



chc
ChileCapacita

www.chcapacita.cl

Módulo I
EL CONTRATO INDIVIDUAL
DEL TRABAJO.

*Tu espacio, tu comodidad, tu **Chile Capacita***

Contenido

TEMA 1.....	7
PRINCIPIOS LEGALES.....	7
Principio de continuidad de la empresa.....	7
Pronunciamientos dirección del trabajo:	7
Principio de primacía de la realidad.....	19
Pronunciamientos dirección del trabajo:	19
Principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales.....	20
Pronunciamientos dirección del trabajo:	20
Principio de libertad de trabajo y de la prohibición de la discriminación laboral.	24
Pronunciamientos dirección del trabajo:	24
El principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres	34
Pronunciamientos dirección del trabajo:	34
TEMA 2.....	37
CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL CONTRATO.....	37
Obligaciones del empleador.....	37
Obligación de consideración y respeto.	37
Pronunciamientos dirección del trabajo:	37
Otorgar ocupación efectiva al trabajador.	37
Pronunciamientos dirección del trabajo:	37
Obligaciones del trabajador.....	38
Pronunciamientos dirección del trabajo:	38
Presunción de existencia de un contrato.....	39
Pronunciamientos dirección del trabajo:	39
Labores que no dan origen a un contrato de trabajo	39
Pronunciamientos dirección del trabajo:	39

Las prácticas profesionales	41
Pronunciamientos dirección del trabajo:	41
Contrato de trabajo socio empresa.....	42
Pronunciamientos dirección del trabajo:	42
TEMA 3.....	61
ESCRITURACIÓN DE LOS CONTRATOS	61
Obligación de escriturar contratos	61
Pronunciamientos dirección del trabajo:	61
Obligación de mantener copia en los lugares de trabajo.	62
Pronunciamientos dirección del trabajo:	62
Cláusulas mínimas de los contratos de trabajo.....	62
Cláusulas mínimas u obligatorias	62
Determinación de la naturaleza de los servicios	62
Pronunciamientos dirección del trabajo:	62
El monto, forma y período de pago de la remuneración acordada.....	64
Pronunciamientos dirección del trabajo:	64
La duración y distribución de la jornada de trabajo.....	67
Pronunciamientos dirección del trabajo:	67
Otras cláusulas permitidas	73
Pronunciamientos dirección del trabajo:	73
Cláusulas prohibidas	73
Pronunciamientos dirección del trabajo:	73
Las cláusulas tácitas	76
Pronunciamientos dirección del trabajo:	76
La regla de conducta.....	89
Pronunciamientos dirección del trabajo:	89

Cláusulas específicas que dicen relación con las remuneraciones	90
Cláusula de prohibición de negociaciones dentro del giro de la empresa.....	90
Pronunciamientos dirección del trabajo:	90
Cláusula de confidencialidad.....	90
Pronunciamientos dirección del trabajo:	90
Cláusula sobre obligatoriedad del trabajador de cumplir las disposiciones del reglamento interno de orden higiene y seguridad vigente en la empresa	90
Pronunciamientos dirección del trabajo:	90
TEMA 4.....	92
MODIFICACIONES Y ACTUALIZACIONES	92
Tipos de modificaciones que se pueden realizar	92
Pronunciamientos dirección del trabajo:	92
Las actualizaciones obligatorias.....	107
Pronunciamientos dirección del trabajo:	107
TEMA 5.....	109
TIPOS DE CONTRATO SEGÚN SU DURACIÓN	109
El contrato de plazo fijo	109
Pronunciamientos dirección del trabajo:	109
Pacto de renovación automática contrato de plazo fijo.	109
Trasformación de contrato de plazo fijo a indefinido, trabajadora con fuero maternal	110
Duración máxima del contrato de plazo fijo.....	111
Contratación sucesiva a plazo fijo.....	113
Trabajadoras con fuero maternal	114
Renovaciones de contrato de plazo fijo	115
Trabajadores que cumplen con el servicio militar.....	115

El contrato por obra o faena determinada	116
Entrada en vigencia de las nuevas disposiciones sobre contratos por obra o faena determinada	116
Pronunciamientos dirección del trabajo:	116
Concepto.....	116
Pronunciamientos dirección del trabajo:	116
Presunción de contrato indefinido en caso de contratación sucesiva por obra o faena	121
Pronunciamientos dirección del trabajo:	121
Facultades de la inspección del trabajo para calificar este tipo de contratos	129
Pronunciamientos dirección del trabajo:	129
TEMA 6.....	133
LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	133
Causas que pueden dar origen a las suspensión de las obligaciones que impone el contrato	133
El caso fortuito o fuerza mayor	133
Pronunciamientos dirección del trabajo:	133
Remuneración de los períodos de inactividad cuando no exista fuerza mayor o caso fortuito	133
Pronunciamientos dirección del trabajo:	133
Situaciones resueltas por la dirección del trabajo	134
Pronunciamientos dirección del trabajo:	134
Estallido social octubre de 2019	134
Orden de evacuación por alerta de tsunami.....	139
Periodos de corte de energía eléctrica.....	140
Cortes programados de energía eléctrica por racionamiento	141
Cortes programados de suministro de gas.....	141

Paralización de actividades dispuesto por el empleador para adherir a un paro gremial.....	142
Paralización de faenas de empresas consideradas fuentes de contaminación atmosférica	142
Paro de los estudiantes y ocupación de los establecimientos educacionales	142
Clausura de la empresa por resolución del servicio de impuestos internos:.....	143
Aislamiento de trabajadores por condiciones climáticas adversas:	143
Condiciones climáticas adversas	144
Suspensión del tránsito marítimo decretada por la gobernación marítima:	150
Medida cautelar decretada por el tribunal	150
Corte de agua potable producto de frentes de mal tiempo.....	153
LA SUSPENSIÓN DE MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES.....	158
Pronunciamientos dirección del trabajo:	158
Tema 7	160
EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO	160
Situación de los trabajadores contratados bajo la modalidad de teletrabajo antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa	160
Pronunciamientos dirección del trabajo:	160
Definición de trabajo a distancia y teletrabajo.....	160
Pronunciamientos dirección del trabajo:	160
Importancia de la oportunidad en que se pacta el teletrabajo o el trabajo a distancia.	161
Pronunciamientos dirección del trabajo:	161
Obligación de registrar los contratos en la dirección del trabajo	162
Pronunciamientos dirección del trabajo:	162
Los derechos laborales de los teletrabajadores y trabajadores a distancia	162
Pronunciamientos dirección del trabajo:	162
Los derechos fundamentales de quienes pactan trabajo a distancia o teletrabajo.....	165

Respecto de este punto la dirección del trabajo ha señalado:.....	165
El lugar de prestación de los servicios.....	166
Pronunciamientos dirección del trabajo:	166
La jornada de trabajo y su distribución	167
Pronunciamientos dirección del trabajo:	167
El tiempo de desconexión	170
Pronunciamientos dirección del trabajo:	170
Cláusulas especiales para incluir en el contrato de trabajo	171
Pronunciamientos dirección del trabajo:	171
Provisión por parte del empleador de equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo	173
Pronunciamientos dirección del trabajo:	173
Seguridad y salud en el trabajo	175
Pronunciamientos dirección del trabajo:	175

MÓDULO 1

EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

TEMA 1

PRINCIPIOS LEGALES

Principio de continuidad de la empresa

Pronunciamentos 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 2º 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 Eurocorp S.A., por decisión interna resuelva traspasar algunos de sus activos a Eurocorp Dos 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 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 Aserraderos Arauco 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 Paneles Arauco 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 Félix Jara Cardot, el acta de la junta extraordinaria de accionistas celebrada el 27.11.2015, en la que las empresas "Paneles Arauco S.A.", "Aserraderos Arauco S.A" y "Arauco Distribución 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 Paneles Arauco 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:

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúpleme 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° 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, cumpro 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° 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 Nº 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 Nº 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 4º inciso 2º, 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 Unilever Chile Ltda., Rut. 92.091.000-9, 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 Unilever Chile SCC Ltda., Rut 76.321.731-0, 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 Unilever Chile Ltda., al traspasar parte de sus labores, con el consiguiente traslado de trabajadores a la nueva empresa Unilever Chile SCC Ltda., razón por la cual,

resulta plenamente aplicable, en la especie, el principio de continuidad laboral contenido en el inciso 2º del artículo 4º 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 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 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 Unilever Chile Ltda., que fueron traspasados a Unilever Chile SCC 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 Nº 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

conurrencia 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, cúmpleme 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 Penta 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 4º 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 3º 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 Nº 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:

Ordinario Nº 3012/056, de 17.07.2008:

“La cláusula del modelo de contrato de trabajo tenido a la vista, suscrito por AFP XX como empleador, que se reserva 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 5° inciso 2° y 10 N° 4 del Código del Trabajo”.

Ordinario Nº 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 5º inciso 2º, del mismo cuerpo legal, susceptibles de ser sancionadas por la Dirección del Trabajo, de acuerdo a las facultades que le son propias".

Ordinario Nº 1081, 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 5º inciso 2º 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, cúpleme informar a Ud. que:

1.- El análisis respecto a que las modificaciones al contrato de trabajo propuestas por Isapre Consalud 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° 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 inícua 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 5º 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.

Principio de libertad de trabajo y de la prohibición de la discriminación laboral.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 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 Nº 93, de 1985, del Ministerio de Defensa Nacional y Nº 1.773, de 1994, del Ministerio del Interior y de Defensa Nacional, ambos reglamentarios del Decreto Ley Nº 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 Itma. 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 Nº 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 Nº 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° 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 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 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 omnicomprendensiva 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 2º, 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 2º 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° 16º, 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, cumplo 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 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.

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° 3030/045, de 12.07.2010

1) Los internos del Complejo Penitenciario Huachalalume de La Serena, que ejecutan labores en dicho recinto penal en su calidad de trabajadores de la empresa XX S.A., deben ser considerados para los efectos de la aplicación de los quórum exigidos por el

artículo 227 del Código del Trabajo para la constitución de un sindicato de empresa o de establecimiento en la referida entidad.

2) En virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política de la República, a los trabajadores de que se trata les asiste el derecho de constituir sindicatos y participar en procesos de negociación colectiva, sin perjuicio de las facultades de control y mantenimiento del orden al interior de los recintos penales conferidas a la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile y de las consideraciones expresadas en el cuerpo del presente oficio.

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.

TEMA 2

CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL CONTRATO

Obligaciones del empleador

Obligación de consideración y respeto.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 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 Nº 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 5º del Código del Trabajo, el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores”.

Otorgar ocupación efectiva al trabajador.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 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".

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.

Presunción de existencia de un contrato

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 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 Nº 578, de 12.02.2019

La doctrina institucional vigente sobre la materia, contenida en Dictamen Nº 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 7º 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, cúpleme 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 6º 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 1º 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."

Contrato de trabajo socio empresa

Pronunciamientos dirección del trabajo:

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°s. 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, cúmpleme 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 Nº 0673/056, 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 Nº 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 Nº 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.

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 Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda. otorgada el 31.12.2012, ante el Notario Público de la Cuadragésima Tercera Notaría de Santiago don Juan Ricardo San Martín Urrejola, aparece que el señor Marcelo Andrés Schwarc Mager, es socio de la misma con el aporte del 1% del capital social en comento; doña Sharon Paola Pollack Dvorquez, es socia, con el 1% del capital y finalmente la Sociedad Inversiones y Alimentos Mager Ltda., con el 98% del capital y derechos sociales.

Asimismo, de la escritura pública de modificación de la Sociedad Inversiones y Alimentos Mager Ltda. otorgada ante el Notario Público de la Primera Notaría de Providencia don Camilo Valenzuela Riveros, consta que el socio don Marcelo Schwarc Mager, aportó el 99% del capital social y doña Sharon Paola Pollack Dvorquez, el 1% del referido capital.

En lo que respecta a la representación, administración y uso de la razón social de la Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda. y de Sociedad Inversiones y Alimentos Mager Ltda., cabe señalar que corresponde a don Marcelo Andrés Schwarc Mager, según

consta en escritura pública de 02.11.2010, otorgada ante el Notario Público de la ciudad de Santiago don Eduardo Avello Concha y en escritura pública de constitución de sociedad 02.12.2002, otorgada ante el Notario Público de Santiago don René Benavente Cash, respectivamente.

De este modo, conforme con los antecedentes tenidos a la vista, si bien es cierto don Marcelo Schwarc 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 Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda.

No obstante lo anterior, es de suyo importante considerar que don Marcelo Schwarc, es representante y aportó el 99% del capital de la sociedad Inversiones y Alimentos Mager Ltda., quien, según ya se señalara es la accionista mayoritaria de la sociedad Gastronómica Parnasa 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 Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda., se confunde con la del Señor Schwarc, razón por la cual, en opinión del infrascrito, dicho socio no puede mantener una relación de carácter laboral con la Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda., bajo vínculo de subordinación o dependencia.

Ordinario Nº 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 sí 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 Sociedad Comercial Repacar Limitada o Repacar Ltda. de 23 de septiembre de 2009, extendida ante el notario público de San Miguel don Abner Bernabé Poza Matus, aparece que los Sres. Carlos Alberto Parra Fridericksen y Sergio Ramón López Flores, 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 Sociedad Comercial Repacar Limitada o Repacar Ltda. 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, cúmpleme informar a Ud. que no resulta jurídicamente procedente que mantenga una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la Sociedad Comercial Repacar Limitada o Repacar Ltda.

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 Distribuidora y Comercializadora de equipos

electrónicos Integral Service Limitada, celebrada con fecha 27.09.01, ante el Notario Sr. Juan Ricardo San Martín Urrejola, 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 Sociedad Distribuidora y Comercializadora de equipos electrónicos Integral Service Limitada celebre contratos de trabajo con los socios Sres. Alejandro Retamal Sandoval y Jaime Alejandro Donoso Garrido 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 Nº 5769, de 29.11.2017

No resulta procedente que celebre contratos de trabajo con la Sociedad de Servicios Odontológicos RV 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 Nº 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. Enzo Orlando Ansaldo Giraudo, 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. Ansaldo Giraudo puede ser trabajador dependiente de la empresa Italtoys 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 Inversiones El Rosal Ltda. e Inversiones La Durmiente Ltda. son dueñas del total del capital de la sociedad por acciones Italtoys y que el Sr. Ansaldo Giraudo, a su vez, posee el 76% de la sociedad Inversiones Cinqueterre Ltda., quien, por un lado, es dueña del 99.9% del capital social de Inversiones El Rosal Ltda. y, por otro, dueña del 99.7% del capital social de Inversiones La Durmiente Ltda.

Así, para efectos de la reseñada doctrina de esta Dirección, don Enzo Ansaldo Giraudo, participa mayoritariamente del capital de la sociedad Importadora Italtoys 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 Enzo Ansaldo Giraudo mantenga una relación laboral bajo vínculo de subordinación o dependencia con la sociedad Importadora Italtoys 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 Nº 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., cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 3º 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 7º 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 8º, inciso 1º, 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 Sociedad Gestión Patrimonial y Consultorías Profesionales SPA., de 06 de enero de 2017, extendida ante María Loreto Zaldívar Grass, Suplente del Notario Público de Santiago, don Patricio Zaldívar Mackenna, se desprende que la Sra. Bárbara Cecilia Zeiser del Solar 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. Zeiser, 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 sociedad Gestión Patrimonial y Consultorías Profesionales SPA.

Ordinario N° 5568/119, 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° 8940/176, 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° 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, cumpla 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° 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, cumpla con informar a Ud., que, al no tener ninguna de las personas consultadas la calidad de socios controladores de la empresa Mac-Guire y Cía. Limitada., no existe impedimento para que el Sr. Daniel Agustín Macguire Bulat y la Sra. Sonja Olivia Macguire Kleinow, mantengan una relación laboral con dicha compañía.

Ordinario N° 4244, de 03.09.2019

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".

Consta en la situación que se examina, que el recurrente ha constituido una sociedad de hecho junto a don Oscar Leopoldo González Aguilera, 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° 4937, de 17.10.2019

Consta en la situación que se examina, que esa sociedad de hecho recurrente la integran don Alejandro León Tiara Tarzijan y doña Sofía Alejandra Tiara Tarzijan, 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, cumplo 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° 1890, de 23.05.2019

En el caso que nos ocupa, es posible concluir que, si bien, en el socio Sr. Martínez 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 Prestaciones Médicas y Asesorías Reyes y Manríquez 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 Luis Reyes Martínez, socio de Prestaciones Médicas y Asesorías Reyes y Manríquez 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.

TEMA 3

ESCRITURACIÓN DE LOS CONTRATOS

Obligación de escriturar contratos

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 1124/029, 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° 1712/142, 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° 3871/196, 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 Nº 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.

CLÁUSULAS MÍNIMAS DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Cláusulas mínimas u obligatorias

Determinación de la naturaleza de los servicios

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 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 Nº 2080, de 18.04.2016.

Del precepto legal precedentemente transcrito fluye que el contrato de trabajo, entre otras menciones obligatorias, debe especificar la naturaleza de los servicios a prestarse, facultando a las partes para convenir dos o más funciones específicas, las cuales podrán ser alternativas o complementarias.

Es necesario precisar que esta disposición obedece a la intención del legislador de que el dependiente conozca con certeza el o los servicios que deberá prestar, en términos de evitar que este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen Nº 2790/133, de 05.05.95, ha sostenido que la expresión determinación de los servicios utilizada por el legislador implica establecer o consignar en forma clara y precisa el trabajo específico para el cual ha sido contratado el dependiente, 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.

Analizada la situación consultada a la luz de los antecedentes recabados, de lo verificado a través del procedimiento inspectivo efectuado por la fiscalizadora actuante y de la doctrina institucional precitada, resultaría dable sostener que la asistencia esporádica a reuniones desayuno con personal de empresas clientes de la denunciada, impuesta al personal de que se trata para los fines antes descritos, podría constituir una obligación que se enmarca en el ámbito del artículo 1546 del Código Civil, que consagra el principio de buena fe en el cumplimiento de las relaciones contractuales, por lo cual sería jurídicamente procedente.

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.

El monto, forma y período de pago de la remuneración acordada

Pronunciamientos dirección del trabajo:

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 Servicios Globales de Outsourcing de Recursos Humanos S.A. y los trabajadores que se desempeñan como mercaderistas de productos de las empresas mandantes, Soprole S.A. y Colún 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° 5958, de 16.11.2015

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.

Ordinario N° 3130, de 09.06.2016.

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, debiendo existir certeza sobre la misma.

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 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 formuladas, cumpla con informar a Ud. que las cláusulas contractuales referidas al sistema de remuneración variable de los Ejecutivos de Venta Producto Financiero, que facultan al empleador para introducir cambios en los factores que inciden en el puntaje que se asigna y que sirve de base para el cálculo de las comisiones, son contrarias a derecho, 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.

La duración y distribución de la jornada de trabajo

Pronunciamientos dirección 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.

Aún 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° 4523, de 03.09.2015:

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 estipularen 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° 3488, de 05.07.2016.

Sobre el particular, cumplo con informar a Ud., que el artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo, prescribe:

"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 disposición legal anotada, se colige que las partes se encuentran obligadas a determinar, en el contrato de trabajo, la duración y distribución de la jornada, constituyendo la referida disposición una cláusula mínima de dicho instrumento, pues el legislador desea que el dependiente conozca con certeza el número de horas que comprende su jornada de trabajo.

Luego, el artículo 5° del referido cuerpo normativo, en su inciso 2°, 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".

Del tenor de la disposición legal antes transcrita se infiere que el legislador ha otorgado a las partes la posibilidad de modificar aquellas cláusulas contenidas en un contrato de trabajo, cualquiera sea su especie, siempre que dichas alteraciones se efectúen de mutuo acuerdo y no se refieran a materias respecto de las cuales la ley hubiere prohibido convenir.

A mayor abundamiento, cabe manifestar que la reiterada y uniforme doctrina de esta Dirección, ha sostenido que sólo resulta procedente modificar o invalidar un acto jurídico bilateral por el mutuo consentimiento de los contratantes o por causas legales.

Lo anterior, en virtud de lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil, que al efecto prescribe:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los " contratantes y no puede ser modificado sino por su " consentimiento mutuo o por causas legales".

Por consiguiente, a la luz de las disposiciones legales antes transcritas y comentadas, resulta posible sostener que, por regla general, el empleador no se encuentra facultado para modificar en forma unilateral o por su sola voluntad la jornada pactada.

Con todo, cabe hacer presente que la doctrina de esta Dirección relativa a la facultad del empleador de modificar los sistemas de distribución de jornada y descansos, contenida, entre otros, en dictamen N° 3996/052 de 07.08.2015, ha precisado que tales cláusulas contractuales constituyen cláusulas esenciales, respecto de las cuales debe alcanzarse pleno consentimiento por ambas partes del vínculo y que, además, exigen para su modificación un acuerdo de iguales características, independientemente de que éstas se encuentren pactadas en un reglamento interno.

De esta suerte, posible es concluir que aun cuando el sistema de distribución de jornada y descansos se encuentre pactado en el reglamento interno, conforme a lo dispuesto en la parte final del artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo, en cuyo caso el legislador, en forma excepcional, y tratándose de un sistema de trabajo por turnos, ha permitido que estos se establezcan en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, el empleador no podrá modificar unilateralmente tales condiciones, sin que previamente, cuente con la anuencia de los trabajadores, en orden a que estos acceden a modificar dicha cláusula esencial del contrato de trabajo.

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".

Ordinario N° 7667/0317, de 21.11.1995:

"El empleador no se encuentra obligado a establecer en el contrato de trabajo ni en el Reglamento Interno las horas precisas en que los dependientes podrán hacer uso del derecho a colación, sin perjuicio de lo cual se deberá determinar la duración del descanso dentro de la jornada, la cual no podrá ser inferior a media hora".

Ordinario N° 3054, de 03.06.2016:

Por otra parte, a propósito de los descansos compensatorios, este Servicio en el dictamen 964/43 de 06.02.1996, señala: "De la norma transcrita se colige que 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." En consecuencia no es cláusula mínima del contrato de trabajo, establecer el día de descanso que le corresponde al trabajador, por lo que se podrá reprogramar el descanso, si el trabajador en la fecha fijada se encontraba con licencia médica o feriado legal, en el sentido de lo expuesto en los párrafos anteriores. En conformidad con lo dispuesto anteriormente, estando pendiente aún el cumplimiento de la anualidad, el empleador deberá ajustar con acuerdo de los trabajadores, la jornada pactada para incluir los descansos en días domingo.

Ordinario N° 0964/043, de 06.02.1996:

Al respecto cumpla con informar a Ud. que el artículo 10 del Código del Trabajo dispone:

"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las " siguientes estipulaciones:

" 1.-lugar y fecha del contrato; " 2.-individualidad de las partes con indicación de la " nacionalidad y fechas de nacimiento e ingreso del " trabajador; " 3.-determinación de la naturaleza de los servicios y del " lugar o ciudad en que hayan de prestarse; " 4.-monto, forma y período de pago de la remuneración " acordada; " 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; " 6.-plazo del contrato, y " 7.-demás pactos que acordaren las partes".

De la norma transcrita se colige que 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.

Otras cláusulas permitidas

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 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 Nº 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 5º inciso 2º, 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 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, cúmpleme manifestar que la cláusula de renovación automática incorporada a un contrato de trabajo a plazo, no se encuentra conforme a derecho.

Ordinario N° 5342/031, de 15.11.2019:

1.- La cláusula N° 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 N° 12 del contrato de trabajo no resulta ajustada a derecho, por cuanto restringe la garantía constitucional de la libertad de trabajo.

3.- La cláusula N° 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. N° 3 de 2006, del Ministerio de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial.

Las cláusulas tácitas**Pronunciamientos dirección del trabajo:****Ordinario N° 3062/177, 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 Nº 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 Nº 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 5°, 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 Nº 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 Cristalerías de Chile 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 Nº 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 New Heindrich 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 Falabella y París 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 9º 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, cúpleme 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 Comercial CCU 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 Comercial CCU Chile 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, cumplo 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° 0535, de 30.01.2015:

Sobre el particular, cúmpleme 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, cúmpleme 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 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 20.09.1999).

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 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 20.09.1999).

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, cúpleme manifestar que a los trabajadores afiliados al Sindicato N° 1 de Fanaloza 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 Embotelladora Coca-Cola Andina 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 planta Embotelladora Coca-Cola Andina 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 Constructora Belfi 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° 3296/250, 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:

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 Compañía Contractual Minera Candelaria S.A. y el trabajador, Sr. Héctor Patricio Aguilera Araya —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.

Cláusulas específicas que dicen relación con las remuneraciones

Cláusula de prohibición de negociaciones dentro del giro de la empresa

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2790/0133, de 05.05.1995:

“Al empleador solo le está permitido prohibir a sus dependientes, mientras se mantenga vigente la relación laboral, el ejercicio de labores que están dentro del giro del negocio y siempre que dicha prohibición conste por escrito en el contrato de trabajo respectivo“.

Cláusula de confidencialidad

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4731/081, de 03.11.2010:

“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 el carácter reservado de los mismos”.

Cláusula sobre obligatoriedad del trabajador de cumplir las disposiciones del reglamento interno de orden higiene y seguridad vigente en la empresa

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 1468, de 13.03.1985:

“Las normas contenidas en el Reglamento Interno que, por expresa voluntad de los contratantes, pasaron a formar parte integrante de los contratos individuales de trabajo,

no pueden ser alteradas o modificadas en forma unilateral por el empleador, sino que requiere mutuo acuerdo de las partes o una causa legal".

TEMA 4

MODIFICACIONES Y ACTUALIZACIONES

Tipos de modificaciones que se pueden realizar

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 1517/123, 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 Nº 5420/253, 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 Nº 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, atentaría 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 Nº 5714, de 05.11.2015:

Que revisada la normativa del Código del Trabajo aparece que dicho cuerpo legal contempla en su artículo 9º, incisos 3º y 4º, 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 Nº 4963/042, de 18.10.2012, caso en el cual compete al empleador modificar unilateralmente el contrato de trabajo.

Dado que las modificaciones que se pueden realizar deben ser de mutuo acuerdo entre las partes contratantes el empleador no puede modificar unilateralmente el contrato de trabajo, así lo ha sostenido la Dirección del Trabajo, que al respecto ha señalado:

Ordinario N° 3568, de 08.07.2016.

Ahora bien, en cuanto a las actividades que desarrolla la empresa Correos de Chile, 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 2º 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.1º 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, cumpla 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 Nº 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 Nº 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 1º 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 3º 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, cumplo 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 Nº 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 5°, inciso 3° 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 causales 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 Nº 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, entendiendo 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, cumplo 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° 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, cumplo 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° 1933/123, 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, cumpla 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.

TEMA 5

TIPOS DE CONTRATO SEGÚN SU DURACIÓN

El contrato de plazo fijo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Pacto de renovación automática contrato de plazo fijo.

Ordinario Nº 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.

Trasformación de contrato de plazo fijo a indefinido, trabajadora con fuero maternal

Ordinario Nº 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.

Duración máxima del contrato de plazo fijo

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 5° inciso 3° 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 N° 5203-2011, caratulada "Sociedad Educativa Padre Alejandro Ortega Limitada con Rivera Zapata Margot", 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, cúpleme 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.

Contratación sucesiva a plazo fijo

Ordinario N° 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 Villa Alemana 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 N° 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.

Trabajadoras con fuero maternal

Ordinario N° 3753/143, de 16.08.2004:

1) La Corporación Municipal de Educación de San Bernardo 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) Reconsiderarse 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.

Renovaciones de contrato de plazo fijo

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.

Trabajadores que cumplen con el servicio militar

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

Entrada en vigencia de las nuevas disposiciones sobre contratos 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 1º 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.

Concepto

Pronunciamientos dirección del trabajo:

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 o faena 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 Nº 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.”

Concuera 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 Nº 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 5º 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, serían 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.

TEMA 6

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Causas que pueden dar origen a la suspensión de las obligaciones que impone el contrato

El caso fortuito o fuerza mayor

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 períodos 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.

Situaciones resueltas por la dirección del trabajo**Pronunciamientos dirección del trabajo:****Estallido social octubre de 2019****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.

Orden de evacuación por alerta de tsunami

Ordinario N° 3.172, de fecha 18.08.2014.

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, 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 cúpleme 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.

Periodos de corte de energía eléctrica

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.

Cortes programados de energía eléctrica por racionamiento

Ordinario Nº 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.

Cortes programados de suministro de gas

Ordinario Nº 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 Nº 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.

Paralización de actividades dispuesto por el empleador para adherir a un paro gremial

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.

Paralización de faenas de empresas consideradas fuentes de polución atmosférica

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.

Paro de los estudiantes y ocupación de los establecimientos educacionales

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 la 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.

Clausura de la empresa por resolución del servicio de impuestos internos:

Ordinario Nº 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.

Aislamiento de trabajadores por condiciones climáticas adversas:

Ordinario Nº 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.

Condiciones climáticas adversas

Ordinario Nº 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 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:

1. *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.

2. *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.

Suspensión del tránsito marítimo decretada por la gobernación marítima:

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.

Medida cautelar decretada por el tribunal

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 concurrieron 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 1º 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 Illapel, 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 2º 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 acápite 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, cumplo 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.

Corte de agua potable producto de frentes de mal tiempo

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 preverse¹.

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 Ruth Ferrera Cepeda, 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 Lahsen Hermanos 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, cumplo 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 Lahsen Hermanos 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.

Es importante tener presente, que la adecuada calificación de si estaremos o no en presencia de un caso fortuito o fuerza mayor que suspenda los efectos del contrato de trabajo es una situación que debe ser analizada caso a caso, con el fin de aplicar correctamente la normativa laboral vigente y no afectar los derechos de los trabajadores, en particular el derecho a remuneración.

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 4º 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.

TEMA 7

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° 356, de 01.02.2021

La madre trabajadora que preste servicios y se encuentre dentro de los presupuestos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la presente emergencia sanitaria, mantiene el derecho a que el empleador provea la respectiva sala cuna, lo que no siendo posible de cumplir bajo las alternativas referidas en el presente informe, habilita a las partes para acordar el pago de un bono compensatorio, considerando el carácter irrenunciable del derecho en análisis y la necesidad de resguardar la salud del menor.

Ordinario N° 464, de 05.02.2021

En el marco de la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia, aun cuando esta se implemente como consecuencia de la presente emergencia sanitaria, el empleador no se encuentra facultado para reducir unilateralmente las remuneraciones de los trabajadores, pudiendo denunciarse dicha situación ante las Inspecciones del Trabajo, resguardándose dicha actuación a través de la garantía de indemnidad conforme se indica en el presente informe.

Ordinario N° 258/003, de 22.01.2021:

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 beneficios, 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.

Los derechos fundamentales de quienes pactan trabajo a distancia o teletrabajo

Respecto de este punto la dirección del trabajo ha señalado:

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° 3079/31, de 16.11.2020:

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.

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:

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° 258/003, de 22.01.2021:

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.

Cláusulas especiales para 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, consecencialmente, 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° 258/003, 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.

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.