autoriza para sostener que las labores que desarrolla este personal tienen un carácter permanente y no eventual, permanencia que explica tanto el hecho de que los contratos de los mismos tengan, como ya se dijera, una duración de casi un año y en muchos casos superior a un año, así como también la circunstancia de que éstos se renuevan en forma continua y sucesiva con los mismos trabajadores.*

*De esta suerte, preciso es convenir que, en el caso que nos ocupa, no se cumplen las condiciones de hecho que permiten la contratación sucesiva por obra o faena transitoria en los términos previstos por el legislador, toda vez que los trabajadores de que se trata no se desempeñan en forma ocasional para un mismo empleador, sino que, por el contrario, en muchos casos prestan servicios continuos desde hace más de 4 años para la misma Empresa y en el mismo tipo de faenas.*

*De consiguiente, atendido todo lo expuesto no cabe sino concluir que el vínculo jurídico que une a la empresa Sociedad Metalúrgica Arrigoni Hnos. S.A. con el personal que nos ocupa y que se desempeña en las condiciones antes descritas, sólo puede estar regido por un contrato de duración indefinida, el que les otorga*

*todos los derechos y prerrogativas propias de un contrato de esta naturaleza, entre ellos, el derecho a negociar colectivamente.*

## FACULTADES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO PARA CALIFICAR ESTE TIPO DE CONTRATOS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 954/009, de 15.03.2019:*

*Según lo prevenido en el párrafo final del artículo 10 bis del Código del Trabajo, el legislador ha excluido expresamente del concepto de contrato por obra o faena determinada a aquellas convenciones que tienen por objeto la realización de labores de índole permanente, esto es, aquellas que no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, situación de hecho que deberá ser determinada en cada caso particular por la respectiva Inspección del Trabajo o por los tribunales de justicia en caso de controversia.*

*Conforme a lo expuesto, no procedería la celebración de contratos por obra o faena respecto de labores que no cesan o concluyen por su propia naturaleza como lo exige la ley, sino que constituyen funciones de carácter permanente, situación que no se aviene con las características de temporalidad propia de este tipo de contratos.*

*Es por lo mismo que el inciso tercero del nuevo artículo 10 bis del Código del Trabajo, refuerza la definición del contrato por obra o faena determinada, en sentido negativo, así como la normativa lo ha hecho respecto del trabajo en régimen de subcontratación, excluyendo determinados tipos de contratos de este concepto en los siguientes términos:*

*"No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los Tribunales de Justicia en caso de controversia."*

*Como se adelantó, haciendo uso de la técnica legislativa de la definición en contrario, el legislador establece -a contrario sensu- que las labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, no serán objeto de un contrato por obra o faena.*

*El legislador se ha preocupado de resguardar las relaciones de trabajo que por su propia naturaleza son de duración indefinida, procurando que éstas no se transformen, artificiosamente, en contrataciones sucesivas por obra o faena determinada. En efecto, aquellas labores que son de carácter permanente conforme su naturaleza deben entenderse siempre objeto de un contrato de duración indefinida, puesto que se trata de labores, que, precisamente, subsisten mientras se mantenga la actividad de la empresa.*

*A modo de ejemplo, en la construcción, las labores de bodega que van de una obra a otra para el acopio y resguardo de materiales y herramientas no terminan conforme su naturaleza, sino que, en forma independiente al término de una obra determinada, subsistiendo mientras se mantenga la actividad de la empresa. Lo propio podría señalarse respecto de labores de tractoreo en faenas agrícolas, que se requieren para el manejo permanente de las actividades de la empresa o del predio, no contando con un hito específico que permita definir un término de una obra o servicio.*

*Si bien señala la nueva normativa que será la Inspección del Trabajo respectiva la que determinará -en su caso- la existencia de contratos que no revistan el carácter de obra o faena -sin perjuicio de la intervención de los Tribunales de Justicia-, no es menos cierto que, en aplicación del principio de primacía de la realidad que debe operar en las relaciones de trabajo, la labor de este Servicio consistirá en una constatación y calificación de una situación de hecho dentro de un determinado espacio de tiempo, la cual, de conformidad al inciso segundo del artículo 23 del DFL N° 2 de 1967, sobre la Dirección del Trabajo, gozará de presunción legal de veracidad para todos los efectos legales.*

*Para efectos de esta calificación, será esta Dirección del Trabajo la que, en uso de sus facultades, dispondrá las instrucciones respectivas para la ejecución de esta labor fiscalizadora.*

*Con todo, no está demás indicar que, si bien la normativa hace presente las facultades de los Tribunales de Justicia en caso de controversia para la determinación de que trata el inciso tercero del artículo 10 bis del Código del Trabajo, las partes tienen a salvo su propia facultad de recurrir a los Tribunales de Justicia, sin la intervención previa de este Servicio, de acuerdo a lo señalado en el artículo 420 del mismo Código.*

**Ordinario N° 2642, de 08.06.2018:**

*Conforme a dicho antecedentes, es preciso convenir que, en la especie, la condición de contrato por obra o faena que la Universidad empleadora asigna al instrumento suscrito por la afectada derivaría de la suscripción del convenio celebrado entre aquella y el Ministerio de Educación para la realización del programa ya citado, el cual si bien es cierto tiene una vigencia precisa y limitada en el tiempo, no lo es menos, que el término de dicha vigencia no determina naturalmente la conclusión de los servicios prestados por dicha dependiente, como ocurre, tratándose de una obra o faena finable por su esencia, sino que tal condición emana en este caso de un acuerdo de voluntades de la empleadora y un tercero ajeno a la respectiva relación laboral.*

*Dicha circunstancia impide, en opinión de este Servicio, asignar el carácter de contrato por obra o faena a aquel celebrado entre la trabajadora involucrada y la Universidad Católica de Temuco.*

**Ordinario N° 0046/001, de 06.01.2005:**

*Lectura de medidores de agua potable en las conexiones domiciliarias, en virtud de contratos celebrados entre dicha empleadora y diversas empresas de agua potable, no revisten el carácter de contratos por obra o faena determinada.*

**Ordinario N° 0364/006, de 22.01.2003:**

*Los contratos de trabajo de las manipuladoras de alimentos, que laboran en la concesión de raciones alimenticias escolares, serán de plazo fijo, toda vez que las partes, como se expresara, acuerdan su duración por un período determinado, que tiene un inicio y un fin conocidos, coincidentes con el año escolar, elementos que caracterizan a los contratos de plazo fijo y que los diferenciarían de los contratos por obra o faena.*

*En nada podría hacer variar lo anterior, la circunstancia que se vincule la vigencia del contrato de trabajo al mantenimiento del convenio con la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, en materia de raciones alimenticias, si de producirse el término anticipado de éste terminará también el contrato de trabajo, si tal situación es excepcional, y por ello no podría alterar la regla general de conclusión conocida del contrato de trabajo.*

*De esta suerte, en el caso en estudio, no se ajustaría a derecho que se suscriba contratos por obra o faena determinada, con las trabajadoras que se desempeñan como manipuladoras de alimentos de las raciones que se otorgan durante el período escolar, en los establecimientos en los cuales exista concesión de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas.*

*Por lo mismo ya expuesto, no sería pertinente que los contratos en estudio puedan ser tenidos como de plazo indefinido, como se sugiere en la presentación, es decir, sin determinación de su duración, si ellos la tienen, precisada por voluntad de las partes y del servicio que les sirve de causa.*

**CAUSALES DE TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL APLICABLES A LOS CONTRATOS POR OBRA O FAENA DETERMINADA**

## PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1556/021, de 07.04.2011:*

*Para efectos de determinar la remuneración íntegra a que tienen derecho durante su feriado legal los dependientes que laboran para la empresa ..... Ltda., quienes están sujetos a un sistema de remuneración mixta, el valor obtenido del promedio de las remuneraciones variables percibidas en los tres últimos meses laborados, debe dividirse por 30.*

## CONSIDERACIONES SOBRE CONTRATOS ESPECIALES

### EL CONTRATO DE APRENDIZAJE

#### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 4063/0207, de 03.07.1995.*

*"Contrato de aprendizaje es un contrato especial regulado por normas propias y su objeto preciso es impartir a un aprendiz por sí o por terceros los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa preestablecido, por un tiempo y en condiciones determinadas, y por ello la imperativa exigencia de contener a lo menos las estipulaciones descritas en el citado artículo 10 del Código Laboral.*

*De ello se sigue que esta clase de contrato no permite bajo ninguna circunstancia sustituir ni reemplazar dependientes y funciones permanentes regidos por el contrato de trabajo definido en el artículo 7° del aludido Código".*

*Ordinario N° 6727/0308, de 16.11.1994.*

*"Con cualquier trabajador menor de 21 años, un empleador puede celebrar un "Contrato de Trabajo de Aprendizaje" en los términos que señala la ley, pudiendo en él convenir remuneraciones que no estén sujetas a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 44 del Código del Trabajo, relativo al ingreso mínimo, no pudiendo, sin embargo regularse dichas remuneraciones mediante instrumentos colectivos de trabajo".*

*En forma excepcional, el legislador ha permitido celebrar el contrato especial de trabajo de aprendizaje con un menor de 24 años, extendiéndose de este modo el margen legal del artículo 79 del Código del Trabajo, en la medida que el trabajador se encuentre inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad que establece el artículo 12 de la Ley N° 19.284, en comento, por lo tanto, y en relación con la primera consulta formulada, es por ende, jurídicamente viable que un empleador celebre contratos de aprendizaje con trabajadores comunes menores de 21 años de edad y con trabajadores inscritos en el Registro Nacional de la Discapacidad, de edad inferior a los 24 años".*

*Ordinario N° 0537/07, de 06.02.2014*

*Tal como se advierte en la historia de la ley N° 19.591 de 09.11.1998, nuestro legislador procuró otorgar la protección del fuero maternal a todas las trabajadoras, sin distinción, manifestándose así en el artículo 194 incisos 3° y 4° del Código del Trabajo, disposiciones que determinando el ámbito de aplicación de las normas sobre protección de la maternidad señalan:*

*"Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional."*

*"Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravedad."*

*Se advierte entonces que, en la medida que una trabajadora se encuentre acogida a algún sistema previsional -circunstancia que concurre en el caso de la trabajadora aprendiz-, será considerada beneficiaria de las normas sobre protección a la maternidad, incluyéndose entre éstas las relativas al fuero.*

*En consecuencia sobre la base de las disposiciones legales transcritas y consideraciones formuladas, cumpla con informar que las trabajadoras sujetas a contrato de aprendizaje contemplado en el Capítulo I, Título II del Libro I del Código del Trabajo, son beneficiarias de las normas sobre protección a la maternidad y en tal carácter se encuentran amparadas por el fuero maternal.*

## EL CONTRATO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 4137/101, de 05.09.2017*

*En el caso de los contratos de trabajo celebrados con las personas mencionadas en esta disposición, el legislador establece la obligación de registrarlos junto a sus anexos, dentro de los quince días siguientes a su celebración.*

*Conforme a lo expuesto, la Dirección del Trabajo deberá implementar un sistema informático para que el empleador registre electrónicamente los contratos de trabajo, anexos o términos de aquellos, al tenor de dicha disposición.*

*Lo anterior, se vincula a una mayor cobertura de fiscalización por parte de este Servicio, debiendo guardar reserva de la información registrada.*

*A su vez, se relaciona con la información actualizada que requiere un sistema de evaluación permanente de los resultados de implementación de la ley, así como los elementos que la componen, teniendo presente el continuo cambio del mercado laboral y la necesidad de adecuar el sistema de inclusión laboral, en cuanto al impacto de la reserva legal vigente y los resultados de las medidas alternativas de cumplimiento, formulando propuestas de mejora, de conformidad al artículo 4° y 4° transitorio de la ley N° 21.015.*

## UNIDAD 5

### MODIFICACIONES Y ACTUALIZACIONES

#### TIPOS DE MODIFICACIONES QUE SE PUEDEN REALIZAR

##### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1517/0123, de 14.04.2000:*

*"El pacto sobre duración y distribución de la jornada de trabajo constituye una cláusula obligatoria del contrato, no puede ser modificada o suprimida sino por el mutuo consentimiento de los contratantes acorde a lo previsto por el artículo 5°, inciso 2° del Código del Trabajo".*

*Ordinario N° 5420/0253, de 13.09.1994:*

*"No existe inconveniente jurídico para que la Universidad de Viña del Mar de común acuerdo con su personal docente modifique la jornada de trabajo, por un tiempo o plazo, determinado conviniéndose que una vez vencido este plazo, volverá a regir la jornada inicialmente pactada, debiendo constar tal modificación por escrito, firmada por las partes, al dorso del contrato modificado o en documento anexo".*

**Ordinario N° 1127, de 10.03.2015.**

*Del análisis conjunto de las disposiciones legales transcritas, se desprende que el consentimiento es un elemento de la esencia del contrato de trabajo, toda vez que su perfeccionamiento como las modificaciones que se pretenda incorporar al mismo, requieren del acuerdo de voluntades de ambas partes.*

*Luego, el carácter consensual del contrato de trabajo determina que la cláusula que regule la remuneración de los trabajadores afectos al mismo, como toda modificación que se pretenda introducir al respecto, siga igual suerte, esto es, deberá ser acordada de común acuerdo entre las partes de la relación laboral.*

*Ahora bien, de su presentación aparece que el sistema que se propone implementar en la empresa consistiría en informar a los trabajadores, por medio electrónicos, entre otros aspectos, sobre la base de cálculo de las remuneraciones variables, lo cual, a juicio del suscrito, atendería contra el carácter consensual de todo contrato de trabajo, como, asimismo, implica introducir un evidente factor de incertidumbre para los trabajadores en un ámbito de suyo relevante como lo constituyen las remuneraciones.*

*En tales circunstancias, no cabe sino concluir que en la medida que el sistema propuesto se limite a comunicar a los trabajadores sobre la información asociada a las campañas, como, también, el procedimiento para determinar la remuneración variable de éstos, sin hacerlos partícipes de la manera en que ello ha sido establecido, esta Dirección se encontrará impedida de conceder la autorización solicitada, por tratarse de una materia sobre la cual corresponde que las partes convengan libremente, no correspondiendo que el empleador pueda decidir unilateralmente sobre la misma, situación que ocurriría en el evento de autorizarse la implementación de un sistema como el descrito.*

*Con todo, cabe anotar que la conclusión precedentemente expuesta no se ve alterada por la doctrina en virtud de la cual este Servicio ha resuelto que el contrato de trabajo es un documento respecto del cual no existe impedimento de suscribir electrónicamente, toda vez que los dictámenes pronunciados en tal sentido se han encargado de resguardar el carácter consensual del contrato de trabajo, al disponer lo siguiente: "... la forma y los medios en se proceda a formalizar la existencia de la convención, en nada altera la naturaleza consensual del contrato en comento y, por ende, en tanto dicha escrituración contenga las menciones mínimas establecidas en el artículo 10 del Código del Trabajo, resultará irrelevante que se practique por medios manuscritos, mecánicos, electrónicos o computacionales, siempre que aquellos no impidan el otorgamiento del ejemplar del contrato de trabajo que el dependiente requiere mantener en su poder".*

**Ordinario N° 5714, de 05.11.2015:**

*Que revisada la normativa del Código del Trabajo aparece que dicho cuerpo legal contempla en su artículo 9°, incisos 3° y 4°, la posibilidad de que el empleador, ante la negativa del trabajador a firmar su contrato de trabajo, recurra ante la Inspección del Trabajo, enviando a dicha oficina copia de tal documento, a fin de que requiera la firma al trabajador, pudiendo éste último ser despedido sin derecho a indemnización, si se mantiene en su negativa, salvo que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el respectivo contrato.*

*En efecto, la referida disposición legal prevé:*

*"Si el trabajador se negare a firmar, el empleador enviará el contrato a la respectiva Inspección del Trabajo para que ésta requiera la firma. Si el trabajador insistiere en su actitud ante dicha Inspección, podrá ser despedido, sin derecho a indemnización, a menos que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el documento escrito.*

*"Si el empleador no hiciere uso del derecho que se le confiere en el inciso anterior, dentro del respectivo plazo que se indica en el inciso segundo, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador."*

*Dicha norma legal, sin embargo, no resulta aplicable a los anexos de contratos de trabajo, careciendo este Servicio de facultades para requerir la firma al trabajador, en los términos antes señalados.*

*Precisado lo anterior, cabe señalar por su parte que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º del mismo cuerpo legal, los contratos individuales y colectivos de trabajo no pueden ser modificados sino por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes han podido convenir libremente.*

*Lo anterior, se encuentra corroborado con el precepto del artículo 1545 del Código Civil que, señala:*

*"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*

*Consecuente con lo expuesto, preciso es sostener que el empleador no se encuentra facultado para modificar unilateralmente el contrato de trabajo de sus dependientes ni a exigir a los mismos estampar su firma en los anexos de contrato, si es que no cuenta con la voluntad de ellos.*

*Lo anterior salvo que se trate de modificaciones a fin de ajustarse las partes contratantes a la normativa legal vigente. Así lo ha resuelto este Servicio en Dictamen N° 4963/042, de 18.10.2012, caso en el cual compete al empleador modificar unilateralmente el contrato de trabajo.*

**Ordinario N° 3110, de 09.07.2018:**

*Sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. que las modificaciones al contrato individual de trabajo deben efectuarse de común acuerdo entre las partes, con la prevención que dichos acuerdos en ningún caso pueden implicar un renuncia anticipada de los derechos conferidos al trabajador por la legislación mientras subsista la relación laboral, por constituir una contravención a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2º del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 3568, de 08.07.2016.**

*Ahora bien, en cuanto a las actividades que desarrolla la empresa ....., cabe señalar que el Reglamento N° 101 de 16 de enero de 1918 que determina los trabajos y establecimientos que queda exceptuados del descanso dominical, dispone:*

*"Se exceptúan del descanso público los individuos que se ocupen en las empresas o trabajos que se enumeran en seguida:*

*(I.) 1ª Categoría.*

*Por la índole de las necesidades que satisfacen o por el grave perjuicio público que acarrearía su interrupción:*

*6º Los servicios o empresas de correos, teléfonos, telégrafos y cables submarinos;"*

*Conforme a la síntesis normativa recién anotada, correspondería sostener que las tareas de los trabajadores a que se refiere la presentación que nos ocupa son de aquellas que se clasifican dentro del numeral 2º del citado artículo 38, razón por la cual los respectivos dependientes quedarían exceptuados del descanso dominical.*

*Sin embargo, consta de la presentación de origen y de la carta del Sindicato Nacional de Operadores Postales de Correos de Chile que la empresa por largo tiempo ha mantenido para los trabajadores en consulta un régimen de distribución de jornada tradicional, es decir, sujeto a las reglas generales que contemplan el*

*descanso semanal de manera fija en día domingo, lo que impide que el empleador de manera unilateral disponga una nueva distribución de los días de trabajo y descanso fundándose en una o más de las categorías que define el citado artículo 38.*

*En efecto, el inciso 2° del artículo 38 antes transcrito prescribe que "Las empresas exceptuadas de este descanso podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos"; por lo que cabe inferir que, para las empresas incluidas en los diversos numerales de esta norma, es facultativo acogerse a la excepción del descanso dominical, de modo que, de no optar por ello, quedan sujetas a la regla general contenida en el artículo 35 inc.1° del estatuto laboral, cuyo sería el caso de la especie, al haber decidido las partes, desde antaño, permanecer en un sistema de distribución con descanso dominical, acuerdo que, conforme a principios básicos de la contratación, no puede modificarse sin que medie mutuo consentimiento.*

*Sobre el particular, cabe tener presente que este Servicio ha sostenido reiteradamente que, conforme al mandato del artículo 5 inciso final del Código del Trabajo, los beneficios que, con motivo de la relación laboral, una empresa otorga a uno o más trabajadores en virtud del pacto expreso o tácito de ambas partes, no pueden ser eliminados ni alterada la forma en la que se entregan, sin que medie al efecto el correspondiente acuerdo de los contratantes, resultando entonces improcedente que dicha eliminación o cambio de modalidad se produzca por la mera voluntad unilateral del empleador.*

*Tal como concluye el dictamen N° 4696/270 de 08.09.1999, reafirmado, entre otros, por Ord. 2911 de 11.06.2015, lo antedicho encuentra su fundamento en el artículo 1545 del Código Civil, que dispone: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o sus causas legales", infiriéndose de ello que "el contrato legalmente celebrado constituye una verdadera ley particular a la que deben sujetarse los contratantes en sus mutuas relaciones, del mismo modo que a las leyes propiamente dichas (Ramón Meza Barros, Manual de Derecho Civil, Tomo I, pág. 23)."*

*De ello se sigue, dice la misma doctrina, que un contrato válido debe respetarse y cumplirse en los términos convenidos, salvo que las partes, de común acuerdo convengan abolirlo o que la ley autorice expresamente dejarlo sin efecto por determinadas causas.*

*En consecuencia, conforme a las consideraciones expuestas, es del caso concluir, respecto de lo consultado por Ud., que, sin perjuicio de poder entender la actividad desarrollada en la planta de recepción de paquetería y correspondencia de Correos de Chile dentro de la categoría de servicios o empresas que estarían exceptuadas del descanso dominical por aplicación del artículo 38 N° 2 del Código del Trabajo, sólo sería procedente la modificación del régimen de distribución de los días de trabajo y descansos vigente a la fecha si media al efecto el correspondiente mutuo acuerdo entre las partes involucradas.*

**Ordinario N° 2703/042, de 19.05.2016.**

*Como se mencionó al fijar la base normativa del presente informe, es comprensible que no se le exija a la cláusula de funciones el detalle meticuloso, taxativo y específico de todas y cada una de las tareas que debe desempeñar cotidianamente el trabajador, pero una cosa distinta es utilizar una terminología excesivamente amplia que, al final de cuentas, permita entender incorporada en las funciones un inagotable listado de eventuales deberes, arbitrio que, en palabras simples, autorizaría agregar al arbitrio del empleador tantos artículos como puede soportar la construcción "todos aquellos productos que el empleador fabrica, importa, representa y comercializa" o "los productos de nuestros clientes", lo cual de suyo atenta contra la mínima certeza que debe tener el contratante para cumplir debidamente sus obligaciones y hacer adecuada estimación de las contraprestaciones a su favor.*

*Esta Dirección ha sido categórica en este punto, sosteniendo que "la finalidad o intención del legislador al obligar a las partes a determinar en el contrato de trabajo la naturaleza de los servicios fue, conforme lo ha reiterado la doctrina de esta Institución, la de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que, a través de esta exigencia, el dependiente conoce la labor específica que debe cumplir, y el empleador*

*los servicios que le requerirá, propósito éste que se cumple si la determinación de los mismos se hace en los términos concretos señalados precedentemente" (Ver, entre otros, dictámenes N°s 2302/0129 de 03.05.1999; 1115/57 de 25.02.94; y 4510/214 de 05.08.94).*

*Cabe asimismo advertir que la falta de certidumbre sobre las tareas a realizar o sobre la carga de trabajo del periodo, facilita sobremanera la aparición de incerteza en las remuneraciones, especialmente cuando se trata de emolumentos variables que se sujetan a factores productivos, cuestión que este Servicio entiende apta para configurar infraccionalidad laboral perseguible administrativamente mediante la fiscalización de rigor.*

*Merece agregar en este tema que la afectación del principio de certeza mediante el establecimiento de cláusulas como las anotadas no se expurga con el argumento de que éstas han sido convenidas y suscritas por ambas partes, por cuanto rige en el orden laboral la irrenunciabilidad de derechos que contempla el artículo 5° del Código del Trabajo, de lo que se desprende que las partes no han podido elaborar un pacto que implique abdicar del derecho a la mentada certidumbre.*

*En consecuencia, sobre la base de todo lo expuesto y consideraciones anotadas, cumplo con informar a Ud. que la alteración cuantitativa de la función pactada en los contratos de trabajo de los reponedores dispuesta unilateralmente por el empleador con motivo de haber ingresado nuevas marcas a la empresa principal, en los términos explicados en este informe, a juicio del suscrito, resulta contraria a Derecho por las razones vertidas en los párrafos anteriores.*

**Ordinario N° 3685, de fecha 14.07.2016.**

*De este modo, la norma contractual en referencia, que permite al empleador modificar unilateralmente el FTP, Factor Tipo Producto, que sirve de base para el cálculo del incentivo de venta, a que tienen derecho los ejecutivos de venta por la colocación y venta de una nueva póliza como también su modificación, es contraria a derecho, en cuanto atenta contra el principio de certeza que debe imperar en todo contrato de trabajo e implica la renuncia anticipada de derechos laborales indisponibles.*

*En efecto, el artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo, establece:*

*"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:*

*4.- Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada."*

*De la disposición transcrita se colige que la remuneración es una estipulación mínima del contrato de trabajo que el legislador ha exigido con el propósito que el trabajador tenga cabal conocimiento de la retribución a la cual tiene derecho por la prestación de los servicios convenidos mediante dicho contrato.*

*Por su parte, el inciso 1° del artículo 9 del citado texto legal, señala:*

*"El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en el plazo a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante".*

*A su vez, el inciso 3° del artículo 5 del mismo cuerpo legal, prevé:*

*"Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente.*

*De las disposiciones legales transcritas fluye que, el consentimiento es un elemento de la esencia del contrato de trabajo, toda vez que su perfeccionamiento como las modificaciones que se pretenda incorporar al mismo, requieren del acuerdo de voluntades de ambas partes.*

*Luego, el carácter consensual del contrato de trabajo determina que la cláusula que regule la remuneración de los trabajadores afectos al mismo, como toda modificación que se pretenda introducir al respecto, siga*

*igual suerte, esto es, deberá ser acordada de común acuerdo entre las partes de la relación laboral, debiendo existir certeza sobre la misma.*

*A mayor abundamiento, es preciso señalar que conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Dirección del Trabajo, contenida, entre otros, en dictamen N° 963/42, de 06.02.2006 y Ordinarios N°s 5286 y 2869, de 31.12.2014 y 10.06.2015, respectivamente, sólo resulta procedente modificar un acto jurídico bilateral -carácter que reviste el contrato de trabajo- por el mutuo consentimiento de las partes contratantes. Ello en virtud de lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil, conforme al cual: «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formulada, cumpro con informar a Ud. que no se ajusta a derecho que el empleador modifique unilateralmente el FTP, Factor Tipo Producto, que sirve de base para el cálculo del incentivo de venta, a que tienen derecho los ejecutivos de venta por la colocación y venta de una nueva póliza como también su modificación, toda vez que ello significa incorporar incertidumbre en el pago de las remuneraciones del aludido personal, lo cual transgrede el artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 3638, de 11.07.2016.**

*Sobre el particular, cabe informar a Ud. que el criterio de este Servicio respecto de la materia de la especie, se ha establecido en reciente dictamen, a saber, el Ord. 2703/042 de 19.05.2016, que, por lo demás, se cita en la propia presentación que nos ocupa.*

*La referida doctrina institucional deja en claro que situaciones como las planteadas -en tanto observen los elementos descritos en el citado dictamen-, implican una modificación de las funciones pactadas en el contrato individual de trabajo, precisando que "las atribuciones del empleador, si bien abarcan todo cuanto signifique organizar de mejor y más conveniente manera los medios productivos de su empresa, no se pueden ejercer unilateralmente al punto de alcanzar aquellos ámbitos de la relación laboral que sólo es posible determinar o alterar mediante el acuerdo mutuo de las partes, cuyo es lo que ocurriría en la situación que nos convoca, desde que se ha resuelto, por la sola decisión del empleador, modificar las funciones convenidas originalmente en el contrato de trabajo de los reponedores."*

*El propio dictamen agrega: "las funciones a que se obliga el trabajador en virtud del contrato se entenderán alteradas no sólo por el cambio radical en su naturaleza o sustancia, donde la función simplemente deja de ser lo que era para convertirse en otra, como si el trabajador, de reponedor, pasara a ser vendedor; sino también por el cambio cuantitativo de la función, particularmente cuando ocurre más allá de los límites razonables, como si el trabajador en lugar de reponer 10 productos se viera obligado a reponer 10 más."*

*Del mismo modo, la jurisprudencia en comento se ha encargado de la afectación individual que experimentaría el trabajador con este tipo de infracciones, destacando en sus argumentos que la magnitud del cambio cuantitativo al interior del contrato de los reponedores sería de tal envergadura que produciría una situación que no se puede despreciar, cual es el mayor esfuerzo físico y anímico, mayor responsabilidad y mayor dificultad para desarrollar y cumplir con el listado de tareas asociado a la función, todo lo cual hace que la modificación contractual se revista de un peso y gravedad tan relevante que entenderla como parte de la flexibilidad natural con que se ejecuta el contrato aparece hasta contraintuitivo.*

*Cabe además señalar que, junto con la eventual infracción al artículo 12 del Código del Trabajo, se podría estar en presencia de una transgresión al principio de certeza, tal como arguye la referida doctrina administrativa, razón por la cual, vuestra organización puede deducir las denuncias que correspondan ante la Inspección del Trabajo competente.*

**Ordinario N° 3735, de 18.07.2016.**

*Aclarado lo anterior, corresponde señalar que el artículo 9 del Código del Trabajo, en su inciso 1° dispone:*

*"El contrato es consensual; deberá constar por escrito en el plazo a que se refiere el inciso siguiente y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante."*

*De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que el contrato individual de trabajo es consensual, esto es, se perfecciona por el mero consentimiento o acuerdo de voluntades de los contratantes, con prescindencia de otras exigencias formales o materiales para su validez.*

*Cabe expresar, sin embargo, que no obstante su carácter consensual, el contrato debe constar por escrito y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante, formalidad ésta que el legislador ha exigido como requisito de prueba y no de validez del mismo.*

*Al respecto, es necesario precisar que la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación expresa de voluntad como tácita, salvo aquellos casos en que la ley, por razones de seguridad jurídica, exija que opere la primera de dichas vías.*

*Aclarado lo anterior, debe señalarse que la manifestación a que se ha hecho alusión precedentemente, está constituida por la realización reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, situaciones éstas que determinan la existencia de cláusulas tácitas que se agregan a las que en forma escrita se consignan en el contrato individual de trabajo.*

*Lo expuesto precedentemente autoriza para afirmar que una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo, sino también de aquellas que derivan de la reiteración del pago de beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido aplicadas constantemente por las partes por un lapso prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, dando lugar así a un consentimiento tácito entre ellas que determina la existencia de cláusulas tácitas que deben entenderse como parte integrante del respectivo contrato.*

*Ahora bien, cabe agregar, que, el artículo 5º, inciso 3º del Código del Trabajo, preceptúa:*

*"Los contratos individuales o colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente."*

*Del precepto legal anotado se infiere que las estipulaciones del contrato de trabajo, ya sea se hayan generado en un contrato individual, en forma tácita o de manera colectiva, sólo pueden ser modificadas por las partes, de común acuerdo, en aquellas materias en que éstas hayan podido convenir libremente.*

*A su vez, el artículo 1545 del Código Civil, establece:*

*"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."*

*De la norma legal transcrita se desprende que sólo resulta jurídicamente procedente modificar o invalidar un acto jurídico bilateral, por el mutuo consentimiento de los contratantes o por causas legales.*

*Armonizando todo lo expuesto, forzoso resulta concluir que la continuadora legal, no puede modificar unilateralmente los contratos individuales o colectivos de trabajo, debiendo contar para tal efecto con el acuerdo o consentimiento de los trabajadores respectivos.*

**Ordinario N° 4133, de 08.08.2016.**

*De las normas precitadas se obtiene que el contrato individual de trabajo es un acto convencional que exige el concierto de voluntades de las dos partes que lo suscriben, a saber, el empleador y el trabajador, amén de tratarse de un contrato bilateral, al generar obligaciones para ambos contratantes, y consensual, desde que se perfecciona por el sólo acuerdo de las partes.*

*A partir de lo anterior, este Servicio ha sostenido permanentemente que, respecto del contrato de trabajo, resulta aplicable el artículo 1545 del Código Civil, por lo que forzoso es considerar que los contratos legalmente celebrados tienen fuerza obligatoria para las partes, de suerte que no pueden ser dejados sin efecto ni modificados, salvo mutuo acuerdo o concurrencia de alguna causal legal, procediendo su cumplimiento en los términos convenidos por los contratantes.*

*La premisa anotada encuentra expresión en el Código del Trabajo, al disponer su artículo 5 inciso 3° que los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente.*

*En el contexto citado, es preciso afirmar entonces, que el contenido del contrato de trabajo, en las materias que el legislador permite pactar, es modificable únicamente si media al efecto el mutuo acuerdo de las partes, no siendo procedente, por ende, la modificación unilateral de las estipulaciones contractuales sean éstas expresas o tácitas.*

*Ahora bien, dentro del contexto normativo a que se ha hecho referencia precedentemente, cabe dilucidar si la descripción de cargos que se pretende implementar supone un aumento en la carga de trabajo de quienes cumplen la función de Asesor Técnico y Profesional de Promoción y Protección de Derechos.*

*Al respecto, cabe señalar que de los antecedentes tenidos a la vista y, en especial, del análisis comparativo efectuado al documento de descripción de cargos, acompañado por la fundación recurrida, consta que las funciones que se pretende encomendar al profesional de protección de derechos, exceden a aquellas asignadas en el año 2009 al encargado regional protección de derechos.*

*En efecto, entre las labores a desarrollar por dicho profesional figura aquella vinculada a la prevención en la vulneración de derechos de niños y niñas a través de la gestión de casos de sospechas, representando ello una carga adicional a la función primitivamente convenida la cual sólo contemplaba la intervención en la asesoría de casos detectados de maltrato infantil.*

*Por su parte, respecto del asesor técnico se observa que la extensión de las funciones contenidas en la descripción de cargos del año 2016 es mayor que la correspondiente al 2013, al considerar no sólo el diseño, ejecución y evaluación de las actividades y planes de asesoría que contribuyan al desarrollo de una gestión educativa de calidad en los jardines infantiles y salas cuna, sino también la carga de asegurar en todas las etapas de la asesoría la participación de los equipos de los establecimientos, como además la realización del seguimiento y control de los planes de asesoría en el territorio, entre otras.*

*De esta suerte, es posible apreciar que en la especie la descripción de cargos que se pretende implementar por el empleador implicaría una modificación de los contratos de trabajo en lo que respecta a las funciones de los trabajadores, entendiéndose que dicha alteración se configura no sólo cuando existe un cambio en la naturaleza del trabajo convenido -en que una labor deja de ser lo que era para convertirse en otra- sino también cuando existe un cambio cuantitativo de la función, como acontece en el caso que se analiza, suponiendo ello un mayor esfuerzo físico e intelectual, así como más responsabilidades y exigencias, todo lo cual deviene en un perjuicio para el trabajador.*

*Lo anterior se encuentra en armonía con la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 2703/42, de 19.05.2016 y Ordinario N° 3638, de 11.07.2016.*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumpro con informar a Ud. que no resulta jurídicamente procedente la descripción de cargos que el empleador pretende incorporar respecto de las funciones de "Asesor Técnico" y "Profesional de Promoción y Protección de Derechos", por significar ello un aumento en la carga de trabajo que redundaría en una modificación unilateral de los contratos de trabajo.*

*Ordinario N° 3485, de 01.08.2017*

*Del análisis conjunto de las precitadas disposiciones legales se desprende que toda modificación o alteración de cláusulas de un contrato de trabajo requiere del mutuo acuerdo o consentimiento de las partes contratantes, no siendo jurídicamente procedente que una de ellas, actuando en forma unilateral, altere o introduzca modificaciones a lo primitivamente pactado.*

*Ahora bien, constituyendo la cláusula relativa a remuneraciones una estipulación mínima y esencial del contrato individual de trabajo, según ya se expresará, forzoso es concluir que la misma solo puede ser modificada, suprimida o alterada por consentimiento mutuo de las partes contratantes.*

*Corroborra la conclusión anterior el precepto del artículo 1545 del Código Civil, antes citado, del cual se infiere igualmente que las cláusulas de todo contrato legalmente celebrado son jurídicamente obligatorias para las partes y no pueden ser invalidadas o modificadas sino por mutuo consentimiento o por causas legales.*

*Ahora bien, de acuerdo a los antecedentes recabados en el procedimiento de fiscalización llevado a efecto por este Servicio, la Empresa Iron Mountain Chile S.A., sin mediar el acuerdo de los respectivos trabajadores —quienes no han suscrito el anexo de contrato que ésta les ha presentado— ha procedido aplicar las nuevas condiciones de pago de las remuneraciones variables de dicho personal, situación que al tenor de las normas legales y doctrina administrativa citadas implica una modificación unilateral del sistema remuneratorio de dichos dependientes, lo cual no resulta jurídicamente procedente.*

*De consiguiente, en la especie, los denunciados tienen derecho a exigir que el cálculo y pago de sus remuneraciones se efectúe conforme a lo estipulado en la cláusula contractual acordada primitivamente por las partes contratantes.*

*Finalmente, y por tener incidencia sobre la materia, me permito señalar que la doctrina institucional de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen N° 4084/43, de 18 de octubre de 2013 y Ordinario 5286, de 31.12.2014, cuyas copias se adjuntan para su mayor comprensión, ha establecido que no se ajustan a derecho aquellas normas convencionales que impliquen dejar entregada al arbitrio y determinación del empleador, las condiciones de percepción de remuneraciones de carácter variable como las comisiones, en materia de metas, porcentajes u otros aspectos, por cuanto ello atentaría contra el principio de certeza aludido en párrafos que anteceden e implicarían una renuncia anticipada de derechos laborales por parte de los afectados.*

*Así, el primero de los pronunciamientos jurídicos citados, señala: "No se ajusta a derecho la cláusula del anexo de contrato individual que contempla el pago de una "comisión adicional por meta", suscrita por las mismas partes, por cuanto tal estipulación significa para los aludidos vendedores renunciar anticipadamente a derechos laborales e incorporar incertidumbre en el pago de las remuneraciones, lo cual transgrede el artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo."*

**Ordinario N° 5782, de 29.11.2017:**

*Como se señalara en los párrafos que anteceden, las modificaciones a las cláusulas contractuales deben materializarse en un anexo suscrito por ambas partes, trabajador y empleador, por lo que no resulta ajustado a Derecho alterar las condiciones pactadas de manera unilateral, como ocurriría si se permitiera al empleador, por ejemplo, cambiar el régimen de jornada bajo el cual el dependiente ha sido contratado, pasando de no tener limitación de jornada, según el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo, a tener una de 45 horas semanales, de acuerdo a lo dispuesto en el al inciso 1° del mismo artículo.*

**Ordinario N° 2152, de 11.06.2019**

*La doctrina institucional de este Servicio, contenida, entre otros, en Dictamen N° 4084/43 de 18.10.2013 y en Ordinarios N°s 5286 de 31.12.2014, 5958 de 16.11.2015, 3130 de 09.06.2016, 1504 de 05.04.2017, 2154 de 22.05.2017, 1738 de 06.04.2018, y 5334 de 16.10.2018, ha establecido que:*

*1.- La remuneración es una estipulación mínima del contrato de trabajo que el legislador ha exigido con el propósito que el trabajador tenga cabal conocimiento de la retribución a la cual tiene derecho por la prestación de los servicios convenidos mediante dicho contrato.*

*2.- El carácter consensual del contrato de trabajo determina que la cláusula que regule la remuneración de los trabajadores afectos al mismo, como toda modificación que se pretenda introducir al respecto, siga igual suerte, esto es, deberá ser acordada de común acuerdo entre las partes de la relación laboral.*

*3.- La práctica que permite al empleador modificar unilateralmente las metas que establecen los incentivos de las remuneraciones variables, comunicando al trabajador dicho cambio, afectan tanto el principio de certeza de las remuneraciones, como la buena fe.*

*4.- La empresa empleadora no se encuentra facultada para realizar cambios unilaterales a la estructura remuneratoria de su personal o a las condiciones de percepción de los beneficios a que tienen derecho, sin contar para ello con el acuerdo de los respectivos trabajadores.*

*5.- No resulta compatible con el principio de certeza de la remuneración consignado en el artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo, que las metas de ventas mensuales sean fijadas unilateralmente por el empleador, sin que exista pacto alguno respecto de la fórmula para su fijación.*

*Establecido lo anterior, resulta necesario indicar que, en relación a la materia consultada, la conducta del empleador, en los términos por Ud. expuestos, podría constituir una infracción a las normas laborales vigentes y por lo tanto, una situación susceptible de ser observada y eventualmente sancionada por este Servicio en uso de las facultades que le confiere expresamente el DFL N° 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo.*

**Ordinario N° 1126, de 27.03.2019**

*De las disposiciones legales transcritas fluye que, una de las estipulaciones mínimas que debe contener el contrato individual de trabajo es la relativa a señalar la naturaleza de los servicios, lugar de desempeño y la delimitación de funciones que debe realizar el trabajador en cumplimiento de sus labores.*

*De iguales normas se desprende que la cláusula que al respecto se contiene en el contrato individual de trabajo debe ser fruto del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, por lo que cualquier modificación que se pretenda introducir a sus estipulaciones debe contar con el consentimiento de ambas partes, no pudiendo operar tal modificación, por decisión unilateral de cualquiera de ellas.*

*Cabe señalar que el artículo 1546 del Código Civil, establece el principio de ejecución de buena fe en los contratos expresando que en los contratos no se resulta obligado solo a lo literal, sino a lo que se vincule a la naturaleza de la obligación, la ley o la costumbre. Respecto a esto último el dictamen N° 2302/129 del 03.05.99, expresa que el artículo 10 N° 3 del Código del Trabajo el legislador exige conocer con exactitud y sin lugar a dudas la labor o servicio que el dependiente se obligada a efectuar para el respectivo empleador, sin que ello importe pormenorizar todas las tareas que involucran los servicios contratados, ya que el aludido principio de la ejecución de buena fe, le confiere el alcance relativo a la naturaleza de la obligación o lo que la ley o costumbre determine. De consiguiente, la determinación de la naturaleza de los servicios exigida por el artículo 10 N° 3 entre las estipulaciones mínimas de un contrato de trabajo, significa establecer clara y precisamente las labores específicas para las cuales ha sido contratado el trabajador.*

*A mayor abundamiento, es preciso señalar que conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Dirección, contenida, entre otros en dictamen N° 963/42, de 06.02.2006, solo resulta procedente modificar un acto jurídico bilateral - carácter que reviste el contrato de trabajo - por el mutuo consentimiento de las partes contratantes. Ello, en virtud de lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil, conforme al cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", siendo esto respaldado por el dictamen N° 4488/255 del*

*26.08.99, en atención de la necesidad de mutuo acuerdo para alguna modificación que se pretenda incorporar al respectivo contrato.*

*Cabe acotar que la intención que tuvo en vista el legislador para establecer con carácter de obligatorias las estipulaciones mínimas a que alude el artículo 10 del Código del Trabajo y, específicamente, la contenida en el numeral 3° de dicha disposición, fue la de dar seguridad y certeza a la respectiva relación laboral, lo que en materia de determinación de naturaleza de los servicios implica que el trabajador tenga cabal conocimiento de las funciones que debe desempeñar en la prestación de los servicios convenidos.*

*Ello permite concluir que la empresa empleadora no se encuentran facultada para realizar cambios unilaterales al desempeño de las funciones de su personal o a las condiciones que deben estar sujetos, sin contar para ello con el acuerdo de los respectivos trabajadores.*

*Con todo es necesario destacar que cualquier irregularidad en relación a la materia, como sería, por ejemplo, la alteración o modificación unilateral por parte del empleador de cláusulas contractuales expresas o tácitas al respecto o la falta de certeza de las mismas, constituiría una infracción a las normas laborales vigentes y por lo tanto, una situación susceptible de ser observada y eventualmente sancionada por este Servicio en uso de las facultades que le confiere expresamente el DFL. N° 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo.*

**Ordinario N° 1482, de 04.04.2017**

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que, en el caso concreto, la disposición contenida en el numeral quinto, letra e), del contrato de trabajo suscrito entre las partes, cuyo tenor se mantiene en la cláusula cuarta del anexo de contrato indicado, prevalece sobre las normas contempladas en el Reglamento Interno, de Orden Higiene y Seguridad de la empresa, respecto de aquella dependiente.*

## LAS ACTUALIZACIONES OBLIGATORIAS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 1933/0123, de 22.04.1993:**

*"No es preciso modificar el contrato de trabajo para hacer constar aumentos originados por un reajuste legal de remuneraciones, sin perjuicio de la actualización que ordena el artículo 11 del Código del Trabajo".*

**Ordinario N° 0959/016, de 15.02.2016:**

*A través de la disposición legal transcrita el legislador ha establecido, en primer término, la obligación de hacer constar por escrito, en el contrato individual de trabajo o en documento anexo, las modificaciones al mismo acordadas por las partes, las que serán igualmente firmadas por estas últimas.*

*Asimismo, se colige del inciso final de dicho precepto, que las partes del contrato individual no están obligadas a modificar los contratos para consignar por escrito en ellos los aumentos derivados de reajustes de remuneraciones, ya sean legales o establecidos en contratos o convenios colectivos de trabajo o en fallos arbitrales, sin perjuicio de que, aun en este caso, la remuneración del trabajador deberá aparecer actualizada en los contratos a lo menos una vez al año, incluyendo los referidos reajustes.*

*Ahora bien, atendido que el requerimiento efectuado a este Servicio dice relación con la necesidad de establecer un procedimiento para comunicar a los trabajadores que deben concurrir con su firma a la actualización de sus contratos individuales en los casos previstos por la citada norma legal, debe tenerse presente, en primer término, que la Dirección del Trabajo no cuenta con facultades para intervenir en una situación como la planteada, resultando, por ende, inconducente el procedimiento propuesto en su*

*presentación —a sugerencia, según señala, de funcionarios de esta Repartición que así se lo habrían manifestado— de dejar constancia en la página web de la Dirección del Trabajo del envío de las comunicaciones efectuadas a los trabajadores para que concurran a firmar las actualizaciones de que se trata.*

*Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que la norma del artículo 11 en comento hace recaer en el empleador la obligación de actualizar a lo menos en forma anual los contratos de trabajo, incluyendo los aludidos reajustes, de lo cual se colige que no resulta posible a aquel sustraerse de tal exigencia sin incurrir en una infracción susceptible de sancionarse por esta Dirección.*

*De ello se sigue que, con el objeto de dar cumplimiento a dicho imperativo legal, el empleador deberá elaborar y firmar un documento que contenga la referida actualización del contrato individual respectivo, el cual deberá ponerse en conocimiento del trabajador, para su firma, mediante su envío al domicilio de este último, por carta certificada, o a su dirección electrónica, constituyendo, de esta forma, dicho anexo de contrato, un instrumento válido para acreditar ante los Servicios del Trabajo que se ha dado cumplimiento a la obligación prevista en la norma antes transcrita y comentada, aun cuando el trabajador se hubiere negado a suscribirlo.*

*En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que con el objeto de dar cumplimiento a la obligación prevista en el inciso final del artículo 11 del Código del Trabajo, el empleador deberá elaborar y firmar un documento que consigne la actualización del contrato individual por efecto de la aplicación del reajuste anual del sueldo base, el cual deberá ponerse en conocimiento del trabajador, para su firma, mediante su envío al domicilio de este último, por carta certificada o a su dirección electrónica, constituyendo, de esta forma, dicho anexo de contrato, un instrumento válido para acreditar ante los Servicios del Trabajo la observancia de la exigencia impuesta por la citada norma legal, aun cuando el respectivo trabajador se hubiere negado a suscribirlo.*

## UNIDAD 6

### EL IUS VARIANDI O MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR PARTE DEL EMPLEADOR

#### EL CAMBIO DEL LUGAR DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS

##### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 6038, de 19.11.2015.*

*De este modo, el empleador sólo podrá alterar el lugar de prestación de los servicios que se ha pactado con el respectivo trabajador cuando el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para la persona del dependiente.*

*Por lo anterior, la empresa se encuentra impedida de disponer una modificación del lugar de trabajo que no cumpla con las condiciones anotadas, mismas que deben observarse de manera copulativa; así como tampoco puede ejercer la referida facultad con una pretensión contraria a Derecho o abusando de ella, como sería el caso de un empleador que cambia de recinto a un determinado trabajador para hostigarlo o causarle perjuicios con miras a causar su renuncia.*

*Ordinario N° 4428/0173, de 22.10.2003*

*1) Si el cambio de domicilio de una empresa se efectúa a una ciudad distinta a la primitivamente estipulada en el contrato de trabajo, el empleador debe contar necesariamente con el consentimiento del trabajador,*

*toda vez que con ello se estaría alterando una de las condiciones del contrato, cual es el lugar de prestación de los servicios.*

*La negativa del trabajador de desempeñar los servicios convenidos en una ciudad distinta a la pactada, en opinión de este Servicio, no autoriza al empleador para poner término a la respectiva relación laboral por una causal imputable a aquél, debiendo invocar para tales efectos la contemplada en el inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo, la cual genera para el trabajador el derecho a percibir las indemnizaciones que prevé el ordenamiento jurídico vigente.*

*2) Por el contrario, si el cambio de domicilio de una empresa se efectúa dentro de la misma ciudad inicialmente convenida en el contrato de trabajo, puede efectuarse por el empleador en forma unilateral, dando cumplimiento a los requisitos contemplados en el artículo 12 del Código del Trabajo.*

*Se reconsidera toda doctrina anterior de este Servicio que sea incompatible con la sustentada en el presente informe.*

## EL CAMBIO DE LAS LABORES Y FUNCIONES DEL TRABAJADOR

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 2703/042, de 19.05.2016:*

*Como se mencionó al fijar la base normativa del presente informe, es comprensible que no se le exija a la cláusula de funciones el detalle meticuloso, taxativo y específico de todas y cada una de las tareas que debe desempeñar cotidianamente el trabajador, pero una cosa distinta es utilizar una terminología excesivamente amplia que, al final de cuentas, permita entender incorporada en las funciones un inagotable listado de eventuales deberes, arbitrio que, en palabras simples, autorizaría agregar al arbitrio del empleador tantos artículos como puede soportar la construcción "todos aquellos productos que el empleador fabrica, importa, representa y comercializa" o "los productos de nuestros clientes", lo cual de suyo atenta contra la mínima certeza que debe tener el contratante para cumplir debidamente sus obligaciones y hacer adecuada estimación de las contraprestaciones a su favor.*

*Esta Dirección ha sido categórica en este punto, sosteniendo que "la finalidad o intención del legislador al obligar a las partes a determinar en el contrato de trabajo la naturaleza de los servicios fue, conforme lo ha reiterado la doctrina de esta Institución, la de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que, a través de esta exigencia, el dependiente conoce la labor específica que debe cumplir, y el empleador los servicios que le requerirá, propósito éste que se cumple si la determinación de los mismos se hace en los términos concretos señalados precedentemente" (Ver, entre otros, dictámenes N°s 2302/0129 de 03.05.1999; 1115/57 de 25.02.94; y 4510/214 de 05.08.94).*

*Cabe asimismo advertir que la falta de certidumbre sobre las tareas a realizar o sobre la carga de trabajo del periodo, facilita sobremanera la aparición de incerteza en las remuneraciones, especialmente cuando se trata de emolumentos variables que se sujetan a factores productivos, cuestión que este Servicio entiende apta para configurar infraccionalidad laboral perseguible administrativamente mediante la fiscalización de rigor.*

*Merece agregar en este tema que la afectación del principio de certeza mediante el establecimiento de cláusulas como las anotadas no se expurga con el argumento de que éstas han sido convenidas y suscritas por ambas partes, por cuanto rige en el orden laboral la irrenunciabilidad de derechos que contempla el artículo 5° del Código del Trabajo, de lo que se desprende que las partes no han podido elaborar un pacto que implique abdicar del derecho a la mentada certidumbre.*

*En consecuencia, sobre la base de todo lo expuesto y consideraciones anotadas, cumplo con informar a Ud. que la alteración cuantitativa de la función pactada en los contratos de trabajo de los reponedores dispuesta*

*unilateralmente por el empleador con motivo de haber ingresado nuevas marcas a la empresa principal, en los términos explicados en este informe, a juicio del suscrito, resulta contraria a Derecho por las razones vertidas en los párrafos anteriores.*

**Ordinario N° 3638, de 11.07.2016**

*Sobre el particular, cabe informar a Ud. que el criterio de este Servicio respecto de la materia de la especie, se ha establecido en reciente dictamen, a saber, el Ord. 2703/042 de 19.05.2016, que, por lo demás, se cita en la propia presentación que nos ocupa.*

*La referida doctrina institucional deja en claro que situaciones como las planteadas -en tanto observen los elementos descritos en el citado dictamen-, implican una modificación de las funciones pactadas en el contrato individual de trabajo, precisando que "las atribuciones del empleador, si bien abarcan todo cuanto signifique organizar de mejor y más conveniente manera los medios productivos de su empresa, no se pueden ejercer unilateralmente al punto de alcanzar aquellos ámbitos de la relación laboral que sólo es posible determinar o alterar mediante el acuerdo mutuo de las partes, cuyo es lo que ocurriría en la situación que nos convoca, desde que se ha resuelto, por la sola decisión del empleador, modificar las funciones convenidas originalmente en el contrato de trabajo de los reponedores."*

*El propio dictamen agrega: "las funciones a que se obliga el trabajador en virtud del contrato se entenderán alteradas no sólo por el cambio radical en su naturaleza o sustancia, donde la función simplemente deja de ser lo que era para convertirse en otra, como si el trabajador, de reponedor, pasara a ser vendedor; sino también por el cambio cuantitativo de la función, particularmente cuando ocurre más allá de los límites razonables, como si el trabajador en lugar de reponer 10 productos se viera obligado a reponer 10 más."*

*Del mismo modo, la jurisprudencia en comento se ha encargado de la afectación individual que experimentaría el trabajador con este tipo de infracciones, destacando en sus argumentos que la magnitud del cambio cuantitativo al interior del contrato de los reponedores sería de tal envergadura que produciría una situación que no se puede despreciar, cual es el mayor esfuerzo físico y anímico, mayor responsabilidad y mayor dificultad para desarrollar y cumplir con el listado de tareas asociado a la función, todo lo cual hace que la modificación contractual se revista de un peso y gravedad tan relevante que entenderla como parte de la flexibilidad natural con que se ejecuta el contrato aparece hasta contraintuitivo.*

*Cabe además señalar que, junto con la eventual infracción al artículo 12 del Código del Trabajo, se podría estar en presencia de una transgresión al principio de certeza, tal como arguye la referida doctrina administrativa, razón por la cual, vuestra organización puede deducir las denuncias que correspondan ante la Inspección del Trabajo competente.*

**Ordinario N° 3667, de 10.08.2017**

1. *Las amplias facultades de administración que la legislación reconoce al empleador no pueden servir de base para dejar sin efecto, en la práctica, un beneficio establecido en los contratos de trabajo de sus dependientes.*
2. *No resulta procedente que la empresa ..... S.A., unilateralmente haya exigido o exija que los trabajadores señores ..... y ..... realicen atenciones en pacientes pediátricos, toda vez que la atención exclusiva de pacientes adultos, desde el inicio de la vigencia de la relación laboral de ambos, derivó en una regla de la conducta que complementó las cláusulas expresas que regulaban las funciones de esos dependientes.*
3. *En el caso específico del señor ....., y debido a su calidad de dirigente sindical, tampoco procede que el empleador, en uso del ius variandi, altere la naturaleza de los servicios que presta, desde su elección y hasta seis meses después de cesar en su cargo, salvo que concurra un caso fortuito o fuerza mayor que lo haga necesario.*

## LA DOCTRINA DEL MENOSCABO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 4185/171, de 22.07.1996:*

*"Ahora bien, en lo que dice relación con el concepto de "menoscabo laboral y profesional", cabe señalar que debe entenderse por tal todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socio económico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de los turnos, etc.*

*De esta suerte, si un docente es destinado a un lugar en que el porcentaje de asignación de zona es inferior al del lugar donde se desempeñaba con anterioridad a la medida o bien, existe por ejemplo una mayor distancia entre su domicilio y el nuevo establecimiento educacional teniendo que necesitar de movilización colectiva diaria, en circunstancias que antes no lo requería, ambos casos, implican a juicio de este Servicio una merma o disminución de sus ingresos, lo que constituye un evidente menoscabo económico, pudiendo el docente afectado reclamar ante la Inspección del Trabajo respectiva, conforme al procedimiento señalado en párrafos que anteceden".*

*Ordinario N° 1177/061, de 03.03.1999:*

*Constituye menoscabo todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socio económico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, etc."*

*Sólo podrá modificar unilateralmente el lugar donde prestan servicios sus dependientes si el lugar donde se pretende trasladar al trabajador queda ubicado dentro de la misma ciudad en que primitivamente prestaban servicios, y siempre que, el traslado no les provoque menoscabo físico o moral".*

*Ordinario N° 1504 de 05.04.2017:*

*Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia judicial ha reconocido que esta última condición es el gran límite que reconoce el ejercicio del ius variandi, existiendo consenso en cuanto a que el menoscabo no está constituido sólo por un desmedro en el aspecto económico, sino que también está referido a cuestiones morales y sociales y a todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que afecten a la formación profesional o a la dignidad del trabajador. Ello corrobora lo sostenido por la jurisprudencia administrativa de este Servicio, que se contiene, entre otros, en dictamen N° 1177/061, de 03.03.99.*

## EL CAMBIO A LA DISTRIBUCIÓN DIARIA DE LA JORNADA DE TRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 5586/0331, de 10.11.1999:*

*Excepcionalmente el empleador en forma unilateral puede modificar, entre otros, el sitio o recinto de prestación de los servicios, en la medida que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, y siempre que dicho cambio no cause menoscabo al trabajador, como asimismo, alterar la distribución de la jornada de trabajo, únicamente para anticipar o postergar la hora de su inicio, hasta en sesenta minutos, para lo cual debe dar aviso al trabajador con a lo menos 30 días de anticipación, y siempre que existan razones para ello que afecten a todo o parte del proceso de la empresa, sus establecimientos o unidades o conjuntos operativos".*

*Ordinario N° 3428/0261, de 27.07.1998*

*Resulta procedente que la Empresa modifique por segunda vez la distribución de la jornada de trabajo de sus dependientes en cuanto dé cumplimiento a los presupuestos establecidos por el artículo 12 del Código del Trabajo.*

## PLAZO DE RECLAMACIÓN POR PARTE DEL TRABAJADOR

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1504 de 05.04.2017:*

*Cabe agregar que en las dos situaciones en análisis, los trabajadores afectados dispondrán de un plazo de 30 días hábiles reclamar ante la Inspección del Trabajo respectiva de la medida adoptada por el empleador. En el primer caso, esto es, cuando la medida implique cambio de funciones o del lugar de prestación de servicios, dicho plazo se contará desde que éste se produzca, en tanto que en el segundo, vale decir, retraso o postergación de la hora de ingreso, deberá computarse a partir de la fecha de notificación del aviso correspondiente.*

*Ordinario N° 3351/0185, de 09.06.1997:*

*"Dichas atribuciones del empleador para modificar unilateralmente alguna de las condiciones convenidas en el contrato de trabajo es lo que doctrinariamente se denomina "ius variandi" y que ha sido definida por los tratadistas como "la facultad que tiene el empleador, derivada de su potestad o poder de dirección, para alterar unilateralmente los límites de la prestación de trabajo.*

*Dicho de otro modo, el "ius variandi" rompe la consensualidad del contrato de trabajo, al permitir al empleador, modificar bajo las modalidades previstas por el legislador, las condiciones acordadas por ambos contratantes, de lo cual se sigue, entonces, que resulta insostenible un ius variandi convencional como lo plantea el consultante, por ser este una potestad del empleador.*

*Finalmente es del caso señalar que el "ius variandi", no puede en caso alguno, dejar de ser una legítima manifestación de la facultad de mando del empleador, puesto que de ser así pasaría a ser un abuso del derecho, en cuyo caso al trabajador le asistiría el derecho a oponerse a tales exigencias, lo que se denomina en doctrina el "ius resistenciae".*

*Ordinario N° 5586/0331, de 10.11.1999:*

*"Excepcionalmente el empleador en forma unilateral puede modificar, entre otros, el sitio o recinto de prestación de los servicios, en la medida que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, y siempre que dicho cambio no cause menoscabo al trabajador, como asimismo, alterar la distribución de la jornada de trabajo, únicamente para anticipar o postergar la hora de su inicio, hasta en sesenta minutos, para lo cual debe dar aviso al trabajador con a lo menos 30 días de anticipación, y siempre que existan razones para ello que afecten a todo o parte del proceso de la empresa, sus establecimientos o unidades o conjuntos operativos".*

*Ordinario N° 4012/082, de 12.10.2011:*

*"La determinación de importar o no menoscabo para los trabajadores de ..... Zona Norte la modificación de las condiciones ambientales a que se sujetarían las instalaciones en que deben prestar servicios, a consecuencia del cambio de sitio o recinto practicado por su empleador en ejercicio de la facultad conferida por el inciso 1° del artículo 12 del Código del Trabajo, dependerá del análisis que se efectúe en cada situación particular, y por el contrario, no importaría menoscabo respecto de los dependientes que otorgaron su consentimiento".*

**Ordinario N° 4428/0173, de 22.10.2003:**

*"1) Si el cambio de domicilio de una empresa se efectúa a una ciudad distinta a la primitivamente estipulada en el contrato de trabajo, el empleador debe contar necesariamente con el consentimiento del trabajador, toda vez que con ello se estaría alterando una de las condiciones del contrato, cual es el lugar de prestación de los servicios.*

*La negativa del trabajador de desempeñar los servicios convenidos en una ciudad distinta a la pactada, en opinión de este Servicio, no autoriza al empleador para poner término a la respectiva relación laboral por una causal imputable a aquél, debiendo invocar para tales efectos la contemplada en el inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo, la cual genera para el trabajador el derecho a percibir las indemnizaciones que prevé el ordenamiento jurídico vigente.*

*2) Por el contrario, si el cambio de domicilio de una empresa se efectúa dentro de la misma ciudad inicialmente convenida en el contrato de trabajo, puede efectuarse por el empleador en forma unilateral, dando cumplimiento a los requisitos contemplados en el artículo 12 del Código del Trabajo.*

*Se reconsidera toda doctrina anterior de este Servicio que sea incompatible con la sustentada en el presente informe. ."*

**Ordinario N° 3996/0199, de 02.12.2002:**

*"La acción de reclamo contemplada por el artículo 12 del Código del Trabajo, establece como su titular exclusivo al trabajador afectado por la modificación unilateral del contrato de trabajo, sin perjuicio de que, en aplicación del artículo 220 del mismo texto legal, requiera a la organización sindical a la que se encuentre afiliado para que accione en su representación."*

**Ordinario N° 3995/0198, de 02.12.2002:**

*"El empleador se encuentra facultado para aplicar la norma contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo a los dependientes que participen como constituyentes de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa, de un sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios, en la etapa previa a la constitución, es decir, durante los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y mientras se encuentran amparados por el fuero adicional de treinta días posteriores a la realización de la misma."*

**Ordinario N° 1162/0052, de 26.03.2001:**

*"Ciudad de Santiago", para los efectos previstos en el artículo 12 del Código del Trabajo, es el espacio geográfico comprendido por los territorios urbanizados y urbanizables (áreas consolidadas y de extensión urbana), establecidos en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago, comprendidos en las comuna de: Santiago, Independencia, Conchalí, Huechuraba, Recoleta, Providencia, Vitacura, Lo Barnechea, Las Condes, Ñuñoa, La Reina, Macul, Peñalolén, La Florida, La Pintana, San Joaquín, La Granja, San Ramón, San Miguel, La Cisterna, El Bosque, P. Aguirre Cerda, Lo Espejo, Estación Central, Cerrillos, Maipú, Quinta Normal, Pudahuel, Lo Prado, Cerro Navía, Renca, Quilicura, Puente Alto y San Bernardo."*

## UNIDAD 7

### LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS EFECTOS

#### EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

#### OPORTUNIDAD EN LA CUAL SE CONFIGURA EL CASO FORTUITO

## PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 5832/384, de 25.11.1998:*

*“Ahora bien, en el caso que nos ocupa, si la interrupción de suministro de energía se produce mientras el trabajador está prestando efectivamente sus servicios, la inactividad que le afectaría constituiría jornada laboral, sea que se deba a una acción programada previamente o no, dado que la no realización de labor se produciría por causas no imputables a él, y de este modo debe ser remunerada”.*

*Por el contrario, si el corte del suministro se produce antes del inicio de la jornada efectiva, durante su suspensión por cualquier otra causa, o una vez terminada, y aún cuando el trabajador se encuentre en el recinto de la empresa, como no estaría a disposición del empleador de acuerdo a la doctrina antes señalada, no se configuraría jornada, y por ello no correspondería que tales períodos sean remunerados, sin importar si los cortes obedecen a una programación previa o no”.*

## REMUNERACIÓN DE LOS PERIODOS DE INACTIVIDAD CUANDO NO EXISTA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 3762 / 284, de 06.09.2000:*

*Habida consideración de que los trabajadores de la especie son dependientes afectos a una remuneración variable, en opinión de este Servicio, la remuneración debe calcularse en conformidad a lo pactado en los respectivos contratos por los períodos de inactividad laboral y a falta de este pacto su cálculo se hará de acuerdo al promedio de lo percibido por el respectivo dependiente durante los últimos tres meses laborados, aplicándose un sistema de cálculo similar al que el legislador ha adoptado en los artículos 71, inciso 2° y 45 inciso 1° del Código del Trabajo.*

*Ordinario N° 4488/0255, de 27.08.1999:*

*Los períodos de inactividad laboral por causas inimputables a los trabajadores deben remunerarse en la forma que las partes hubieren pactado expresa o tácita, individual o colectivamente, y a falta de pacto, en conformidad al promedio de lo percibido por los respectivos dependientes durante los últimos tres meses laborados.*

*Ordinario N° 5661/032, de 06.12.2019:*

1. *Suspensión de las obligaciones principales que emanan del contrato de trabajo, por acontecer fuerza mayor o caso fortuito.*

*El artículo 45 del Código Civil señala que “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.”*

*Para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito, deben cumplirse los siguientes requisitos conjuntamente:*

- a) *Que el hecho o suceso que se invoca sea inimputable, esto es, que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes;*
- b) *Que el referido hecho o suceso sea imprevisible, esto es, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes; y*

- c) *Que el hecho o suceso sea irresistible, o sea, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo.*

*Sin perjuicio de que estos elementos deben necesariamente ser analizados caso a caso de controversias deberán ser resueltas por los tribunales de justicia, es posible establecer que los hechos imprevistos ocurridos desde el viernes 18 de octubre del presente año en las zonas afectadas, pueden reunir las condiciones para considerarse caso fortuito o fuerza mayor, lo cual originaría la suspensión temporal de las principales obligaciones que emanan del contrato de trabajo, por encontrarse impedidas las partes de cumplirlas. Esto es:*

*Para el trabajador: se suspendería la obligación de prestar los servicios para los que fue contratado y*

*Para el empleador: se suspendería la obligación de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada.*

*Con todo, reiteramos que se requerirá de un análisis caso a caso para determinar las especiales circunstancias y efectos legales y contractuales concretos aplicables a cada relación laboral.*

*En el mismo sentido, también es posible considerar que aun si no se reúnen en algunos casos los elementos para constituir caso fortuito o fuerza mayor, si un trabajador estuvo impedido de asistir oportunamente al trabajo por causa justificada en los hechos y actos concurridos, dicha inasistencia no configuraría los elementos señalados en el número 3 del artículo 160 del Código del Trabajo, como tampoco los del número 7 del mismo artículo, por lo cual no sería procedente terminar el contrato de trabajo de estos trabajadores en razón de dichas causales legales, sin perjuicio del análisis y resolución que corresponda a los tribunales de justicia en cada caso.*

*Del mismo modo, los trabajadores que se hubieren retirado de sus labores antes del término ordinario de ellas, por causa de los imprevistos ocurridos, tampoco se podría aplicar a su respecto la causal de terminación del número 4 del artículo 160 del Código del Trabajo, conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 184 bis del mismo Código, que establece el derecho del trabajador a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida y salud, sin perjuicio del análisis y resolución que corresponda a los tribunales de justicia en cada caso.*

*Al respecto es necesario tener presente que el Art. 184 del Código del Trabajo establece que el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, debe ejercer todas las acciones necesarias para protegerlos.*

*Lo anterior significa que, los empleadores deben adecuar el régimen de prestación de servicios en términos de garantizar la seguridad de sus trabajadores.*

*En ese mismo sentido, los empleadores con acuerdo de los respectivos trabajadores pueden acordar modificar o suspender parcial o totalmente los efectos del contrato de trabajo, para lo cual el empleador debe dejar constancia escrita del respectivo acuerdo con cada trabajador en un anexo contractual, en el cual se debe establecer la fecha de inicio y de término de la suspensión de los efectos del contrato; cuáles serán las obligaciones y derechos suspendidos, especialmente remuneraciones, asignaciones o beneficios que se mantendrán, modificarán o suspenderán y los servicios del trabajador que estarán suspendidos o se mantendrán parcialmente; jornada de trabajo que se aplicará o suspenderá, pudiéndose pactar una jornada parcial durante ese período; el deber del empleador de comunicar a las entidades previsionales para efectos de cotizaciones previsionales y coberturas; y podrá contener el anexo los demás pactos que acuerden las partes, en la medida que no afecten derechos irrenunciables del trabajador.*

2. *Jornada Pasiva. El trabajador se encuentra a disposición del empleador.*

*Si ocurren imprevistos que no permiten a los trabajadores prestar servicios, tales como ausencia de transporte, cortes de caminos u otros similares, estando los trabajadores en su lugar y jornada de trabajo, éstos se encontrarían a disposición de su empleador sin realizar labor por causas que no les son imputables. Con esto, estaríamos en presencia de la figura regulada en el inciso segundo del artículo 21 del Código del Trabajo, denominada en doctrina como “jornada pasiva de trabajo”, la que corresponde sea remunerada por el empleador.*

*Por tanto y respecto de las zonas afectadas, en caso de que los trabajadores se encuentren o hayan encontrado a disposición de sus empleadores por haber concurrido a su lugar de trabajo o faena, pero sin realizar labor por alguna de las causas señaladas, no imputables a ellos, estaríamos en presencia de la figura descrita, debiendo ser estos trabajadores debidamente remunerados en conformidad a sus contratos de trabajo.*

**3. Ejercicio de la facultad contenida en el artículo 28, inciso primero, del D.F.L. N°2 DEL Ministerio del Trabajo y Previsión Social.**

*La norma señalada indica que “En el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, los Inspectores del Trabajo podrán ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio constituyan peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación.*

*En el caso del inciso anterior, los trabajadores seguirán percibiendo sus remuneraciones, o el promedio diario de los últimos seis meses si trabajaren a trato, a comisión o a sueldo y comisión, considerándose como efectivamente trabajado el período de suspensión para todos los efectos legales.”*

*De acuerdo a la norma citada y situación en análisis, en caso de que, en ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, el inspector del trabajo ordene la suspensión de labores que pudiesen constituir un peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores, éstos seguirán percibiendo sus remuneraciones. Con todo, cada situación será analizada caso a caso y fiscalizada conforme a la ley, doctrina e instrucciones vigentes, atendidas las especiales condiciones de prestación de los servicios y, en el caso particular, de las zonas afectadas.*

*Por su parte, el artículo 184 bis del Código del Trabajo, establece que corresponde a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de la adopción por parte del empleador de todas las medidas necesarias para resguardar la vida y salud de los trabajadores y en caso que sobrevenga un riesgo grave e inminente para los trabajadores, ordenar la evacuación de los lugares afectados por una emergencia, catástrofe o desastre, debiendo el empleador suspender las labores de forma inmediata y proceder a la evacuación de los trabajadores y la reanudación de las labores sólo podrá efectuarse una vez que estén garantizadas las condiciones seguras y adecuadas para la prestación de los servicios de los trabajadores afectados.*

**4. Obligación del empleador de disponer todas y cada una de las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.**

*De acuerdo a lo que señala el inciso primero del artículo 184 del Código del Trabajo, “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.”*

*Al respecto, la doctrina vigente de este Servicio señala que la obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador.*

*De acuerdo a lo expuesto, ante los efectos que derivan de los imprevistos señalados, tales como cortes de caminos, ausencia de transporte, incendios, cortes de energía eléctrica o de suministro de agua potable, entre otras, la acción del empleador también debe tener un carácter preventivo, siendo procedente que*

*aplique medidas de este carácter, aun cuando no se encuentren expresamente descritas o reguladas en la ley, pues todas éstas se encuentran dentro de la esfera de protección y acción que la ley encomienda al empleador con el objeto que cumpla con su obligación de protección con los trabajadores.*

*A su vez, el artículo 184 bis del Código del Trabajo establece que cuando sobrevenga un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, el empleador deberá:*

- a) Informar inmediatamente a todos los trabajadores afectados sobre la existencia del mencionado riesgo, así como las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo,*
- b) Adoptar medidas para la suspensión inmediata de las faenas afectadas y la evacuación de los trabajadores, en caso que el riesgo no se pueda eliminar o atenuar.*

*El referido artículo establece además que el trabajador tiene derecho a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, por motivos razonables, que continuar con las labores implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud, lo cual debe informar a su empleador en el más breve plazo y éste a su vez debe informar de la suspensión de labores a la Inspección del Trabajo.*

*Los trabajadores que ejerzan este derecho, conforme al mismo artículo, no pueden sufrir perjuicio o menoscabo alguno y en caso contrario, podrán ejercer las acciones de Tutela Laboral por afección de derechos fundamentales.*

#### **5. Terminación del contrato de trabajo.**

*Conforme al número 6 del artículo 159 del Código del Trabajo puede terminar por caso fortuito o fuerza mayor.*

*Al respecto, se debe tener presente lo analizado en el numeral 1 de este dictamen, referido a la suspensión temporal del contrato de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor.*

*En el caso de la terminación del contrato de trabajo y sin perjuicio de la competencia de los tribunales de justicia para resolver las controversias jurídicas concretas que se puedan dar al respecto, la aplicación de la referida causal de terminación del contrato de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor, requiere que el imprevisto respectivo, reuniendo los elementos analizados del artículo 45 del Código Civil, tenga un carácter permanente que impida indefinidamente que se retomen los servicios del trabajador.*

*Por el contrario, tratándose de imprevistos transitorios o temporales, estos sólo permitirían aplicar el caso fortuito o fuerza mayor para suspender los efectos del contrato de trabajo, no así para terminarlo, teniendo presente el principio de continuidad laboral que debe prevalecer.*

*Todo lo anterior, reiteramos, sin perjuicio de lo que establezcan los tribunales de justicia al conocer y resolver eventuales controversias judiciales sobre la materia.*

*Finalmente, esta Dirección conforme a lo establecido en la letra e) del artículo 1° del referido D.F.L. N° 2 de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, promueve que los empleadores de las zonas afectadas mantengan, en lo posible la vigencia de los contratos de trabajo y el pago de las respectivas remuneraciones y de ser necesario, acuerden con los trabajadores respectivos suspender o modificar las condiciones laborales pactadas, en la forma señalada anteriormente en este dictamen.*

#### **Ordinario N° 2371, de 01.06.2017**

*La reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 7173/361 y 2968/117, de 24.11.1997 y 20.05.1996, respectivamente, el empleador no puede exonerarse de las obligaciones principales que nacen del contrato de trabajo, esto es, proporcionar la labor convenida y pagar la correspondiente remuneración, sino en el evento de existir fuerza mayor o caso fortuito u otra causa eximente de responsabilidad.*

*Así pues, una de las causas legales que se pueden invocar para cesar en el cumplimiento de un contrato, sea éste de trabajo o no, la constituye la fuerza mayor o caso fortuito, que se encuentra definido en el artículo 45 del Código Civil en los términos siguientes:*

*"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."*

*Del tenor literal de la disposición transcrita, se infiere que para que para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito es necesaria la concurrencia copulativa de los siguientes elementos:*

- a) *Que el hecho o suceso que se invoca como constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor sea inimputable, esto es, que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, en el sentido que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su ocurrencia.*
- b) *Que el referido hecho o suceso sea imprevisible, vale decir, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes.*
- c) *Que el hecho o suceso sea irresistible, o sea, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo.*

*De esta suerte, analizado el caso en consulta a la luz de lo expuesto en párrafos que anteceden, resulta posible convenir que las condiciones climáticas adversas reúnen los elementos para configurar una situación de caso fortuito o fuerza mayor, lo cual impide al empleador cumplir con su obligación de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada, del mismo modo como el trabajador se encuentra liberado de su obligación de prestar los servicios para los que fue contratado.*

*Con todo, lo anterior debe ser entendido en todos aquellos casos en que el trabajador no ha concurrido a su lugar de trabajo atendido el impedimento que le afecta, pues, en caso contrario, esto es, si las inundaciones, falta de transporte público o anegamientos, provocados por las condiciones climáticas, han tenido lugar estando los trabajadores a disposición del empleador, esto es, habiendo concurrido a su lugar de trabajo o faena, preciso es convenir que el período de inactividad que les afectaría, constituiría jornada laboral, dado que encontrándose a disposición del empleador la no realización de labor no sería imputable a éstos, y de este modo debería ser remunerada.*

*Lo expuesto precedentemente encuentra su fundamento en la disposición del inciso 2° del artículo 21 del Código del Trabajo, que dispone:*

*"Se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables".*

*El precepto legal anotado, configura el concepto de "jornada pasiva", la cual, sólo rige en el caso de que la inactividad laboral del trabajador, originada en causas que no le sean imputables, se produzca durante o dentro de la jornada laboral de acuerdo al concepto dado por el inciso 1° del artículo 21, no resultando procedente, por tanto, extender su aplicación a períodos anteriores o posteriores a ésta.*

*Acorde con lo señalado, la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 1592/96, de 24.05.2002, ha dispuesto que la jornada de trabajo se inicia desde el preciso momento en que los dependientes están a disposición del empleador y, esto último, acontece desde el instante en que llegan a su lugar de trabajo o faena.*

*Respecto a la consulta sobre si la obligación de higiene y seguridad que recae sobre el empleador, contempla la de interrumpir las labores de los trabajadores, permitiendo el regreso de los mismos a sus hogares, cabe señalar que esta Dirección en dictamen N° 5469/292, de 12.09.1997, ha sostenido que "La obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador".*

*Por consiguiente, el empleador debe adoptar todas las medidas necesarias e idóneas, que razonablemente, garanticen una eficaz protección al trabajador, previniendo todo riesgo al cual pueda verse expuesto en la ejecución de sus funciones. Lo anterior, se debe entender en el sentido que "el deber de seguridad, "adoptar todas las medidas necesarias"; se extiende a toda la acción preventiva, debiendo hacer todo lo necesario en cada una de las obligaciones específicas, incluso cuando no estén previstas de modo expreso".*

*En efecto, el referido deber de protección, tiene por finalidad prevenir la ocurrencia de cualquier accidente o enfermedad que ponga en riesgo la integridad física o psíquica del trabajador, de esta suerte "no es necesario, para que haya incumplimiento, que exista daño a la salud. Lo importante es haber situado al trabajador en una situación de riesgo que podría haberse evitado, aumentando de manera innecesaria las posibilidades de que ocurra un acontecimiento lesivo para su persona", esto es, previniendo todo riesgo que pueda poner en peligro la vida y salud del trabajador, garantizándose la máxima protección.*

*En tales circunstancias, no cabe sino concluir que la obligación de protección del empleador consiste en adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, incluyendo aquellas de carácter preventivo que no hayan sido previstas expresamente en la ley.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas cúmpleme informar a Ud., lo siguiente:*

*Las condiciones climáticas adversas que han afectado a la región de Coquimbo, reúnen los elementos para configurar una situación de caso fortuito o fuerza mayor, lo cual impide al empleador cumplir con su obligación de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada, del mismo modo como el trabajador se encuentra liberado de su obligación de prestar los servicios para los que fue contratado.*

*La obligación de protección del empleador consiste en adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, incluyendo aquellas de carácter preventivo que no hayan sido previstas expresamente en la ley.*

*Ordinario N° 0569/06, de 11.02.2019:*

*1.- Suspensión de las obligaciones principales que emanan del contrato de trabajo, por acontecer fuerza mayor o caso fortuito.*

*El artículo 45 del Código Civil señala que "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."*

*Para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito, deben cumplirse los siguientes requisitos conjuntamente:*

*a. Que el hecho o suceso que se invoca sea inimputable, esto es, que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes;*

*b. Que el referido hecho o suceso sea imprevisible, esto es, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes; y*

*c. Que el hecho o suceso sea irresistible, o sea, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo.*

*Con esto, resulta del todo claro y evidente que respecto de los hechos objeto de consulta y que, además, son de notorio y público conocimiento, se configurarían en general los requisitos para estar en presencia de fuerza mayor o caso fortuito, lo que permitiría sostener -de acuerdo a la doctrina vigente de este Servicio- que, ante esta situación y respecto de las zonas afectadas, se suspenden las principales obligaciones que emanan del contrato de trabajo, por encontrarse impedidas las partes de cumplirlas. Esto es:*

- *Para el empleador: se suspende la obligación de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada; y*
- *Para el trabajador: se suspende la obligación de prestar los servicios para los que fue contratado.*

*Con todo, se requerirá de un análisis caso a caso para determinar la especiales circunstancias y efectos legales y contractuales concretos aplicables a cada relación laboral.*

**2.- Excepción. El trabajador se encuentra a disposición del empleador.**

*Sin embargo, y de acuerdo a lo que ha resuelto este Servicio en situaciones similares, si las lluvias, inundaciones, ausencia de transporte, cortes de caminos y otros efectos provocados a causa de condiciones meteorológicas adversas, han tenido lugar estando los trabajadores en su lugar de trabajo, éstos se encontrarían a disposición de su empleador sin realizar labor por estas causas que no les son imputables. Con esto, estaríamos en presencia de la figura regulada en el inciso segundo del artículo 21 del Código del Trabajo, denominada en doctrina como "jornada pasiva de trabajo", la que corresponde ser remunerada por el empleador.*

*Por tanto y respecto de las zonas afectadas, en caso de que los trabajadores se encuentren o hayan encontrado a disposición de sus empleadores por haber concurrido a su lugar de trabajo o faena, pero sin realizar labor por las causas señaladas, no imputables a ellos, estaríamos en presencia de la figura descrita, debiendo ser estos trabajadores debidamente remunerados en conformidad a sus contratos de trabajo.*

**3.- Ejercicio de la facultad contenida en el artículo 28, inciso primero, del D.F.L. N°2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.**

*La norma señalada indica que "En el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, los Inspectores del Trabajo podrán ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio constituyan peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación laboral.*

*"En el caso del inciso anterior, los trabajadores seguirán percibiendo sus remuneraciones, o el promedio diario de los últimos seis meses si trabajaren a trato, a comisión o a sueldo y comisión, considerándose como efectivamente trabajado el período de suspensión para todos los efectos legales."*

*De acuerdo a la norma citada y situación en análisis, en caso de que, en ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, el inspector del trabajo ordene la suspensión de labores que pudiesen constituir un peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores, éstos seguirán percibiendo sus remuneraciones. Con todo, cada situación será analizada caso a caso y fiscalizada conforme a la ley, doctrina e instrucciones vigentes, atendidas las especiales condiciones de prestación de los servicios y, en el caso particular, de las zonas afectadas.*

**4.-Obligación del empleador de disponer todas y cada una de las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.**

*De acuerdo a lo que señala el inciso primero del artículo 184 del Código del Trabajo, "El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales."*

*A su vez, la doctrina vigente de este Servicio señala que la obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador.*

*De acuerdo a lo expuesto, ante los efectos que derivan de la situación en comento, tales como cortes de caminos, cortes de energía eléctrica, de suministro de agua potable, ausencia de transporte, de condiciones de higiene y seguridad, de alimentación, de abrigo, entre otras, la acción del empleador también debe tener un carácter preventivo, siendo procedente que aplique medidas de este carácter, aun cuando no se encuentren expresamente descritas o reguladas en la ley; pues todas éstas se encuentran dentro de la esfera de protección y acción que la ley encomienda al empleador con el objeto que cumpla con su obligación de protección para con el trabajador.*

*Finalmente, esta Dirección del Trabajo, conforme a lo establecido en la letra e) del artículo 1° del referido D.F.L. N° 2 de 1967, promueve que los empleadores de las zonas afectadas que puedan encontrarse en alguna de las situaciones descritas anteriormente, especialmente la señalada en el número 1, mantengan en lo posible el pago de las remuneraciones de sus trabajadores, lo anterior, sin perjuicio del ejercicio inmediato y de oficio de las facultades de fiscalización que sobre la materia ejercerá este Servicio respecto de cada una de las materias descritas en este informe.*

**Ordinario N° 3172, de 18.08.2014:**

*Del tenor literal de la disposición transcrita, se infiere que para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito es necesaria la concurrencia copulativa de los siguientes elementos:*

- a) *Que el hecho o suceso que se invoca como constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor sea inimputable, esto es, que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, en el sentido que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su ocurrencia.*
- b) *Que el referido hecho o suceso sea imprevisible, vale decir, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes.*
- c) *Que el hecho o suceso sea irresistible, o sea, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo.*

*De esta suerte, analizado el caso en consulta a la luz de lo expuesto en párrafos que anteceden, resulta posible convenir que, en la especie se ha configurado un caso fortuito o fuerza mayor, por concurrir a su respecto la totalidad de los elementos constitutivos del mismo.*

*En efecto, en el caso planteado consta que como consecuencia de la orden impuesta por la autoridad pública, el empleador estuvo legalmente impedido de cumplir con su obligación de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada, y el trabajador, a su vez, se encontró imposibilitado de desarrollar la labor pactada y, por consiguiente, de devengar la correspondiente contraprestación.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas cúmplame informar a Ud., que la orden de evacuación por alerta de tsunami, impartida por la autoridad respectiva los días 02 y 03 de abril del presente año, constituye un caso fortuito que impide la prestación de los servicios y exonera al empleador de las obligaciones de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada.*

**Ordinario N° 5832/384, de 25.11.1998:**

*Los períodos de corte de energía eléctrica, correspondan o no a una programación previa de las compañías distribuidoras, si ocurren durante la jornada efectiva de trabajo no afectan el cumplimiento de la jornada, y por ello no procede que lleven a descuento de la remuneración.*

*Por el contrario, si tales cortes se producen antes del inicio de la jornada efectiva, durante su suspensión por otra causa, o a su término, y a pesar que el trabajador se encuentre en el lugar de trabajo, como no se configura jornada, no producen efectos en las obligaciones de las partes del contrato de trabajo, coincidan o no con la respectiva programación previa.*

**Ordinario N° 5832/384, de 25.11.1998:**

*Respecto de la medida de suspensión de suministro de energía eléctrica por las empresas distribuidoras, que pudiere afectar la prestación de servicios, no concurre uno de los requisitos copulativos exigidos por el legislador para calificar tal suceso como caso fortuito o fuerza mayor, cual es que sea imprevisible”.*

*De esta manera, si los programas de corte de electricidad deben ser comunicados previamente a los usuarios, sea directamente o a través de medios de comunicación social, no podrían ser considerados sucesos imprevisibles dentro de cálculos ordinarios o corrientes.*

**Ordinario N° 3017 / 80, de 14.07.2005:**

*El corte en el suministro de gas por XX, antes del inicio de la jornada de trabajo en una empresa, o después de su término, sin que haya habido por tal motivo prestación de servicios por parte de los trabajadores, lleva a que no procedería pago de remuneración, sin perjuicio de lo que las partes hayan podido convenir al respecto.*

*Asimismo, si el corte produce paralización prolongada de la empresa, este Servicio carece de competencia para pronunciarse si existiría responsabilidad en su obligación de proporcionar al personal el trabajo convenido en el contrato, por tratarse de una situación de hecho que debe ser conocida y ponderada por los tribunales de justicia, en caso de controversia y reclamación de los trabajadores.*

**Ordinario N° 1599/51 de 19.04.2005:**

*El corte de gas del día 8 de marzo recién pasado, comunicado el día anterior a la empresa XX, por XX, no constituiría fuerza mayor o caso fortuito, y en cuanto a la ponderación de los motivos que habrían impedido a la empresa laborar dicho día, relacionados con el mismo corte, esta Dirección carece de competencia legal para pronunciarse, no conformándose en todo caso a derecho que hubiere instruido a los trabajadores recuperar tal día por el sábado 12 del mismo mes, si los contratos de trabajo del personal afectado no contemplarían este día dentro de la jornada laboral semanal, y no se habría contado con el consentimiento de los trabajadores para modificarlos.*

**Ordinario N° 3762 / 284 de 06.09.2000:**

*El lapso de paralización de actividades dispuesto por el empleador para adherir a un paro gremial, da derecho al pago de remuneraciones del trabajador que permaneciendo a disposición del empleador no haya realizado sus labores normales por dicha causa.*

*La paralización de actividades dispuesta por el empleador no puede ser calificada como caso fortuito o fuerza mayor por cuanto emana de un hecho voluntario del empleador que plantea la ausencia del requisito de imprevisibilidad.*

**Ordinario N° 5553/366 de 09.11.1998:**

*Los días de inactividad laboral que afecten a los trabajadores por los que se consulta, en caso de una paralización de faenas de empresas consideradas fuentes de polución atmosférica, producida por la declaración de situación de emergencia o preemergencia ambiental, por parte de la autoridad de salud pertinente, en razón del aumento en la concentración de material particulado en la Región Metropolitana, no puede ser calificada como caso fortuito o fuerza mayor, y por ende, no puede ser invocado por el empleador para exonerarse de su obligación de remunerar a los trabajadores durante el período en que éstos no presten sus servicios.*

**Ordinario N° 2729/045 de 13.06.2006:**

- a) *El personal docente y no docente que ingresó al colegio cumpliendo su jornada pero no las labores convenidas por no haber alumnos”.*

*“Analizada la situación de este grupo de trabajadores, nos encontramos precisamente con que ellos están a disposición del empleador, durante la jornada de trabajo y que su inactividad laboral durante los períodos que deben desarrollar actividades con los alumnos no es imputable a su persona sino a causas ajenas a su voluntad, razón por la cual el empleador estará obligado a pagarles remuneración, no obstante no haber realizado íntegramente las labores convenidas en el contrato.*

*b) El personal docente y no docente que se vio impedido de ingresar al colegio.*

*En relación a este personal, cabe señalar que la reiterada jurisprudencia de este Servicio ha sostenido que el empleador no puede exonerarse de las obligaciones de proporcionar el trabajo convenido y de remunerar al trabajador, y éste último de prestar los servicios pactados, sino en el evento de concurrir un caso fortuito o fuerza mayor, vale decir cuando se produzca un imprevisto a que no es posible resistir.*

*Tratándose de esta situación, cabe señalar que la toma de los colegios por parte de los estudiantes constituyó, precisamente un caso fortuito o fuerza mayor no imputable a las partes contratantes, que impidió que las mismas dieran cumplimiento a las obligaciones recíprocas que emanan del contrato.*

*Conforme a ello, si bien es cierto, el empleador estuvo impedido de cumplir con su obligación de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada y, el trabajador, a su vez, se encontró imposibilitado de desarrollar la labor pactada y, por consiguiente, no devengó la correspondiente contraprestación, no lo es menos que el empleador se encontraría obligado a pagar remuneraciones a dicho personal en el evento que el Estado, a través del Ministerio de Educación, proporcionara a los establecimientos educacionales, que se encontraron en tal situación, íntegramente la subvención, sin efectuar descuento por inasistencia de los alumnos, a fin de evitar el enriquecimiento injusto o sin causa por parte del sostenedor.*

**Ordinario N° 5499/261 de 15.09.1994:**

*En la especie no concurren los elementos que configuran el caso fortuito en su totalidad, ya que el cierre de la empresa se produjo en virtud de una resolución del Servicio de Impuestos Internos y éste es un hecho que, a juicio de la suscrita, no necesariamente reúne los tres elementos o requisitos que se han mencionado antes, esto es, inimputabilidad, imprevisibilidad e irresistibilidad.*

**Ordinario N° 0875/023 de 04.03.2003:**

*Ahora bien, la calificación antes efectuada, permite concluir que en el caso de los trabajadores de cuya situación se trata que a raíz del fenómeno climático ocurrido en la Cuarta Región no hubieren podido subir a la faena y hubieren permanecido en sus lugares de hospedaje, como también de aquellos que no obstante haber permanecido en el lugar de la faena estuvieren impedidos por tal causa de prestar los servicios convenidos, la empresa y tales dependientes han quedado exonerados del cumplimiento de sus obligaciones laborales recíprocas. De esta suerte, si la empresa ha pagado normalmente sus remuneraciones a los trabajadores que se encontraron en tal situación, no estando legalmente obligada a ello, cabe sostener que no existe requerimiento o reparo alguno que formular en su contra.*

**Ordinario N° 3592/0266 de 28.08.2000:**

*En la situación que origina la consulta, a los trabajadores que cumplían jornada bisemanal en el lugar de las faenas estaban impedidos de regresar a puerto, y los dependientes del turno que debían reemplazarlos no pudieron llegar al lugar del trabajo, a raíz de un acto de autoridad ejercido por un funcionario público, específicamente, el Gobernador Marítimo de .... quien, en el ejercicio de sus facultades legales y a través del Ord. N° 12.600/77 de 28.04.2000, ordenara la suspensión del tránsito marítimo atendidas las condiciones climáticas que suponen un riesgo potencial para los tripulantes y sus embarcaciones usuarios de ese tránsito.*

*Ello indica que en las circunstancias anotadas concurren copulativamente los requisitos constitutivos de fuerza mayor, esto es, se trata de un hecho no imputable a la empresa ni a los trabajadores, es claramente*

*imprevisible en los cálculos ordinarios o corrientes, y resulta particularmente irresistible para las partes de esa relación laboral que ninguna posibilidad tenían de evitar ni oponerse al acto de autoridad ejercido por el Gobernador Marítimo de ....., mucho menos a las razones invocadas por esta autoridad para ordenar la suspensión del tránsito marítimo.*

**Ordinario N° 3683, de 14.07.2016.**

*Señalado lo anterior, se debe indicar que el artículo 7° del Código del Trabajo prescribe "contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada".*

*Por su parte, el artículo 1545 del Código Civil preceptúa:*

*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los "contratantes, y no puede ser invalidado sino por su "consentimiento mutuo o por causas legales".*

*En este sentido, la jurisprudencia administrativa de este Servicio ha señalado en el Dictamen N° 2968/117, de 1996, que "de las normas legales precedentemente transcritas se colige que el contrato de trabajo es bilateral, en cuanto genera obligaciones para ambas partes, que la fuerza de la declaración es, para los contratantes, equivalente a la de una ley, y que lo convenido no pierde eficacia en tanto los que concurren a la formación del consentimiento no acuerden dejarlo sin efecto o acaezca una causa legal que lo invalide".*

*Por su parte, el artículo 21 del Código del Trabajo dispone:*

*"Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato".*

*"Se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables".*

*Del precepto legal anotado se infiere que se entiende por jornada de trabajo el tiempo durante el cual el trabajador presta efectivamente sus servicios al empleador en conformidad al contrato, considerándose también como tal, el lapso en que aquél permanece sin realizar labor, cuando concurren copulativamente las siguientes condiciones:*

- a) *Que se encuentre a disposición del empleador.*
- b) *Que su inactividad provenga de causas no imputables a su persona.*

*Asimismo, se colige que el inciso 2° de la disposición en comento constituye una excepción a la norma contenida en el inciso 1° del mismo precepto, que fija el concepto de jornada de trabajo, circunscribiéndolo al período durante el cual se realiza el trabajo en forma efectiva o activa, toda vez que considera también como tal, el tiempo en que el dependiente permanece a disposición del empleador sin realizar labor por causas ajenas a su persona, esto es, sin que exista en tal caso una efectiva prestación de servicios.*

*Sobre la base del análisis de la disposición citada, la jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 519/25, de 25.01.95 y 4935/150, de 15.07.91, ha sostenido que la regla de carácter excepcional contemplada en el inciso 2° del precepto en comento y que configura el concepto de "jornada pasiva", sólo rige en caso de que la inactividad laboral del trabajador, originada en causas que no le sean imputables, se produzca durante o dentro de la jornada laboral, de acuerdo al concepto dado en el inciso 1° de la disposición legal analizada, sin que resulte procedente, por tanto, extender su aplicación a períodos anteriores o posteriores a ésta.*

*Así, la sola circunstancia de encontrarse un trabajador a disposición del empleador, no constituye jornada pasiva de dicho dependiente, a la luz de la doctrina antes enunciada, pues, la circunstancia de encontrarse a*

*disposición del empleador requiere necesariamente, que aquella se ocasione durante o dentro de la jornada laboral, sin que corresponda aplicar este tipo de jornada excepcional al tiempo anterior o posterior a aquella.*

*Sobre el particular, y en lo que atañe a lo consultado, cabe hacer presente que analizada la situación a la luz de las normas citadas y comentadas, preciso es sostener que los trabajadores por los que se consulta, se encuentran sujetos a una medida cautelar, decretada por el Tribunal de Familia de ....., desde agosto del año 2014, a la fecha, relacionada a una orden de alejamiento del lugar de trabajo, sin que puedan dar cumplimiento a "las labores por los cuales fueron contratados", y por tanto, se encuentran impedidos de prestar los servicios convenidos, por disposición de autoridad, dentro de su ámbito de competencia, a saber, por resolución, del Tribunal de Familia.*

*De este modo, y atendida la circunstancia que la inactividad de los dependientes proviene de un acto de autoridad, en virtud del que aquellos están impedidos de concurrir a sus labores, y al que ambas partes deben dar cumplimiento, no puede considerarse ese tiempo jornada pasiva de trabajo, por cuanto como se ha explicado, el empleador ha estado legalmente impedido de cumplir con sus obligaciones de proporcionar el trabajo convenido y de pagar la remuneración acordada; y por su parte, los trabajadores de desarrollar las labores pactadas.*

*En la especie, no se cumple ninguno de los requisitos establecidos en el inciso 2° del artículo 21 del Código del Ramo, lo que permite concluir que los trabajadores por los cuales se consulta no están prestando servicios efectivos, aun cuando ello se deba a causas no imputables a su persona, de manera tal que no resulta aplicable la norma de excepción a la que se ha hecho referencia.*

*No obstante lo expuesto en los acápites que anteceden, cabe hacer presente que, según la consulta formulada, el organismo colaborador de SENAME pagó a sus trabajadores las remuneraciones correspondientes al período en consulta, de suerte tal, que en la eventualidad de que evaluaran efectuar el descuento de los respectivos montos, deben contar con el consentimiento de los dependientes, manifestado en un acuerdo escrito entre las partes, y las deducciones no deben exceder el 15% de la remuneración bruta total mensual de los afectados, ello, a la luz de lo dispuesto en el artículo 58 del Código del Trabajo y conforme lo precisado por este Servicio, entre otros, mediante Dictamen N° 7051/332 de 19.12.1996.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que, en el caso consultado el cumplimiento de una resolución de un Tribunal de la República, consistente en una orden de alejamiento del lugar de trabajo, por parte de un trabajador, no implica para éstos, el cumplimiento de jornada pasiva, en los términos del inciso 2° del artículo 21 del Código del Trabajo.*

Ordinario N° 4093, de 05.08.2016.

*El artículo 7° del Código del Trabajo, prescribe:*

*"Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada".*

*De la disposición legal transcrita se colige que el contrato de trabajo es un contrato bilateral que genera obligaciones recíprocas para las partes.*

*Del mismo precepto aparece, que para el empleador, las principales obligaciones que le impone el contrato de trabajo son las de proporcionar el trabajo convenido y pagar por él una determinada remuneración, en tanto que para el trabajador, su obligación esencial consiste en prestar los servicios para los cuales fue contratado.*

*Frente a lo expresado, cabe señalar que la jurisprudencia de esta Dirección ha sostenido reiteradamente que el empleador no puede exonerarse de las obligaciones principales que nacen del contrato de trabajo, esto*

*es, proporcionar la labor convenida y pagar la correspondiente remuneración, sino en el evento de existir fuerza mayor o caso fortuito u otra causa eximente de responsabilidad.*

*Lo anteriormente expuesto, se ve corroborado por lo dispuesto en el artículo 1.545 del Código Civil, que señala:*

*"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*

*De la disposición legal preinserta se infiere también que un acto jurídico bilateral sólo puede ser dejado sin efecto mediante el mutuo consentimiento de las partes contratantes o si existe una causa legal que lo invalide.*

*Ahora bien, una de las causas legales que se pueden invocar para cesar en el cumplimiento de un contrato, sea éste de trabajo o no, corresponde a la fuerza mayor o caso fortuito, que se encuentra definida en el artículo 45 del Código Civil en los términos siguientes:*

*"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.".*

*Del tenor literal de la disposición transcrita, se infiere que para que un hecho constituya fuerza mayor o caso fortuito, es preciso que reúna tres elementos copulativos: primero, inimputabilidad; segundo, la imprevisibilidad y tercero, la irresistibilidad.*

*Seguidamente, es necesario analizar lo que debe entenderse por cada uno de dichos elementos, de manera de poder determinar cuándo se está en presencia de un hecho que puede ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito.*

*Al respecto, cabe señalar que la inimputabilidad consiste en que el suceso o hecho que se invoca como constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor, provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, o sea, que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su producción.*

*En lo que concierne al segundo elemento del caso fortuito, vale decir, la imprevisibilidad, cabe precisar que ésta consiste en que el hecho invocado en tal calidad, dentro de los cálculos ordinarios y corrientes, no se haya podido prever. Es decir, guarda relación con lo acostumbrado o desacostumbrado del acontecimiento que se invoca como constitutivo del caso fortuito; en otros términos, sucesos que, racionalmente, no han podido preverse por la manera como se presentan.*

*En opinión del tratadista Ramón Meza Barros, la imprevisibilidad no implica que el hecho sea totalmente imprevisible, sino que basta que regular o normalmente no haya podido preverse.*

*Por último, en lo que respecta al tercer elemento que es la irresistibilidad, es preciso consignar que se entiende por tal la circunstancia de no ser posible evitar sus consecuencias, en términos tales que ninguna de las partes haya podido preverlo y evitarlo, ni aun cuando se opongan al hecho imprevisto las defensas idóneas para lograr tal objetivo. Si únicamente hace más difícil o gravoso el cumplimiento no se estará en presencia de un hecho que pueda ser calificado como caso fortuito.*

*Finalmente, el artículo 12 y siguientes del Decreto Supremo N° 594, de 2000, del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo, regula la provisión de agua potable en los lugares de trabajo. La norma legal establece que "todo lugar de trabajo deberá contar con agua potable destinada al consumo humano y necesidades básicas de higiene y aseo personal, de uso individual o colectivo".*

*Ahora bien, en la especie, de los antecedentes aportados y tenidos a la vista y, en especial, del informe de fiscalización de 24.06.2016, en el marco de la fiscalización N° de comisión 1316/2016/757, evacuado por la Sra. Fiscalizadora ....., dependiente de la Inspección Comunal del Trabajo de La Florida, se expresa*

*que el "dirigente señala que el empleador no pagó la remuneración de mayo 2016 en forma íntegra, debido a que el 18 de abril no hubo agua en el sector por lo que el empleador vía mail les indicó que no se presentaran a trabajar y en la remuneración no tomó en cuenta un promedio para ese día en el concepto tratos por lo que disminuyó su monto final a pago, señala además que no fue responsabilidad del trabajador la ausencia ese día".*

*Concluye que "revisados los comprobantes de pago de remuneraciones, respecto de los trabajadores individualizados en formulario 4/6, se constata que el empleador efectivamente no incluyó en el pago de la comisión (trato) el día 18/04/2016, siendo el ciclo a considerar desde el 19/04/2016 al 13/05/2016".*

*Del informe inspectivo mencionado, se determina que el empleador "pagó en forma íntegra la parte fija pero, en la variable no incluyó el día 18/04/2016, debido a que lo consideró como caso fortuito o fuerza mayor".*

*Por otra parte, revisadas las informaciones de prensa correspondientes al fin de semana del sábado 16 al lunes 18 de abril del presente año, se desprende que a raíz de lluvias intensas en la Región Metropolitana, la empresa Aguas Andinas aplicó un corte de agua no programado, que afectó el suministro que entrega a 29 comunas de la región indicada. La medida de emergencia se tomó debido a la turbiedad que presentaban las aguas de los ríos Mapocho y Maipo, producto de aluviones y aludes, que originó la necesidad de establecer puntos de entrega de agua potable a los afectados, entre los que se encontraba la Comuna de La Florida.*

*Lo anterior, motivó incluso la suspensión de clases de treinta y dos comunas de la Provincia de Santiago más Puente Alto, San José de Maipo y San Bernardo, el día 18 de abril, para resguardar las condiciones sanitarias en que deben funcionar los establecimientos educacionales.*

*Señalado lo anterior, del informe de fiscalización indicado y antecedentes tenidos a la vista, se desprende que el día lunes 18 de abril, a causa de un corte de agua de la empresa Aguas Andinas, que no estaba programado, producto de la emergencia desarrollada por la turbiedad que presentaban las aguas de los ríos Mapocho y Maipo, motivado por las intensas lluvias; no hubo agua potable en el sector donde se encuentra la empresa ..... Ltda.*

*En razón de lo señalado, el empleador, vía correo electrónico y teléfono, comunicó a los trabajadores que no se presentaran a trabajar el día lunes 18 de abril de 2016, antes del inicio de la jornada de trabajo.*

*Finalmente, en razón de los hechos descritos, el empleador pagó la remuneración fija de los trabajadores y en la variable no incluyó el día 18 de abril de 2016, argumentando que lo consideró caso fortuito o fuerza mayor.*

*Analizada la situación en consulta, a la luz de las disposiciones legales citadas, antecedentes recopilados y consideraciones expuestas en párrafos que anteceden, dable es apreciar que, en la especie, concurren en su totalidad los requisitos que configuran una situación de caso fortuito o fuerza mayor.*

*En efecto, en opinión de este Servicio, el fenómeno climático provocado por las intensas lluvias entre los días 16 al 18 de abril, que significaron un corte de agua generalizado en gran parte de las comunas de la Región Metropolitana, por parte de la empresa Aguas Andinas, que no estaba programado, y por tanto, comunicado con anterioridad, provocado por aludes y aluviones que decantaron un gran número de partículas y sedimentos en el agua, -lo que determinó que no era apta para el consumo humano; y que originó una emergencia que significó, entre otras alteraciones, la suspensión de clases el día 18 de abril, en todos los colegios de las comunas afectadas, así como el establecimiento de distintos puntos de abastecimiento de agua potable, para que las personas pudieran proveerse de este vital elemento-, constituye un hecho que puede ser calificado como inimputable, imprevisible e irresistible en los términos antes analizados, ya que dentro de los cálculos ordinarios y corrientes no es posible predecir que una determinada lluvia, en una zona específica producirá, tal enturbiamiento del agua que provoque un corte prolongado, producto de los aluviones y aludes que afectaron su propia composición.*

*En el mismo sentido, tampoco era posible evitar las consecuencias del mismo, por cuanto no era posible determinarlo y evitarlo.*

*Lo anterior, a su vez, permite sostener que el aluvión y alud ocurrido en las aguas de los ríos Mapocho y Maipo, producto de intensas lluvias, y que provocó el corte del suministro de agua potable, por parte de Aguas Andinas el día 18 de abril, ocurrido a raíz de dicho fenómeno, reviste el carácter de caso fortuito o fuerza mayor.*

*Al tenor de lo expuesto, dable es sostener que, en la situación planteada, el fenómeno de que se trata ha podido producir el efecto de liberar a las partes de la relación laboral del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.*

*Por último, en relación a la procedencia o no de descuentos de las remuneraciones, de los trabajadores de la empresa indicada, cabe hacer presente que, según la consulta formulada, el empleador habría pagado a sus trabajadores la parte fija de los emolumentos correspondientes al período en consulta, de suerte tal, que en la eventualidad de que se evaluara efectuar el descuento de los respectivos montos, por la empresa, debe contar con el consentimiento de los dependientes, manifestado en un acuerdo escrito entre las partes, y las deducciones no deben exceder el 15% de la remuneración bruta total mensual de los afectados, ello, a la luz de lo dispuesto en el artículo 58 del Código del Trabajo y conforme lo precisado por este Servicio, entre otros, mediante Dictamen N°7051/332 de 19.12.1996.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que, en el caso consultado, al constituirse el día 18 de abril de 2016 un hecho atribuible a caso fortuito o fuerza mayor, que obligó a la empresa ..... Ltda. a mantener su establecimiento cerrado por no contar con agua potable, producto de la decisión de corte de agua de la empresa Aguas Andinas, originado en la turbiedad de aquella, por el sedimento arrastrado por los aludes y aluviones que originaron las intensas lluvias de esos días, no existe obligación para el empleador de cumplir con sus obligaciones de proporcionar el trabajo convenido y de pagar la remuneración acordada y por su parte, los trabajadores no están obligados a desarrollar las labores pactadas.*

## LA SUSPENSIÓN DE MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 3222/0158, de 22.08.2001:*

*"Ahora bien, se infiere de esta relación de disposiciones legales, que nuestro ordenamiento jurídico no contempla el derecho a permisos específicos que permitan al dependiente concurrir a consultas médicas, y por tanto, tampoco el empleador se encuentra en la obligación correlativa de concederlos. Nada impide, sin embargo, que las partes de la relación laboral, libremente y por mutuo acuerdo, concuerden permisos de origen convencional destinados a éstos u otros fines, los cuales, por lo demás, los contempla expresamente el inciso 4° del artículo 32 del Código del Trabajo, al precisar que "No serán horas extraordinarias las trabajadas en compensación de un permiso, siempre que dicha compensación haya sido solicitada por escrito por el trabajador y autorizada por el empleador".*

*En consecuencia, sobre la base de las normas legales precedentes, cúpleme manifestar a Uds. que el empleador no se encuentra obligado a conceder a sus dependientes permisos especiales para concurrir a consultas médicas, sin perjuicio que por mutuo acuerdo de trabajador y empleador puedan concordarse éstos, sus términos, condiciones y formas de compensación."*

*Ordinario N° 3765/175, de 27.06.1994:*

*En efecto, un permiso sin goce de remuneraciones constituye una suspensión del contrato de trabajo, y esta suspensión, según el contratista español Eugenio Pérez Botija, es "el cese parcial de los efectos del contrato durante un cierto tiempo, volviendo a tener plena eficacia jurídica una vez desaparecidas las circunstancias que motivaron la interrupción" ("Curso de Derecho del Trabajo", pág. 265).*

*En relación con esta misma materia el tratadista uruguayo Américo Plá Rodríguez, agrega que durante la suspensión "el contrato de trabajo sobrevive, lo que ocurre es que durante cierto tiempo no produce sus efectos principales o mejor dicho se suspenden los efectos principales del contrato para ambas partes (la obligación de prestar servicios en el trabajador, la obligación de pagar el salario en el empleador) sin que desaparezcan las restantes obligaciones y efectos". ("Los Principios del Derecho del Trabajo", pág. 175).*

*Ahora bien, si se considera que un reajuste es accesorio a la remuneración, es preciso convenir, de acuerdo al aforismo jurídico que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, que si el empleador está convencionalmente exonerado de pagar remuneración, tampoco está obligado a pagar los incrementos de ella que puedan haberse concedido en el contrato individual o en un instrumento colectivo en tanto subsista la suspensión de la relación laboral.*

**Ordinario N° 2358, de 01.06.2017**

*De esta manera, el contrato individual de trabajo es un acto jurídico bilateral que impone obligaciones recíprocas para ambas partes, que se traducen principalmente en lo siguiente: para el empleador, proporcionar el trabajo convenido en el contrato de trabajo como también pagar una remuneración determinada y, para el trabajador, prestar los servicios para los cuales fue contratado, dentro del horario y jornada acordada, ciñéndose a las instrucciones, pautas y orientaciones de su empleador.*

*De esta forma, el contrato individual trabajo no solo involucra el cumplimiento de ciertas obligaciones sino también el ejercicio de ciertos derechos, que se hacen valer durante el período de vigencia de la relación contractual, vínculo laboral que en algunos casos se suspende con la ocurrencia de ciertos sucesos, tales como el otorgamiento de una licencia médica, el descanso pre y post natal, la huelga, los permisos contemplados en el Código del Trabajo para los trabajadores, períodos en que la relación laboral se suspende en los términos descritos en la propia norma.*

*Sin perjuicio de lo expuesto, y pese al hecho de no encontrarse reglamentando en el Código del Trabajo, las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden acordar la suspensión de la relación laboral a través de los permisos otorgados por empleador, con o sin derecho a remuneración.*

*Conforme lo señala la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida en dictamen nro. 477/031 de 25.01.1999, "la suspensión de la relación laboral no tiene un tratamiento sistemático en nuestro ordenamiento jurídico, sino que ella fluye del contenido general de la legislación y de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que la han tratado, conforme a los cuales cabe distinguir, según sea la fuente que la origina, entre suspensión legal y convencional.*

*Entre los casos de suspensión legal pueden citarse el descanso maternal, la licencia médica, el descanso anual, etc. y entre los de suspensión convencional, los permisos otorgados por el empleador, sean con o sin derecho a goce de remuneraciones".*

*Agrega el referido pronunciamiento que "la figura jurídica de la suspensión ha sido conceptualizada por la doctrina nacional como la cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o de pagar la remuneración, en su caso, o de ambas a la vez, impuestas en el contrato, subsistiendo el vínculo contractual (W. Thayer y P. Novoa, Manual de Derecho del Trabajo, 3° edición, Editorial Jurídica)"*

*En ese contexto, la suspensión convencional de la relación laboral ha sido concebida como una cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o bien de pagar la remuneración o bien de ambos a la vez, impuesta en el contrato de trabajo subsistiendo el vínculo contractual, acuerdos que en ningún caso pueden importar la transgresión de los derechos reconocidos por la legislación laboral ni menos una vulneración de*

*los principios que inspiran las relaciones de trabajo, en particular, del principio de ajenidad, que se manifiesta en el hecho que los trabajadores que prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo desempeñan sus funciones por cuenta de otro, es decir, por cuenta ajena, lo que implica insertarse en una organización que no les es propia cuya titularidad corresponde a empleador. Así, lo que el trabajador produce se incorpora a la empresa, siendo esta última quien se beneficia de sus resultados. Como correlato de lo anterior, es decir, que el trabajador tan solo presta los servicios a cambio de una remuneración determinada, los riesgos vinculados a la prestación de los servicios y al proceso productivo mismo, corresponden al empleador.*

*En el caso que nos ocupa, la suspensión convencional de la relación laboral se manifestó a través de la suscripción de permisos con goce de remuneraciones, documentos que en la cláusula denominada Cumplimiento de Obligaciones, consignaban que "durante este período el trabajador percibirá íntegramente sus remuneraciones, manteniendo vigentes todos los beneficios otorgados por la empresa"*

*De esta forma, de la redacción del documento se desprende que el permiso con goce de remuneraciones importaba mantener indemne sus remuneraciones y los demás beneficios otorgados por la empresa, lo que implica respetar las condiciones remuneracionales del trabajador, pactadas en sus respectivos contratos individuales o colectivos de trabajo.*

*Lo anterior resulta corroborado por el empleador, quien reconoce que el sentido del acuerdo celebrado con la organización sindical era proteger a un grupo de trabajadoras afectas a fuero maternal, quienes mantendrían la calidad de trabajadores pese a no desempeñar funciones efectivas durante el período de fuero, percibiendo íntegramente sus remuneraciones, incluyendo el promedio de las comisiones o remuneraciones variables, asignación de colación y movilización, y bono de asistencia y puntualidad.*

*En ese contexto, la medida adoptada por la empresa, dictada en uso de sus facultades de administración y dirección, que se tradujo en el cierre de locales y la desvinculación de una gran cantidad de trabajadores, no pudo afectar la situación contractual de las trabajadoras afectas a fuero maternal ni menos significar que la celebración de permisos con goce de remuneraciones, que liberaban a las trabajadoras de prestar servicios efectivos, pudiera implicar un detrimento o menoscabo en sus remuneraciones máxime si el hecho de no poder prestar servicios en sus lugares de trabajo, conforme se señalara precedentemente se debió a un decisión propia del empleador, en ejercicio de sus facultades de administración y gestión.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, el acuerdo celebrado por las partes, que liberaba a la trabajadora amparada por fuero maternal de prestar servicios durante el período que durara dicha protección legal, implica percibir íntegramente sus remuneraciones, incluido el bono de asistencia y puntualidad.*

## UNIDAD 8

### EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO

#### SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS BAJO LA MODALIDAD DE TELETRABAJO ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NUEVA NORMATIVA

##### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*De lo dispuesto en el artículo segundo transitorio, se desprende que la Ley N° 21.220 entrará en vigencia el primer día del mes siguiente a su publicación, lo que ocurrió el 26 de marzo de 2020, por lo tanto, regirá desde el 01 de abril de 2020, fecha desde la que se contabilizará el plazo para dictar el reglamento establecido*

*en el artículo 152 quáter M) del Código del Trabajo, relativo a las condiciones de salud y seguridad que deberán mantenerse en el trabajo a distancia y el teletrabajo.*

*Ahora bien, del precepto anteriormente transcrito se desprende que las empresas dispondrán, de un período de tres meses contados desde la entrada en vigencia de la ley para ajustarse a la nueva normativa respecto de los trabajadores que, con anterioridad a dicha vigencia, ya prestaban servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia y teletrabajo.*

## DEFINICIÓN DE TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*De la norma legal precitada es posible extraer que el legislador ha definido expresamente el concepto de trabajo a distancia y teletrabajo, estableciendo que el primero es aquel que involucra a los trabajadores que prestan sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Por su parte, el segundo, es una forma de trabajo a distancia que se distingue por el hecho de que en la prestación de servicios se utilizan medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o porque tales servicios deban reportarse a través de estos medios.*

*Considerando lo anterior, debemos señalar que la prestación de servicios bajo estas modalidades requiere del acuerdo de las partes, el que puede alcanzarse tanto al inicio de la relación laboral como durante su vigencia, el que en ningún caso podrá implicar un menoscabo de los derechos que el Código del Trabajo reconoce a los trabajadores, circunstancia que implica que aquellos deberán gozar de todos los derechos individuales y colectivos, en tanto no sean incompatibles con las normas que regulan esta modalidad de contratación, aspectos sobre los que nos referimos a continuación.*

## IMPORTANCIA DE LA OPORTUNIDAD EN QUE SE PACTO EL TELETRABAJO O EL TRABAJO A DISTANCIA

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*Como se puede apreciar, el señalado proyecto reconoce el derecho que asiste a las partes para volver a la modalidad de trabajo presencial, debiendo puntualizar que las condiciones de su ejercicio dependerán de si se trata de una relación laboral que con posterioridad a su inicio devino o se transformó en trabajo a distancia o teletrabajo o, por el contrario, si se trata de una relación laboral que desde su inicio se sujetó a dicho régimen.*

*Debemos advertir que, en el primer caso, esto es, cuando el trabajo a distancia o el teletrabajo, se ha acordado con posterioridad al inicio de la vigencia de la relación laboral es posible volver a la modalidad presencial por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso por escrito a la otra con treinta días de anticipación.*

*En el caso que el trabajador unilateralmente ejerza este derecho, bastará con que lo comunique por escrito al empleador con, a lo menos, 30 días de anticipación, aspecto que se explica en la circunstancia que la génesis de este derecho de reversibilidad, conforme se da cuenta en la tramitación legislativa, se encuentra reconocido a favor de los trabajadores.*

*En caso de que quien ejerza este derecho sea el empleador debe advertirse, a la luz de lo dispuesto en el artículo 152 quáter G) del Código del Trabajo, que las condiciones que se pacten no pueden implicar un menoscabo de los derechos que el Código del Trabajo reconoce a los trabajadores, quienes gozan de todos los derechos individuales y colectivos allí establecidos en tanto no sean incompatibles con las normas que regulan el contrato a distancia y el teletrabajo, por lo tanto, la modificación unilateral del sitio o recinto en que deban prestarse los servicios no puede importar menoscabo para el trabajador conforme a la normativa general.*

*En el segundo caso previsto en la norma en análisis, vale decir, si la prestación de servicios a distancia o teletrabajo se hubiere acordado al inicio de la vigencia de la relación laboral, para volver a la modalidad de trabajo presencial siempre se requerirá del acuerdo de las partes.*

## OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LOS CONTRATOS EN LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*Conforme a la referida disposición legal, dentro de los quince días siguientes al que las partes acuerden sujetarse a la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador deberá registrar electrónicamente el pacto respectivo ante la Dirección del Trabajo, la que remitirá copia al registro de la Superintendencia de Seguridad Social y a los organismos administradores de la Ley N° 16.744.*

*En lo que respecta a la forma, condiciones y características del registro de estos acuerdos, corresponderá que la Dirección del Trabajo, mediante el respectivo acto administrativo, determine estos aspectos, con el objetivo de contar con las herramientas necesarias para verificar el cumplimiento de los requisitos fijados por el legislador.*

*Finalmente, debemos destacar que la fiscalización del cumplimiento de los acuerdos de trabajo a distancia o teletrabajo se encontrará radicada en la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros Servicios en virtud de las leyes que los rigen.*

## LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TELETRABAJADORES Y TRABAJADORES A DISTANCIA

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*Cabe hacer presente que, en conformidad a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 152 quáter G) del Código del Trabajo, la suscripción de un contrato de trabajo a distancia o teletrabajo no puede implicar un menoscabo en los derechos que el Código del Trabajo, la suscripción de un contrato de trabajo a distancia o teletrabajo no puede implicar un menoscabo en los derechos que el Código del Trabajo reconoce a los trabajadores, en especial, su remuneración circunstancia frente a la cual resulta pertinente considerar lo previsto en el artículo 5 del Código del Trabajo, que establece:*

*Artículo 5.- el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*

*Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.*

*De esta forma, es posible advertir que el legislador, al establecer la prohibición de menoscabar, a través de los pactos de trabajo a distancia y teletrabajo, los derechos que el Código del Trabajo reconoce a los trabajadores, ha venido a reforzar la normativa contenida en el artículo 5, inciso 2° del mismo Código del Trabajo, conforme al cual los derechos laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.*

*Bajo el espíritu referido, y teniendo presente que los trabajadores gozan de todos los derechos individuales y colectivos que les reconoce el Código del Trabajo en tanto no sean incompatibles con la regulación del contrato a distancia y el teletrabajo, debemos puntualizar que el legislador ha adoptado medidas específicas tendientes a facilitar el ejercicio de otros derechos laborales en el marco de la nueva normativa.*

*Así, el inciso final del artículo 152 quáter N) del Código del Trabajo establece el deber del empleador de informar por escrito al trabajador la existencia o no de sindicatos legalmente constituidos en la empresa al momento del inicio de las labores, agregando que en caso que se constituya una o más de tales organizaciones con posterioridad al inicio de la prestación de servicios bajo las modalidades indicadas, tal información deberá ser proporcionada dentro de los diez días siguientes de recibida la comunicación establecida en el artículo 225 del Código del Trabajo.*

*Igualmente, el legislador ha establecido en el artículo 152 quáter Ñ) del mismo cuerpo normativo que el trabajador siempre podrá acceder a las instalaciones de la empresa y, en cualquier caso, el empleador deberá garantizar que pueda participar en las actividades colectivas que se realicen, siendo de cargo de este los respectivos gastos de traslado.*

**Ordinario N° 1884/014, de 11.06.2020:**

*En el marco de la prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, resulta exigible que el empleador cumpla con la obligación de proveer el derecho de sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo.*

**Ordinario N° 483/10, de 23.03.2022**

*1. El artículo 152 quáter Ñ del Código del Trabajo establece el derecho a acceder a las instalaciones de la empresa y el derecho participar en actividades colectivas, como derechos autónomos que no importan una contravención a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 152 quáter H del Código del Trabajo o un incumplimiento del contrato de trabajo como consecuencia de su ejercicio, conforme a las consideraciones expuestas en el presente informe.*

*2. El derecho a acceder a las instalaciones de la empresa debe llevarse a cabo considerando el principio de la buena fe que rige las relaciones laborales. De acuerdo a dicho principio, su ejercicio no puede significar un menoscabo para el trabajador como condición necesaria para el resguardo de sus intereses legítimos o derechos laborales. A su vez, no puede conllevar una perturbación de la marcha normal de las labores de la empresa, como tampoco afectar el ejercicio de derechos de otros trabajadores.*

*3. El derecho a participar en actividades colectivas involucra instancias que no se enmarcan en la prestación de servicios y buscan, ante todo, la integración del trabajador fuera de la lógica en que habitualmente presta servicios, lo que supone su participación presencial, debiendo estarse a lo señalado en el presente informe respecto a su ejercicio.*

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUIENES PACTAN TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:**

*En atención a lo expuesto precedentemente respecto al ejercicio de supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollan las labores, del trabajador por parte del empleador o, en definitiva, la posibilidad de ejercer fiscalización superior inmediata por parte del empleador mediante medios tecnológicos se ha estimado necesario realizar una serie de prevenciones relativas a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.*

*Como se señaló en el presente informe, los pactos de teletrabajo y el trabajo a distancia no pueden importar un menoscabo a los derechos reconocidos por el Código del Trabajo, debiendo considerar además lo establecido en el inciso 1° del artículo 5 de esta normativa, que consagra que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial, cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*

*La doctrina de este Servicio, contenida en Dictámenes Ord. N° 2210/035, de 05 de junio de 2009 y N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002, ha establecido que los derechos fundamentales, cuya finalidad es favorecer el desarrollo integral de la persona humana, amparan y tutelan espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un status jurídico irrenunciable e irreductible, por lo que rigen plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles no solo a los poderes públicos sino a los sociales, desarrollando una eficacia horizontal que permeará la relación laboral.*

*Considerando lo anterior, debemos destacar que el empleador, cuando adopte medidas de control en el marco del trabajo a distancia o el teletrabajo, deberá tomar los resguardos necesarios para no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, esto especialmente considerado que la utilización indiscriminada o un ejercicio intensivo de sus facultades bajo un escenario tecnológico podría afectar los límites del espacio personal del trabajador.*

*A modo de ejemplo, a propósito de la instalación de disposición de control audiovisual como forma de control o vigilancia permanente y continuada, debemos destacar que en Dictamen Ord. N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002, este Servicio señaló que medidas de dicha intensidad generan un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. Asimismo, en Dictamen Ord. N° 2338/130, de 17 de junio de 2002, esta Dirección ha manifestado que la utilización de un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, implica no solo un control extremo e infinitamente más intenso que el que realiza directamente la persona del empleador, sino que significa un poder total y completo sobre la persona del trabajador, siendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad.*

*Finalmente, debemos destacar que el ejercicio de la supervisión o control por parte del empleador deberá considerar especialmente que el trabajador tenga pleno conocimiento de las medidas fijadas a este respecto y que estas sean proporcionales, resguardando especialmente el derecho a la intimidad del trabajador, así como su esfera privada en atención a las especiales condiciones en que se prestan servicios bajo la modalidad de análisis.*

## EL LUGAR DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*Del tenor de la norma precitada es posible advertir que, en relación con el lugar de trabajo, las partes podrían alcanzar un acuerdo sobre las siguientes alternativas:*

*a) Que la prestación de servicios se realice en el domicilio del trabajador u otro sitio determinado;*

*b) Que el trabajador libremente elija donde ejercerá sus funciones entre distintos lugares, en caso de que conforme a la naturaleza de los servicios esto resulte posible.*

*Debemos destacar que conforme a lo dispuesto en el inciso 2° de la disposición referida, para determinar si se está en presencia de un contrato de trabajo a distancia o teletrabajo, lo relevante será el hecho de que los servicios se presten en espacios físicos distintos al de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa.*

*En relación con lo anterior, cabe agregar que no constituye trabajo a distancia o teletrabajo la prestación de servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando estén ubicados fuera de las dependencias de la empresa.*

*Ordinario N° 1163, de 24.08.2023*

*Resulta ilegal todo acuerdo de combinación de tiempos de trabajo presencial con tiempos de teletrabajo en el transcurso de una misma semana, así como, no resulta conforme a derecho que sea el empleador el que decida, incluso dentro del mismo día, que modalidad de trabajo se aplicará al trabajador, si presencial o teletrabajo, por expresa disposición de la normativa precitada.*

*En esta perspectiva, cabe destacar que el Dictamen N° 3079/31 aludido recientemente, haciendo referencia al teletrabajo concluyo que “la aplicación de esta modalidad no podrá importar una vulneración de las normas legales pertinentes, ni afectar el principio de certeza que debe inspirar toda relación laboral, todo lo cual podrá ser fiscalizado por este Servicio, quien podrá cursar las sanciones que resulten procedentes en caso de incumplimiento o vulneración de dichas normas.”*

## LA JORNADA DE TRABAJO Y SU DISTRIBUCIÓN

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*Del precepto anotado aparece que la nueva normativa fija una serie de reglas en materia de jornada de trabajo, siendo relevante referirnos a las condiciones de aplicación de los supuestos previstos por el legislador. Para ello es necesario efectuar la siguiente distinción:*

*a) Trabajo a distancia y teletrabajo sujeto a jornada de trabajo.*

*De conformidad al artículo 152 quáter J) del Código del Trabajo, el trabajo a distancia estará sujeto a las reglas generales que en materia de jornada de trabajo se contemplan en el Capítulo IV del Libro I de dicho cuerpo legal, con las excepciones y modalidades establecidas en dicha disposición. Ello significa que el trabajador quedará afecto a las normas sobre duración y distribución de la jornada previstas en los artículos 22 y 22 del Código del Trabajo, como, asimismo, a las que regulan el descanso semanal que se establecen en los artículos 35 y 38 del mismo cuerpo legal.*

*De acuerdo a la misma disposición, el trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, estando las partes facultadas para combinar tiempos de trabajo en forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, con tiempos de trabajo fuera de ella.*

*Debemos puntualizar que en el caso en que se acuerde combinar dichos tiempos, las partes podrán acordar alternativas entre las que podrá optar el trabajador, debiendo constar dicha circunstancia en el contrato de trabajo o en el anexo respectivo. El dependiente deberá comunicar a su empleador con, al menos, una semana de anticipación, la alternativa de combinación que ha escogido.*

*En lo que respecta específicamente al trabajador a distancia debemos destacar que, cuando la naturaleza de sus funciones lo permite, las partes pueden pactar que aquel distribuya libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando los límites legales en cuanto a jornada y descanso señalados precedentemente.*

*Ahora bien, sea que se trate de trabajo a distancia o teletrabajo, en tanto resulten aplicables las reglas en materia de jornada de trabajo, debemos destacar que corresponderá al empleador establecer a su costo un mecanismo fidedigno de registro de cumplimiento de la jornada de trabajo a distancia, conforme a lo previsto en el artículo 33 del Código del Trabajo.*

*Artículo 33.- Para los efectos de controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo, sean ordinarias o extraordinarias, el empleador llevará un registro que consistirá en un libro de asistencia del personal o en un reloj control con tarjetas de registro.*

*Cuando no fuere posible aplicar las normas previstas en el inciso precedente, o cuando su aplicación importare una difícil fiscalización, la Dirección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, podrá establecer y regular, mediante resolución fundada, un sistema especial de control de las horas de trabajo y de la determinación de las remuneraciones correspondientes al servicio prestado. Este sistema será uniforme para una misma actividad.*

*En este orden de ideas, este Servicio mediante Dictámenes Ord. N° 1140/27, de 24 de febrero de 2016, y N° 5849/133, de 04 de diciembre de 2017, actualizó la doctrina institucional en materia de control de asistencia y determinación de las horas de trabajo, atendiendo el avance tecnológico y la existencia de nuevos parámetros que deben ser considerados y regulados con el objetivo de dar certeza jurídica a las partes de la relación laboral y permitir incluir una serie de labores que son desarrolladas sin sujeción a un sistema de control de jornada y asistencia, por tratarse de servicios que se prestan fuera del establecimiento del respectivo empleador.*

*De esta forma, conforme a los pronunciamientos referidos, se ha permitido el registro de asistencia de forma remota para trabajadores que prestan servicios fuera de las dependencias de la empresa, el que debe ser previamente autorizado por este Servicio, y puede coexistir con otro sistema del empleador destinado al personal que preste funciones físicamente en la respectiva empresa, debiendo ajustarse a los términos referidos en los dictámenes individualizados.*

*b) Contrato de Teletrabajo con exclusión de la limitación de jornada de trabajo.*

*De acuerdo a lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 152 quáter J) del Código del Trabajo, tratándose del teletrabajo, las partes podrán acordar que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada de trabajo, de conformidad con lo señalado en el inciso cuarto del artículo 22 del mismo cuerpo legal. No obstante, la señalada disposición enfatiza que se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores.*

*Considerando la posibilidad de excluir los límites de la jornada de trabajo a los teletrabajadores y la referencia realizada por el legislador al artículo 22 del Código del Trabajo, resultará relevante tener presente lo dispuesto en sus incisos segundo, tercero y cuarto, que se refieren a esta circunstancia:*

*“Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con éste Código para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.*

*También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.*

*Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones.*

*Debemos destacar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 22 del Código del Trabajo y la doctrina de este Servicio, contenida entre otros pronunciamientos en Dictamen Ord. N° 576/8, de 17 de enero de 1991; Dictamen Ord. N° 7.313/246, de 11 de noviembre de 1991; Dictamen Ord. N° 2.195/071, de 14 de abril de 1992; Dictamen Ord. N° 3358/57, de 24 de julio de 2006 y Dictamen Ord. 594/75, de 07 de septiembre de 2007, la exención de los límites de la jornada se encuentra vinculada principalmente con el hecho que el trabajador no se encuentre afecto a fiscalización superior inmediata, aspecto que tiene directa relación con lo referido en el inciso 4° del artículo 152 quáter J) del Código del Trabajo, en el orden de considerar que existe jornada cuando el empleador ejerza supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores.*

*En lo que respecta a lo que debe entenderse por “fiscalización superior inmediata” debemos destacar que esta Dirección, entre otros, en Dictamen Ord. N° 576/8, de 17 de enero de 1991, ha establecido que tal fiscalización presupone la concurrencia de los siguientes elementos copulativos: a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento, y c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor.*

*Teniendo presente la normativa de que se trata, la existencia de fiscalización superior inmediata deberá considerar el avance de la tecnología, toda vez que el uso de aplicaciones informáticas diseñadas para el monitoreo del trabajo permitiría al empleador efectuar un control funcional y directo respecto de la forma y oportunidad en el que el trabajador desarrolla sus labores.*

**Ordinario N° 3079/31, de 16.11.2020**

*En lo que respecta a la posibilidad de combinar tiempos de trabajo presencial y a distancia la doctrina de este Servicio, contenida en Dictamen Ord. N° 1389/7, de 08 de abril de 2020, puntualizó que el trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, estando las partes facultadas para combinar tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, con tiempos de trabajo fuera de ella.*

*La misma doctrina ha precisado que, en caso de que se acuerde combinar dichos tiempos, las partes podrán acordar alternativas entre las que podrá optar el trabajador, debiendo constar dicha circunstancia en el contrato de trabajo o en el anexo respectivo. El dependiente deberá comunicar a su empleador con, al menos, una semana de anticipación, la alternativa de combinación que ha escogido.*

*Ahora bien, teniendo presente el tenor literal de la normativa en análisis, para que ocurra la combinación de tiempos se requiere que parte de la jornada de trabajo sea desarrollada a distancia y la otra de forma presencial, manteniéndose inalterable la noción de jornada de trabajo propiamente tal, con la particularidad que se computan, para efectos de su cumplimiento, tiempos de trabajo que provienen de modalidades de prestación de servicios distintas, presencial y a distancia o teletrabajo, en atención a la naturaleza de este tipo de relación laboral.*

*En este orden de ideas, debemos destacar que la posibilidad de combinar tiempos de trabajo de dos regímenes normativos distintos, uno sujeto a los límites semanales y otro con exclusión de estos, no hace posible la combinación de tiempos establecida en el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, en un mismo período semanal puesto que en la segunda modalidad indicada no existe un control de tiempos de trabajo.*

*A estos efectos, es necesario precisar que para los efectos de determinar el alcance de la expresión “combinar” utilizado por el legislador es necesario recurrir a las normas de interpretación legal contenidas*

*en los artículos 19 y 20 del Código Civil, conforme a la primera de las cuales "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu", agregando la segunda que "las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras*

*Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido invariablemente que "el sentido natural y obvio" es aquél que a las palabras da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española según "el uso general de las mismas palabras".*

*Conforme a la definición que contiene dicho texto, el vocablo combinar significa "unir cosas diversas, de manera que formen un compuesto o agregado". Por su parte, la palabra combinación, es definida como 1. La acción y efecto de combinar o combinarse y 2. Unión de dos cosas en un mismo sujeto". Acorde a lo expresado, combinar días de la semana sujetos a límites de jornada y otros excluidos de tales, no tiene como resultado una combinación que genere un único régimen normativo de jornada sino que, por el contrario, en tal situación nos encontraremos frente a normas que por su finalidad y naturaleza, resulta incompatibles o de difícil fiscalización conforme a lo que se detalla a continuación.*

*La regulación de esta materia se encuentra establecida, entre otras disposiciones, en el artículo 22 del Código del Trabajo que consagra:*

*Artículo 22. La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.*

*Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.*

*También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.*

*Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones.*

*La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo.*

*De los términos de dicha disposición legal aparece que la duración de la jornada ordinaria de trabajo no podrá exceder de cuarenta y cinco horas semanales lo que trae aparejada la obligación de mantener un sistema de registro de control de asistencia y determinación de horas de trabajo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 del Código del Trabajo, sistema que resulta obligatorio y necesario, entre otros aspectos, para el control y registro de los límites diarios y semanales de la jornada, la verificación del cumplimiento de los correspondientes descansos y existencia de jornada extraordinaria.*

*Ahora bien, tal como se advierte en la disposición precedentemente anotada, el límite allí previsto no es aplicable en casos excepcionales como ocurre, en general, con aquellos trabajadores que laboran sin fiscalización superior inmediata, quienes por tal circunstancia se encuentran excluidos de la limitación de jornada de trabajo y, por lo tanto, al no ser controlado el tiempo de trabajo, no pueden generar jornada extraordinaria al no encontrarse sujetos a una jornada semanal determinada que sea susceptible de ser sobrepasada.*

*A este respecto es necesario destacar que la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en Dictamen Ord. N°576/8, de 17 de enero de 1991, ha establecido que la fiscalización superior inmediata presupone la concurrencia de los siguientes elementos copulativos:*

- a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados.*
- b) Que esta supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento.*
- c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor.*

*En este orden de ideas, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, a propósito de la posibilidad de que en el marco del teletrabajo las partes acuerden la exclusión de los límites de la jornada de trabajo, cabe advertir que se presumirá que el trabajador está afecto a dichos límites cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores.*

*Para efectos de determinar el alcance de esta supervisión y control es necesario tener presente la normativa contenida en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, conforme a la cual ella no existe como tal cuando el trabajador solo debe entregar resultados de sus gestiones y reportarse esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador. En consecuencia, cuando el trabajador se reporta habitualmente y es controlada la oportunidad del desarrollo de su cometido, más allá de entregar el resultado de sus gestiones, nos encontraríamos ante una situación propia de supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollan las labores.*

*Considerando todo lo expuesto, la fórmula de combinar algunos días de la semana con sujeción a una determinada jornada laboral con otros exentos del cumplimiento de esta, conforme se expone en la consulta señalada, genera dificultades de aplicación que hacen incompatible la coexistencia de ambos estatutos normativos en un mismo período semanal.*

*Sin perjuicio de lo señalado y a propósito de la consulta específica formulada, en la especie, resulta pertinente considerar lo establecido en el inciso 5° del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo que, en relación con la combinación de modalidad de prestación de servicios presencial y a distancia o teletrabajo establece:*

*"En aquellos casos en que se pacte la combinación de tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, podrán acordarse alternativas de combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, quien deberá comunicar la alternativa escogida con a lo menos una semana de anticipación."*

*Sobre el particular, resulta pertinente considerar en este caso el criterio establecido por este Servicio contenido en Ord. N°3578 de 15 de julio de 2015 en el que, reconociendo las especiales circunstancias en que desarrollaban sus labores los trabajadores objeto de la consulta y considerando que la aplicación de la modalidad descrita, se encontraba debidamente pactada y no derivaba de una imposición unilateral del empleador, concluyó que resultaba posible que determinadas semanas los dependientes mantuvieran un régimen de jornada sujeto a los límites del artículo 22 del Código del Trabajo, en las dependencias de la empresa, y otras, sin límites de jornada al no existir mayores posibilidades de control al desempeñarse los trabajadores en terreno y sin fiscalización superior inmediata.*

*En este sentido, y teniendo presente que el inciso 4° del artículo 152 quáter J) del Código del Trabajo permite que, en el caso del teletrabajo, las partes acuerden que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada, resulta posible que, en distintas semanas, se aplique el criterio precedentemente expuesto, permitiendo así la combinación semanal de tiempos de trabajo presencial sujeto a una jornada laboral*

*determinada, con teletrabajo excluido de la limitación de jornada, en tanto exista acuerdo de las partes en tal sentido.*

*A mayor abundamiento, cabe expresar que en dicho pronunciamiento se advierte que la aplicación de esta modalidad no podrá importar una vulneración de las normas legales pertinentes, ni afectar el principio de certeza que debe inspirar toda relación laboral, todo lo cual podrá ser fiscalizado por este Servicio, quien podrá cursar las sanciones que resulten procedentes en caso de incumplimiento o vulneración de dichas normas.*

*En consecuencia, sobre la base de disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cumpla con informar a usted que, no existe impedimento para que, en el marco del teletrabajo, las partes acuerden que el trabajador labore determinados períodos sujeto limitación de jornada y otros excluidos de dicho límite en la medida que la combinación de trabajo presencial y teletrabajo se efectúe en distintas semanas al tenor de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 152 quáter del Código del Trabajo.*

## EL TIEMPO DE DESCONEXIÓN

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*En lo que respecta al derecho a descanso semanal de los teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada, estos mantienen este derecho, el que deberá ejercerse conforme a la normativa que regula la materia y que se contiene en los artículos 35 y siguientes del Código del Trabajo.*

*En relación con lo anterior, cabe agregar que la doctrina de este Servicio, contenida entre otros, en Dictamen Ord. N° 4603/262 de 02 de septiembre de 1999, ha establecido que la circunstancia de laborar en un régimen excluido de los límites de jornada no priva a los respectivos trabajadores del derecho a descanso semanal que consagra la normativa vigente.*

*En lo que respecta al derecho de desconexión debemos destacar que este asiste tanto a los trabajadores a distancia que distribuyen libremente su horario y a los teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo y se traduce en que, durante un lapso de al menos, doce horas continuas, en un período de 24 horas, dichos dependientes no estarán obligados a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador. Por su parte, el empleador no podrá establecer comunicaciones, impartir órdenes u otro tipo de solicitudes en aquellos días en que los trabajadores hagan uso de descanso, permiso o feriado anual.*

*Ordinario N° 1162/24, de 07.07.2022:*

*De esta forma, la naturaleza del derecho a desconexión consagrado en el inciso final del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, importa una manifestación del derecho a descanso en el marco del trabajo a distancia y teletrabajo, el que se encuentra regulado expresamente a propósito de la libre distribución de la jornada y el teletrabajo desempeñado con exclusión de sus límites. Esta circunstancia, por consiguiente, permite concluir que la posibilidad que trabajadores remitan comunicaciones propias de la prestación de servicios durante el tiempo de desconexión pugna con el objetivo perseguido por el legislador.*

*En este escenario, además, se debe considerar que el artículo 5° del Código del Trabajo consagra que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo. En consecuencia, los trabajadores no se encuentran habilitados para remitir comunicaciones a su empleador durante el periodo de desconexión, con el objetivo de mantener su trabajo al día, considerando que este lapso de tiempo se trata de un periodo de descanso indisponible y dicha decisión afectaría su finalidad.*

*Esta conclusión es armónica con la regulación establecida en el Decreto N° 18 de 03.07.2020 del Ministerio del Trabajo, que aprueba el Reglamento del artículo 152 quáter M del Código del Trabajo. Dicho Reglamento considera en su artículo 5° como factores de riesgo psicosociales, derivados de la prestación de servicios en modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo y que pudieran afectar al trabajador, entre otros, el aislamiento, el trabajo repetitivo, la falta de relaciones interpersonales adecuadas con otros trabajadores, la indeterminación de objetivos, y la inobservancia de los tiempos de conexión o del derecho a desconexión, aspectos sobre los cuales el empleador deberá adoptar medidas preventivas y correctivas en los casos que corresponda.*

*Por lo expuesto, en atención a la naturaleza del derecho a desconexión, la protección entregada por el legislador es amplia, tratándose de un periodo de tiempo en el cual los trabajadores no estarán obligados a responder las comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador. No solo se trata de no atender correos electrónicos o cumplir determinadas instrucciones inmediatas, sino también garantiza que el trabajador no tenga que ocuparse de otros aspectos de la relación laboral, como mantenerse alerta a avisos, notificaciones o incluso remitir comunicaciones, pese a que estas no respondan a una solicitud inmediata del empleador.*

*En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumpro con informar a usted que el derecho a desconexión es una manifestación del derecho a descanso regulado por el legislador a propósito del trabajo a distancia y teletrabajo. En consecuencia, no resulta ajustado a derecho que los trabajadores remitan correos durante el tiempo de desconexión con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones propias de la prestación de servicios, considerando el carácter irrenunciable de este derecho y lo expuesto en el presente informe.*

## CLÁUSULAS ESPECIALES A INCLUIR EN EL CONTRATO DE TRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*Conforme a lo establecido en el artículo precitado, además de las estipulaciones mínimas establecidas en el artículo 10 del Código del Trabajo, el contrato que nos ocupa debe contener aquellas especiales que dicha norma prevé, las cuales deben ser incorporadas al momento de acordar la aplicación de la modalidad de trabajo a distancia y/o teletrabajo.*

*Sin perjuicio de los aspectos ya dilucidados en el presente informe, debemos destacar que, a propósito de los contenidos mínimos de estos contratos de trabajo, el trabajo a distancia o teletrabajo puede acordarse por un tiempo determinado o de forma indefinida, aspecto que deberá consignarse al momento de alcanzar el acuerdo respectivo.*

*Ahora bien, debemos destacar que, siendo el contrato de trabajo de carácter consensual, a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 del Código del Trabajo, la existencia del trabajo a distancia o teletrabajo requiere del solo acuerdo de las partes. No obstante, en lo que respecta a la obligación de escriturar este tipo de contratos, pertinente resulta puntualizar que su escrituración se regirá por las reglas generales establecidas en el artículo precedentemente señalado, es decir, dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicios determinados o de una duración inferior a treinta días.*

*En este orden de ideas, la no escrituración del contrato de trabajo dentro del plazo fijado por el legislador para estos efectos, implicará que el empleador pueda ser sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales y, adicionalmente, se presumirá legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador. Ello en caso de que el empleador no haga uso del derecho que le confiere el inciso 3° del artículo 9 del Código del ramo.*

*Ahora bien, estas estipulaciones mínimas deben quedar establecidas también en aquellos casos en que se suscribe un pacto de trabajo a distancia o teletrabajo con posterioridad al inicio de la vigencia de la relación laboral, correspondiendo que se deje constancia de lo dispuesto en el artículo 152 quáter K) del Código del Trabajo en la respectiva escrituración de la modificación o anexo de contrato de trabajo, conforme a lo establecido en el artículo 11 del mismo cuerpo normativo, lo que de no ocurrir podría acarrear multas al empleador conforme a las reglas generales asociadas a este incumplimiento de la normativa laboral.*

*Finalmente y para efectos del cumplimiento de la escrituración de los respectivos contratos o anexos de que se trata, debe tenerse presente que, en conformidad a la legislación vigente, específicamente lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel.*

*Al respecto, la doctrina de este Servicio contenida, entre otros, en Dictámenes Ord. N° 3161/064, de 29 de julio de 2008 y Ord. N° 789/15 de 16 de febrero de 2015, ha resuelto que en caso de que el empleador tenga implementado un sistema de documentación electrónica, resulta jurídicamente procedente suscribir los señalados documentos haciendo uso de los medios de firma electrónica establecidos en la Ley N° 19.799, entendiéndose por tales cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico (correo electrónico), que permita a quien reciba un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor, en tanto su implementación no impida las labores fiscalizadoras de este Servicio y se garantice que el sistema utilizado resguarde que la voluntad manifestada por las partes a través de medios electrónicos corresponda a las mismas, asegurando además que el trabajador guarde constancia física del documento electrónico.*

*Ordinario N° 258/003, de 22.01.2021:*

*En el caso de los teletrabajadores excluidos del límite de jornada, las partes no se encuentran obligadas a indicar en el contrato de trabajo, conforme a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 152 quáter K del Código del Trabajo, los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el trabajador.*

## PROVISIÓN POR PARTE DEL EMPLEADOR DE EQUIPOS, LAS HERRAMIENTAS Y LOS MATERIALES PARA EL TRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:*

*Debemos destacar que una de las características esenciales del contrato del trabajo es la ajenidad, lo que ha sido recogido por el legislador en esta disposición. La doctrina de este Servicio contenida en Dictamen Ord. N° 8177/331, de 18 de diciembre de 1995, ha dado cuenta que la ajenidad se traduce en que los trabajadores son simplemente una de las partes del contrato de trabajo, que tienen derecho a su remuneración y la obligación correlativa de prestar servicios, en tanto que el empleador está obligado a pagar las respectivas remuneraciones y adoptar las medidas de resguardo y de protección que garanticen el normal desempeño de las funciones que a aquellos les corresponde desarrollar.*

*De esta forma, el responsable de adoptar las medidas que garanticen el normal desempeño de las funciones es el empleador, consecuentemente, de ello se extrae el deber de proporcionar al trabajador los equipos, herramientas y materiales para el trabajo a distancia o teletrabajo, lo que incluirá los elementos de protección personal.*

*Asimismo, cabe destacar que los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador, debiendo destacar que, como ocurre con los costos de*

*operación y funcionamiento, las partes podrán acordar el establecimiento de asignaciones a propósito del uso de internet, de energía eléctrica, alimentación y otros gastos necesarios para el desempeño de las funciones encomendadas por el empleador, toda vez que conforme a lo establecido en el artículo 152 quáter L) del Código del Trabajo, estos gastos serán de cargo del empleador.*

*Finalmente, reconociendo que la determinación de los costos de operación y funcionamiento será un aspecto casuístico y que corresponderá estarse a la realidad de cada relación laboral, debemos destacar que cuando exista un acuerdo que suponga la combinación del lugar en los que se prestan servicios durante la jornada diaria de trabajo, es decir, que exista tiempo en las dependencias de la empresa y otro fuera de ella en la misma jornada diaria, que el costo de traslado podría ser considerado como un costo necesario de operación, debiendo puntualizar además que dichos traslados se dan intra-jornada para efectos del cómputo del tiempo de trabajo.*

**Ordinario N° 950, de 15.03.2021**

*Las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador al trabajador, sin perjuicio que las partes acuerden que el trabajador pueda utilizar elementos de su propiedad, en conformidad a lo expuesto por la jurisprudencia administrativa de este Servicio.*

**Ordinario N° 258/3, de 22.01.2021:**

1. *La obligación contenida en el artículo 152 quáter L, será exigible desde el momento en que se pacta la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, de acuerdo a los términos señalados en el presente informe.*
2. *La obligación al empleador de proporcionar equipos y herramientas, consagrada en el artículo 152 quáter L del Código del Trabajo, no impide que las partes acuerden que el trabajador pueda utilizar elementos de su propiedad y que el empleador pueda pagar una asignación por su uso para efectos laborales. Lo anterior, considerando para dicha asignación un monto que sea razonable y suficiente para cubrir los costos efectivamente incurridos por el trabajador.*
3. *La asignación de colación o beneficio de alimentación que se pueda pactar en el marco del teletrabajo o trabajo a distancia mantiene su carácter compensatorio, y, dada su naturaleza contractual, su otorgamiento debe efectuarse en los términos acordados en el contrato o anexo, según corresponda. El otorgamiento de dichos benéficos, su terminación o su modificación en el sentido de perder su naturaleza compensatoria requerirán siempre de la manifestación escrita de la voluntad de las partes que lo convinieron para poder implementarlo.*
4. *El caso de los teletrabajadores excluidos del límite de jornada, las partes no se encuentran obligadas a indicar en el contrato de trabajo, conforme a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 152 quáter K del Código del Trabajo, los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el trabajador.*
5. *El derecho a desconexión debe ejercerse considerando los términos expuestos en el presente informe, debiendo destacar que no resulta procedente que un trabajador excluido de limitación de jornada de trabajo se reporte al inicio y término del período en que hace uso de este derecho.*

## SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

### PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

**Ordinario N° 1389/007, de 08.04.2020:**

*De conformidad a dicha disposición legal, las condiciones específicas de seguridad y salud de los trabajadores a distancia y teletrabajadores deberán sujetarse al reglamento que deberá dictar el Ministerio del Trabajo y Previsión Social en el plazo establecido en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 21.220, esto es, dentro de treinta días contados desde la publicación de dicho cuerpo legal. Las condiciones de seguridad y salud definidas en el referido reglamento deberán ser comunicadas por el empleador al trabajador, debiendo aquel, además, velar por el cumplimiento de dichas condiciones conforme al deber general de protección que le impone el artículo 184 del Código del Trabajo, según el cual deben adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus dependientes.*

*Ahora bien, respecto a la verificación del cumplimiento de las condiciones de seguridad y salud del puesto de trabajo, debemos advertir que el empleador no podrá ingresar al domicilio del trabajador o al del tercero en que se presten los servicios, sin su respectiva autorización. En dicho escenario, el empleador podrá requerir la asistencia del Organismo Administrados del Seguro de la Ley N° 16.744, con el objetivo que informe si el puesto de trabajo cumple con las condiciones de higiene y seguridad, lo que requerirá también de la autorización previa del trabajador para su análisis.*

*Debemos puntualizar que, sin perjuicio de lo anterior, la Dirección del Trabajo, previa autorización del trabajador, estará facultada para fiscalizar, en cualquier tiempo, el debido cumplimiento de la normativa laboral en el puesto de trabajo a distancia o teletrabajo.*

*Cabe destacar que la solicitud de autorización al trabajador para ingresar a su domicilio o en el de un tercero encuentra su fundamento en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Este aspecto es resguardado por la nueva normativa y se grafica en la necesidad de contar con la autorización del titular para efectos de revisión del domicilio del trabajador o del tercero.*

*Considerando lo anterior es necesario destacar que el artículo 152 quáter N) del Código del Trabajo, también establece una serie de obligaciones que emanan del deber general de protección que tiene el empleador conforme a lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo. El artículo referido, en lo pertinente, establece:*

*Artículo 152 quáter N.- Conforme al deber de protección que tiene el empleador, siempre deberá informar por escrito al trabajador a distancia o teletrabajador acerca de los riesgos que entrañan sus labores, de las medidas preventivas y de los medios de trabajo correctos según cada caso en particular, de conformidad a la normativa vigente.*

*Adicionalmente, en forma previa al inicio de las labores a distancia o teletrabajo, el empleador deberá efectuar una capacitación al trabajador acerca de las principales medidas de seguridad y salud que debe tener presente para desempeñar dichas labores. Esta capacitación podrá realizarla directamente el empleador o a través del organismo administrador del seguro de la ley N° 16.744, según estime conveniente.*

*Relevante resulta destacar que, conforme a la doctrina de este Servicio, contenida en Dictamen Ord. N° 5469/292, de 12 de septiembre de 1997, la obligación de protección establecida en el artículo 184 del Código del Trabajo es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador.*

*Por lo expuesto, reiterando las manifestaciones del deber general de protección de los trabajadores establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo, la nueva normativa da cuenta que el empleador deberá informar por escrito al trabajador a distancia o teletrabajador acerca de los riesgos que entrañan sus labores, las medidas preventivas y los medios de trabajo correcto y, de forma previa al inicio de las labores a distancia o teletrabajo, deberá capacitar al trabajador acerca de las principales medidas de seguridad y salud, lo que podrá ejecutar directamente o a través del organismo administrador del seguro de la Ley N° 16.744 al que se encuentra afiliado.*

**Ordinario N° 1653/19, de 14.06.2021:**

*1. Conforme a lo dispuesto en el inciso° del artículo 152 quáter N del Código del Trabajo, de forma previa al inicio de las labores a distancia o teletrabajo, el empleador deberá capacitar al trabajador acerca de las principales medidas de seguridad y salud, lo que podrá ejecutara través del organismo administrador del seguro de la Ley N°16.744 al que se encuentra afiliado o de forma directa. En este último caso, se encuentra habilitado para la contratación de entidades externas, debiendo ajustarse la capacitación a lo dispuesto en el Reglamento dictado en conformidad al artículo inciso 1° del 152 quáter M del Código del Trabajo. 2. La determinación de si este tipo de capacitación se puede enmarcar dentro de los objetivos de la Ley N°19.518, y consecuentemente, si habilita al acceso de beneficios tributarios por parte de las empresas, conforme a lo establecido en los artículos 35 y 36 de dicho cuerpo legal, es un aspecto privativo del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, careciendo esta Dirección de competencia para emitir un pronunciamiento en el sentido requerido.*

## **DERECHO A TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO TRABAJADORES QUE TENGAN A SU CUIDADO UN MENOR DE 14 AÑOS O QUE TENGA A SU CARGO EL CUIDADO DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD O EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA SEVERA O MODERADA**

### **PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**Ordinario N° 67/1, de 26.01.2023**

#### **I. OBJETIVO DE LA LEY**

*En primer lugar, es necesario referirse al objetivo o finalidad perseguido por el legislador con la nueva normativa el que, según aparece de manifiesto en el Mensaje de S.E. el Presidente de la República mediante el cual envió a tramitación el respectivo proyecto de ley, fue incorporar al Código del Trabajo el derecho de las personas trabajadoras, durante la vigencia de su relación laboral, que desempeñan labores de cuidado de un niño o niña menor de catorce años o que tengan a su cargo el cuidado de una persona con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, no importando la edad de quien se cuida, a que todo o parte de su jornada diaria o semanal pueda ser desarrollada bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, cuando la naturaleza de sus funciones lo permita y cumplan con los requisitos establecidos en la ley.*

*Junto con ello, establecer también como beneficio, respecto de las mismas personas ya señaladas que tengan el cuidado personal de un niño o niña menor de catorce años o adolescente menor de 18 años con discapacidad o situación de dependencia severa o moderada, la posibilidad de un feriado preferente, en concordancia con el periodo de vacaciones definidas por el Ministerio de Educación y de una modificación transitoria de los turnos o la distribución de la jornada diaria y semanal.*

*De esta forma, se pretende cumplir con las orientaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establece la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como una forma de poder avanzar hacia un trabajo decente con enfoque a los derechos humanos, resguardando a las personas trabajadoras en todas las dimensiones al momento de tener que compatibilizar responsabilidades que trascienden el ámbito laboral.*

#### **III. DEL DERECHO AL TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS QUE DESEMPEÑAN LABORES DE CUIDADO NO REMUNERADO**

*El legislador ha incorporado, mediante el numeral 3 de la ley y a continuación del artículo 152 quáter O, el epígrafe denominado: "Del derecho al trabajo a distancia o teletrabajo de las personas trabajadoras que desempeñan labores de cuidado no remunerado", el que establece la obligación del empleador de ofrecer a*

*la persona trabajadora que todo o parte de su jornada diaria o semanal pueda ser desarrollada bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permita.*

**Beneficiarios.**

*Este ofrecimiento debe realizarse a la persona trabajadora, durante la vigencia de la relación laboral y que sin recibir remuneración, i) tenga el cuidado personal de un niño o niña menor de 14 años o, ii) se encuentre a cargo del cuidado de una persona con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, no importando la edad de quien se cuida.*

*La circunstancia de encontrarse en alguna de las situaciones que ameritan el ofrecimiento de teletrabajo por parte del empleador, deberá acreditarse mediante:*

*a. Certificado de nacimiento que acredite la filiación respecto del niño o niña o resolución judicial de un tribunal que otorga el cuidado personal del menor, o*

*b. Certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad o el documento emitido por el Ministerio de Desarrollo Social conforme la información contenida en el instrumento establecido en el artículo 5° de la ley N° 20.379 (instrumento que permita la caracterización socioeconómica de la población nacional, según lo establezca un reglamento expedido a través del Ministerio de Planificación, suscrito, además, por el Ministro de Hacienda) y Familia o el instrumento que reemplace, que dé cuenta de la calidad de cuidador o cuidadora.*

**Procedimiento.**

*1. La persona trabajadora deberá presentar su requerimiento por escrito, acompañando los documentos señalados en el artículo 152 quáter O bis y formulando una propuesta en la que se contenga la combinación fija de tiempos de trabajo presencial en el establecimiento, instalación o faena de la empresa, y de tiempos de trabajo fuera de ellas, pudiendo distribuir tiempos presenciales y a distancia durante la jornada diaria o semanal, los que no podrán superar los límites diarios y semanales de trabajo, esto es, 10 horas diarias y 45 o 40 horas semanales, de acuerdo a la entrada en vigencia de la Ley N°21.561 de 26.04.2023 que modificó el Código del Trabajo con el objeto de reducir la jornada laboral.*

*El empleador deberá dar respuesta dentro de los quince días siguientes, pudiendo ofrecer una fórmula alternativa o rechazar la propuesta, en cuyo evento deberá acreditar que la naturaleza de las funciones de la persona trabajadora no permite la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, como por ejemplo (enumeración no taxativa):*

- ✓ *Labores que requieran que la persona trabajadora se encuentre presencialmente en su puesto de trabajo, o*
- ✓ *La atención presencial de público, o*
- ✓ *Que por necesidades organizativas sean requeridas para la realización de los servicios de otros trabajadores,*
- ✓ *Labores de atención de atención de servicios de urgencia, guardias o similares.*
- ✓ *Cuando no existan condiciones de conectividad en el lugar en el que se desarrollarán las labores, o*
- ✓ *Cuando el organismo administrador del seguro determine que el lugar en el que se desarrollarán las labores no cumple con condiciones de seguridad y salud adecuadas, de acuerdo con lo previsto en el inciso cuarto del artículo 152 quáter M.*

*En ningún caso, el ejercicio de este derecho por parte de la persona trabajadora implicará una alteración en las condiciones pactadas, o que el empleador tenga que disponer de un reemplazo o cambios de horarios o funciones de otros trabajadores.*

*2. Si la persona trabajadora requiere realizar una modificación a la distribución de la jornada establecida, deberá dar aviso por escrito al empleador con una anticipación mínima de treinta días, quien deberá pronunciarse de conformidad al procedimiento establecido anteriormente.*

*3. En el caso que ocurra una causa sobreviniente, la persona trabajadora podrá volver unilateralmente a las condiciones originalmente pactadas en el contrato de trabajo. Igual derecho le corresponde al empleador cuando concurra alguna de las circunstancias contempladas respecto de la naturaleza de las funciones. Para estos efectos, las partes deberán dar aviso por escrito con una anticipación mínima de treinta días.*

*4. El empleador deberá consignar en un documento anexo al contrato de trabajo:*

*a) La identificación del trabajo de cuidado no remunerado de la persona trabajadora y el medio de verificación que habilita para el ejercicio del derecho.*

*b) La fórmula de combinación de tiempos de trabajo presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa y de tiempos de trabajo fuera de ellas.*

*En todo lo demás que sea compatible se aplicarán las normas del Capítulo IX del Título II, del Libro I del Código del Trabajo, referido al trabajo a distancia o teletrabajo.*

## TELETRABAJO O TRABAJO A DISTANCIA DURANTE ALERTA SANITARIA O ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 935, de 10.07.2023*

*1) Conforme al artículo 1° de la Ley N° 21.342, el empleador tiene la obligación de implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, sin reducción de remuneraciones, mientras se mantenga la alerta sanitaria por COVID-19, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: Que la naturaleza de las funciones que preste el trabajador a la trabajadora lo permita; Que el trabajador o la trabajadora consienta en ello; Que el trabajador o la trabajadora se encuentre en una de las hipótesis señaladas por la misma norma, entre las que se encuentra el trabajador o trabajadora que tenga bajo su cuidado a un menor de edad.*

*2) La vigencia de la Ley N° 21342 se prolongará mientras se mantenga vigente el estado de alerta sanitaria a que hace referencia el Decreto N° 4, de 08.02.2023.*

*3) Encontrándose vigente la emergencia sanitaria por COVID-19, y en virtud del principio de especialidad de las normas jurídicas, en el caso consultado deberá aplicarse la regulación contenida en el artículo 1° de la Ley N° 21.342, con preferencia a las normas generales contenidas en el artículo 206 bis del Código del Trabajo.*

*4) Para efectos de determinar quien se encuentra al cuidado personal de un menor de edad deberá estarse a lo indicado en el Dictamen N° 1702/21, de 23.06.2021, distinciones que han sido descritas en el presente ordinario.*

*Ordinario N° 715, de 12.05.2023*

*Corresponde al empleador, una vez recibida la solicitud presentada por el trabajador, calificar si las funciones desempeñadas por el trabajador exigen o no su presencia física, para cuyo efecto, debe estarse a las funciones que señale el contrato de trabajo respectivo a la fecha de publicación de la Ley N° 21.342, conforme lo señala el Dictamen N° 1702/021 de 23.06.2021 y a los criterios que definen y delimitan su actuar como empleador.*

*Ordinario N° 1266/41, de 28.09.2023*

*1) Corresponderá al empleador determinar si las labores que realiza la persona gestante durante el embarazo por el tiempo que se extienda un estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o la alerta sanitaria y en el territorio en el que la autoridad determine su aplicación, son susceptibles de realizarse mediante la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia.*

*2) Se deja sin efecto la conclusión N° 1 del Dictamen N° 1.654/20 de 14.06.2021, de esta Dirección.*

#### IMPROCEDENCIA IMPLEMENTACIÓN JORNADAS EXCEPCIONALES EN TELETRABAJO O TRABAJO A DISTANCIA PRONUNCIAMIENTOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO

*Ordinario N° 484/011, de 23.03.2022*

*No resulta ajustado a derecho aplicar un sistema excepcional de distribución de jornada y descanso a trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que resulta incompatible con las condiciones exigidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, entre otras razones, por la imposibilidad del empleador de disponer libremente del lugar de trabajo para adoptar las medidas necesarias que este tipo de regímenes amerita y dificultar la labor fiscalizadora de este Servicio.*

*Ordinario N° 567, de 19.04.2023*

*Respecto a trabajadores que se encuentran bajo un sistema excepcional de distribución de jornada en faenas mineras y son enviados a sus domicilios para ejecutar sus labores bajo la modalidad de teletrabajo, no podrán seguir realizando sus labores bajo el sistema de distribución excepcional de jornada.*