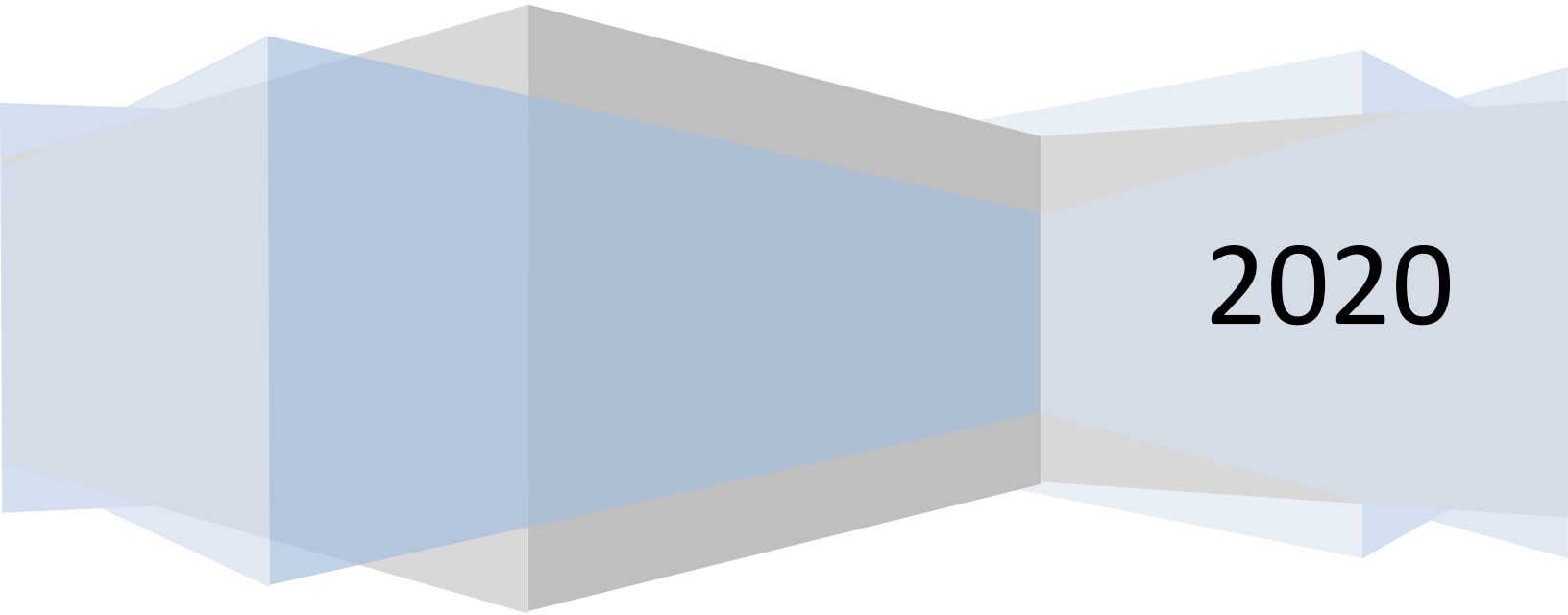
FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE CHILE

CUARTA UNIDAD: EL CONTRATO DE TRABAJO

PROFESOR CLAUDIO PALAVECINO

Apunte actualizado por el profesor Andrés Dighero Eberhard



2020

CUARTA UNIDAD: EL CONTRATO DE TRABAJO ___ ***3***

1. El contrato de trabajo. ___ ***3***

1.1. Concepto. ___ **3**

1.2. Las funciones del contrato de trabajo. ___ **6**

1.2.1. La función genética o constitutiva. ___ 6

1.2.2. La función reguladora. ___ 8

1.3. Elementos del contrato de trabajo. ___ **9**

2. Prestaciones de servicios excluidas del ordenamiento laboral. ___ ***14***

2.1. Socio industrial, arrendamiento de obra y de servicios. ___ **14**

a) El socio trabajador. ___ 14

b) El contrato para la ejecución de una obra material. ___ 16

c)El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. ___ 17

2.2. Prestaciones expresamente excluidas: ___ **18**

a) Funcionarios públicos. ___ 18

b) Servicios prestados directamente al público. ___ 19

c) Trabajo a domicilio discontinuo o esporádico. ___ 19

d) Alumno en práctica. ___ 19

e) El trabajador transitorio respecto de la empresa usuaria. ___ 20

3. La Capacidad para contratar como trabajador. ___ ***21***

3.1. La Capacidad para contratar según la edad: Normas relativas al trabajo de los menores. ___ **21**

3.1.1. Normas de capacidad. ___ 21

A. Mayores de 18 años de edad (Art. 13 inc. 1° CT). ___ 21

B. Menores de 18 años y mayores de 15 años de edad (Art. 13 inc. 2° CT). ___ 22

C. Mujer casada mayor de 16 años (Artículo 15 inc. 5° CT). ___ 23

D. Menores de 15 años (Artículo 16 CT). ___ 23

3.1.2. Exigencias para la contratación de menores: normas de protección. ___ 23

3.1.2.1. Tipo de trabajo ___ 23

3.1.2.2. Lugar de trabajo ___ 24

3.1.2.3. Escolaridad y jornada laboral ___ 24

3.1.2.4. Obligación de inscribir el contrato para la empresa ___ 25

3.1.3. Efectos de la contratación de menores en cumplimiento de los requisitos legales ___ 25

3.1.4. Efectos de la contratación de menores en contravención a los requisitos legales ___ 26

Sanción especial del Artículo 14 CT. ___ 26

3.2. La capacidad para contratar en función de la nacionalidad. ___ **27**

3.2.1. Introducción. ___ 27

3.2.2.- Exigencias legales en torno al número de trabajadores extranjeros permitidos en una empresa en Chile. 29
3.2.3.- Principales aspectos migratorios relativos a las visas y permisos de trabajo en Chile para extranjeros. 30

4. La capacidad para trabajar. **35**

5. La libertad de contratación laboral. **36**

5.1. La libertad para contratar y sus limitaciones. **36**
5.1.1. Igualdad y prohibición de discriminación 36
5.1.2. La prohibición de discriminación en la ley. 39

5.2. La libertad de elección y sus limitaciones. **41**

6. La forma del contrato. **41**

6.1. Necesidad de escrituración. **41**

6.2. Plazo para la escrituración. **41**

6.3. Procedimiento para la obtención compulsiva de la firma del trabajador. **42**

6.4. Sanciones a la no escrituración. **42**

6.5. Cláusulas mínimas del contrato de trabajo. **42**

7. La duración del contrato. **43**

7.1. Contrato de trabajo a plazo fijo. **43**

7.2. Contrato para obra o servicio determinados. **44**

8.- La modificación del contrato de trabajo. **45**

8.1. Formalización de las modificaciones al contrato individual de trabajo. **46**

8.2. Ius variandi del empleador. **46**

9.- La suspensión del contrato de trabajo. **47**

CUARTA UNIDAD: EL CONTRATO DE TRABAJO

1. El contrato de trabajo.

1.1. Concepto.

El contrato de trabajo es el origen y permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos personas (empresario y trabajador) en las que el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo.[1](Constituye y regula la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario)

En efecto, el art. 7° CT señala que *"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."*

Es importante anotar en este punto la discusión doctrinaria en torno a la diferencia (o sinonimia) entre *contrato de trabajo* y *relación de trabajo,* y que permite abrir la discusión sobre si es posible la existencia de una relación laboral cuyo origen no sea contractual.

La distinción entre contrato de trabajo y relación de trabajo, de acuerdo a autorizada doctrina nacional radica en que uno sería "un acuerdo de voluntades, [mientras que la segunda] es una relación jurídica entre partes, que se perpetúa en el tiempo"[2].

El problema teórico que plantea una posición anticontractualista, o si se quiere, una tesis relacionista, surge Alemania, y obtiene sus bases desde la Constitución de Weimar en 1919 e influye en la ley alemana de 1934, sobre ordenación del trabajo nacional (parte del proyecto de política social y trabajo en la Alemania Nazi). Al respecto, "se estimó, por algunos, que la relación de trabajo no solo carecería de origen contractual, sino que afloraba a la vida

---

[1] Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. *Derecho del trabajo,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Decimosexta edición, España, 2008. p. 485.

[2] THAYER, William y NOVOA, Patricio; *Manual de Derecho del trabajo: Derecho individual de trabajo* (tomo III). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007. p.41

jurídica por la mera incorporación del trabajador a la empresa; y las condiciones bajo las cuales se incorporaba estaban prestablecidas por el derecho estatal (leyes), autónomo (convenio colectivo) e interno (reglamento de la empresa), todo lo cual era aceptado al menos tácitamente por el trabajador"[3]. De acuerdo a lo anterior el contrato de trabajo pasa a ser un mero formalismo (en un sentido peyorativo) ya que la relación de trabajo no ve su origen en aquél, sino que se independiza y surge por la sola incorporación del trabajador a la empresa.

En relación a la tesis relacionista, doctrina nacional ha enunciado claramente al menos dos razones por las cuales no sería razonable adoptarla:

"a) No responde a la realidad, pues constantemente se realizan contratos individuales de trabajo en que las partes libre y autónomamente han pactado sus condiciones.

b) Porque cuando solo media la prestación de servicios, sin que las partes hubieran pactado nada sobre sus condiciones, efectivamente el derecho objetivo (estatal o autónomo) entra a suplir la ausencia de estipulaciones contractuales; pero el contrato ha existido. Ha habido en todo caso un acuerdo de voluntades tácito".[4]

De acuerdo al profesor HUMERES: "en nuestra legislación, mientras no se asomen signos más evidentes de que el legislador marcha hacia la relación laboral prescindiendo del contrato, debemos aceptar que el contrato de trabajo es previo e indispensable"[5]. En el mismo sentido, el profesor THAYER señala que "nuestro derecho del trabajo sigue [...] más apegado a la doctrina francesa, eminentemente contractualista"[6]. El mismo autor comenta que no puede transformarse una situación de excepción en la teoría que domine las situaciones normales, en que cada individuo concurrirá a celebrar contratos con quién realmente desee, voluntariamente.

---

[3] Ibid. p. 40
[4] Ídem
[5] HUMERES NOGUER, Héctor; *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2004. p. 99
[6] THAYER, William y NOVOA, Patricio; Op.cit. p.42

Teóricos de la doctrina relacionista se pueden encontrar en autores alemanes como Siebert, Erich Molitor, Gustavo Radbruch, y al autor mexicano Mario de la Cueva.

Suele hacerse una serie de clasificaciones del contrato de trabajo[7] dependiendo del aspecto bajo el cual puedan diferenciarse, considerándose como más relevantes las siguientes:

a) En razón del régimen laboral aplicable: contrato de trabajo general y contrato de trabajo especial.

b) En razón de la duración del contrato: contrato indefinido, contrato a plazo fijo y contrato de trabajo por obra o servicio.

La clasificación contenida en la letra b) será tratada a propósito del acápite sobre duración del contrato.

En relación a la clasificación de acuerdo al régimen laboral aplicable, es preciso señalar que contrato de trabajo general es aquel "regulado por las normas comunes aplicables al contrato de trabajo y que se contienen mayoritariamente por las normas de general aplicación del Código del Trabajo"[8], mientras que el contrato de trabajo especial "identifica relaciones laborales específicas en atención a la naturaleza de la prestación de servicios. A su vez, dichos contratos de trabajo son regulados por normas laborales especiales establecidas para dichos contratos tanto en el CT como en leyes especiales; aunque subsidiariamente se aplican las normas generales del CT"[9] (contrato de trabajadores agrícolas, contrato de trabajadores de casa particular, por ejemplo).

[7] HUMERES NOGUER, Héctor; Op. Cit. pp. 102-105; ROJAS MIÑO,Irene; Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual. Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2004. pp. 14-21
[8] ROJAS MIÑO,Irene Óp.. Cit. p. 14
[9] Ibid.

1.2. Las funciones del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo cumple dos funciones básicas: por una parte, tiene una función genética o constitutiva de la relación laboral entre empleador y trabajador y, por otra, cumple una función normativa o regulatoria de las condiciones aplicables a dicha relación.

1.2.1. La función genética o constitutiva.

La función genética del contrato de trabajo contiene algunas excepciones en el modelo normativo chileno.

En efecto, el inciso primero del art. 8° CT establece que toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior (7° CT) –esto es, personal, remunerada y bajo dependencia y subordinación del empleador– hace presumir la existencia de un contrato de trabajo. Es una presunción simplemente legal –*iuris tantum*–, la cual, como se sabe, admite prueba en contrario. Al efecto señala el art. 47 CC que *"se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley…"* Sin embargo, en la práctica, probada que sea la prestación de servicios personales remunerados bajo subordinación y dependencia, la presunción del art. 8° CT viene siendo aplicada por los tribunales como una presunción *iure et de iure*, aun cuando la intención común de las partes hubiere sido celebrar un contrato distinto del contrato de trabajo, puesto que para estos efectos la expresión del consentimiento carece de toda relevancia para la calificación jurídica de la situación controvertida. Tal es lo que ocurre, frecuentemente, con la celebración del llamado "contrato de honorarios" en que las partes no han querido celebrar un contrato de trabajo, sino uno de naturaleza civil (técnicamente arrendamiento de servicios). Las partes han incurrido en un error que recae sobre la especie del contrato celebrado (error esencial u obstativo) que, de conformidad al art. 1453 CC vicia (en rigor, impide) el consentimiento y debería generar la nulidad absoluta (en rigor, inexistencia) del contrato y la declaración oficiosa de la misma por el juez, conforme los arts. 1.682 y 1.683 CC.

Una segunda hipótesis de relación de trabajo sin contrato, puede plantearse con ocasión de la norma contenida en el inciso primero del art. 4° CT, conforme a la cual *"se presumirá de derecho que representa al empleador y*

que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica". Este presunción puede también dar lugar a situaciones en que el empleador resulta obligado sin, o contra, su voluntad, toda vez que en incluso en caso de extralimitación o violación de prohibición expresa de su gerente o administrador no podrá desligarse de los actos o contratos realizados por éste invocando una inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, puesto que la presunción de derecho establecida en la ley laboral torna inoperante para estos efectos la excepción del Derecho común *res inter alios acta*.

Finalmente, el CT contiene dos casos de cesión de contrato forzada, en que terceros pueden llegar a convertirse en empleadores sin que, necesariamente, hubieren consentido en ello y aun contra su voluntad. El art. 4°, inciso segundo, prescribe que *"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".* Por consiguiente, el tercero al cual se transfiere total o parcialmente el dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, se convierte por esa mera circunstancia en nuevo empleador de los trabajadores sin que sea menester alguna expresión de voluntad de parte de aquél ni de parte de éstos. No se me escapa, sin embargo, que, en general, si la empresa está dotada de personalidad jurídica –lo que ocurrirá siempre que se organice como sociedad o como corporación o fundación– no habrá propiamente cesión de contrato porque, no obstante, el cambio de dominio, posesión o mera tenencia de los elementos materiales de la empresa, el empleador seguirá siendo el mismo, a saber, la persona jurídica con la cual originalmente contrataron los trabajadores. Con todo, en procesos de división, absorción, fusión societarios, producto de los cuales haya aparición de nuevas, o desaparición de antiguas, personas jurídicas, habrá propiamente cesión del contrato de trabajo entre ellas.

La otra situación la prevé el art.148 CT, a propósito del contrato de trabajadores de casa particular. Dispone el precepto citado que "al fallecimiento del jefe de hogar, el contrato subsistirá con los parientes que

hayan vivido en la casa de aquél y continúen viviendo en ella después de su muerte, los que serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato". Tal como en el caso anterior, la ley transfiere la situación obligacional de una de las partes de la relación jurídica a terceros, sin tener en cuenta, para nada, sus voluntades. Cabe advertir, sin embargo, que no habrá en rigor cesión forzada del contrato de trabajo cuando los parientes a que alude la norma sean, a la vez, herederos del empleador, puesto que, conforme a las reglas generales de la sucesión por causa de muerte, representan a la persona del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Por consiguiente, en tal caso, la transmisión de la posición contractual será un efecto propio de la sucesión a título universal antes que de la norma analizada, como sucede, por cierto, en la generalidad de los casos cuando fallece el empleador, puesto que dicha circunstancia no es causal de término de la relación laboral.[10]

1.2.2. La función reguladora.

La función reguladora de contrato de trabajo es muy limitada, en el sentido que las condiciones de trabajo vienen reguladas heterónomamente con carácter imperativo por la ley laboral. De suerte que en la mayor parte de los casos, la función del contrato queda limitada a determinar su objeto (funciones, lugar de trabajo) y a mejorar el resto de las condiciones de trabajo. Esta peculiar duplicidad normadora de la relación de trabajo puede apreciarse con mayor nitidez desde la óptica de lo que SOTO CALDERÓN enunciaba como "principio de la doble regulación jurídica". Según este autor "aparece claro que el Derecho del trabajo es la parte sustantiva, en cuanto establece normas mínimas, garantiza el mínimo de bienestar social [y] que es de la esencia del Derecho del trabajo permitir que de común acuerdo los particulares puedan superar esa normatividad mínima por la vía del acuerdo voluntario"[11]

---

[10] Un análisis detallado de la cesión de contrato en Ríos, S.: "Las cesiones legales de contrato. Una contribución al régimen de la cesión convencional de contrato", en Mantilla, F. y Pizarro, C. (coord.): *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet,* Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2008, pp. 169-197.

[11] SOTO, J.C.: "Delitos laborales (Parte General)", separata del Magíster en Derecho Penal con mención en delitos económicos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 18 (sin fecha).

1.3. Elementos del contrato de trabajo.

Los elementos o "cosas" del contrato de trabajo son los mismos de todo contrato, a los cuales se refiere el art. 1444 CC: *"Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales."*

Como apunta BARCIA "los elementos de la esencia pueden ser generales o particulares. Los elementos generales de la esencia del acto jurídico son aquellos sin los cuales el acto no produce efecto alguno. Ellos son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades. En cambio, los elementos de la esencia particulares o especiales son aquellos sin los cuales el acto degenera en otro diferente…"[12]

En relación con los elementos generales de la esencia del contrato de trabajo cabe destacar la voluntariedad. La prestación del trabajo debe ser libre y voluntariamente asumida, lo cual excluye del ámbito del contrato de trabajo a las prestaciones en que no concurra este requisito (trabajos forzosos). Por su parte, el art. 9° inc. 1° CT declara que *"el contrato de trabajo es consensual…"* de manera que el contrato nace del simple concurso de la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa del contrato, sin que se requiera solemnidad alguna.

Los elementos de la esencia particulares o especiales del contrato de trabajo son: el carácter personalísimo de la prestación laboral, la remuneración y, sobre todo, la subordinación o dependencia.

a) Carácter personalísimo de la prestación. Desde el punto de vista del trabajador, el contrato de trabajo es *intuitu personae,* en el sentido que su obligación principal, la prestación del servicio, es indelegable en terceros. En concordancia con lo anterior, la muerte del trabajador determina la extinción del contrato (art. 159 N°3 CT). La circunstancia que se admita que el trabajador no preste personalmente sus servicios, excluye en consecuencia la relación del ámbito laboral.

---

[12] BARCIA, R.: *Lecciones de Derecho Civil Chileno,* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 33.

b) Remuneración. El trabajador *debe* percibir del empleador una remuneración (art. 41 CT). Se excluyen, por ende, los trabajos realizados a título amistoso, por benevolencia o buena vecindad.

c) Subordinación o dependencia. Se ha observado por la generalidad de los autores que, salvo la subordinación, los demás elementos los hallamos también en las prestaciones de servicios no reguladas por el Derecho del trabajo. De lo que se sigue que el elemento diferencial o característico del contrato de trabajo es precisamente la subordinación (o dependencia). Con todo, resulta necesario precisar qué ha de entenderse por subordinación para los efectos del Derecho del trabajo, pues si la concebimos en términos literales (sujeción a la orden, mando o dominio de alguien) pierde toda cualidad tipificante. ¿No está acaso el mandatario subordinado a las órdenes del mandante o el artífice, a las directrices del que le encarga la obra?

El art. 7° utiliza, sin definirlos, los términos *"dependencia y subordinación"*. Según CABANELLAS, por más que por subordinación se pueda considerar un estado –el del trabajador en relación con el empresario o patrono–, en tanto que la consecuencia de dicho estado sea la dependencia, tales expresiones son utilizadas como sinónimas.[13] Opinión que nos parece legítimo extrapolar a nuestra realidad jurídica.

El fenómeno subordinación se presenta antes que nada como una relación entre dos sujetos. En la subordinación se hallan, frente a frente, el empleador y el trabajador. Esta relación de subordinación tiene como supuesto una actividad personal del trabajador a favor del empleador; o sea, supone otra relación, que se da entre quien entrega su energía personal, su capacidad productora y el que la emplea. Es incardinada en la prestación de servicios personales como la subordinación se nos aparece y cobra sentido.

Vista desde el empleador, la subordinación se presenta como un poder de éste sobre el trabajador. Vista desde el trabajador, la subordinación se manifiesta como una limitación de su autonomía. MEDA observa que la subordinación "significa que el asalariado se sitúa bajo la dirección y autoridad del que lo contrata; éste dará las órdenes relativas a la ejecución del trabajo, controlará la realización y verificará los resultados. Aunque la

[13] P. 242.

subordinación no es personal sino jurídica es, no obstante, total: el asalariado hará lo que se le pida, de la manera que se le indique y en el contexto de una organización que le vendrá impuesta; y lo realizará, además, sin conocer la finalidad de su acción, puesto que no participa en la toma de decisiones de la empresa…"[14]

De ahí la importancia del Derecho del trabajo en cuanto juridiza esta relación meramente fáctica. Transmuta el simple poder –inhumano y brutal en sus orígenes– en derecho subjetivo; y la sumisión, en obligación jurídica. Como dice SOTO CALDERÓN, el Derecho del trabajo parte con la transformación de la subordinación de hecho planteada entre una persona digna y una cosa que era el esclavo, extremo caso de subordinación de facto, a una subordinación dejada sin regulación alguna y entregada a la más absoluta libertad de seres exclusivamente abstractos iguales, dotados de los mismo derechos y libertades de creación política producto de la revolución francesa; a una concepción de la subordinación jurídica en que lo que se quiere es reconocer la posición del empleador como titular de la potestad de mando, para regularla, de tal suerte de proteger al trabajador de los excesos que de ello provengan y señalar la posición del sujeto al deber jurídico de obediencia, tan determinadamente también como para no entregarlo a una obsecuencia servil.[15]

Así, la ley limita la potestad de mando y el deber jurídico de obediencia en cuanto al espacio, al tiempo y la materia. Sólo se va a trabajar en el lugar convenido, en el empleo o función que se convenga, y durante la jornada de trabajo, u horario que las partes convengan. Y asiste, según el Derecho del trabajo, un derecho de resistencia del trabajador, que es un derecho de desobediencia legítima. Puede negarse a trabajar con causa justificada. El trabajador, dice la ley chilena, puede ser despedido si se niega a trabajar en las faenas convenidas, sin causa justificada, reconociendo el elemento doctrinario. Puede negarse a trabajar si no es en las faenas convenidas; puede negarse a trabajar aún en las faenas convenidas con causa justificada. No puede exigirle el empleador al trabajador nada que rebase los límites

[14] Meda, D.: *El Trabajo. Un valor en peligro de extinción,* Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 118–119.
[15] SOTO, J.C: Op. cit. P. 10.

naturales de la potestad jurídica de mando, ni fuera del lugar, ni fuera del horario, ni en otra cosa que no sea propia de su empleo.[16]

Debe tenerse presente también que la recepción en nuestra cultura jurídica de la teoría de la eficacia horizontal (o *inter privatos)* de los derechos fundamentales ha erigido un nuevo límite, además de la ley laboral, al poder del empleador sobre el trabajador. En efecto, el inc. 1° del art. 5° CT, establece 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."*

Si bien el CT no define la subordinación (o dependencia) diversas normas dotan de contenido a este concepto. Si bien la subordinación se manifiesta primeramente como sujeción a la orden, mando o dominio del empleador, lo que la singulariza a efectos de la disciplina es que se trata de un poder "contextualizado" a la actividad laboral del trabajador. Por otra parte no sólo limita la libertad decisoria del trabajador sino también su libertad de desplazamiento. Así el ordenamiento reconoce al empleador una potestad normativa (art. 153 CT) para regular *"las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento"*. Surge una obligación correlativa perfecta para el trabajador, puesto que la infracción por del trabajador puede ser sancionadas por el empleador con amonestación verbal o escrita y multa de hasta el 25% de la remuneración diaria (art. 154 N°10 CT). Los incumplimientos graves pueden ser sancionados con el despido disciplinario (art. 160 CT).

El trabajador subordinado está obligado a concurrir al lugar de trabajo y permanecer allí durante la jornada. En caso que no pueda ejecutarse el trabajo por causas que no le sean imputables debe, en cualquier caso, permanecer *"a disposición"* del empleador (art. 21 inc. 2° CT). La no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual periodo de tiempo o la falta injustificada y sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo

[16] Ídem.

abandono o paralización signifique una perturbación grave de la marcha de la obra, pueden ser sancionadas por el empleador con el despido disciplinario (art. 160 N° 3 CT). La misma sanción castiga la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente (art. 160 N°4 a).

El trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato (art. 21 CT). Se considera *"abandono del trabajo"* y se sanciona con el despido disciplinario *"la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato"* (art. 160 N°4 b).

En situaciones en que se discute la calificación jurídica de la prestación de servicios y siendo, como dijimos, la subordinación el elemento cualificante del contrato de trabajo, la jurisprudencia[17] ha recurrido a una serie de signos

[17] La Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha diecisiete de septiembre de dos mil nueve, y a propósito de un recurso de apelación interpuesto en *Catillo Pino, Carlos Mario con MetLife Chile Seguros de vida S.A.* señala en su considerando cuarto : "Que teniendo presente la necesidad de proyectar el concepto [subordinación] a cada caso concreto en particular, será menester examinar algunos de los diversos parámetros doctrinarios y jurisprudenciales que delimitan sus contenidos, v. gr.: A) Que el individuo prestador del servicio será trabajador en tanto cuanto la suya sea una prestación por cuenta ajena; B) Que pudiendo la misma existir aún en el caso de un prestador de servicios independiente, es necesario precisar que la dependencia supone además: B1) Que el empleador esté a priori habilitado para apropiarse de la utilidad, aún no producida, del trabajo ajeno; y B2) Que se faculte al empleador para disponer de ella, determinando él mismo la cantidad y calidad del trabajo a desarrollar, señalando de ser necesario, dentro del marco de la convención, cómo, cuándo y dónde debe realizarse el trabajo, predeterminando el volumen o cuantía de dicha utilidad, verificando el cumplimiento de sus órdenes o instrucciones y ejercitando potestad sancionatoria sobre la contraparte que –con su accionar– entorpezca o desacate sus facultades y / o incumpla las metas o límites mínimos de productividad; C) Que así las cosas, la dependencia se presenta como "la situación en que se halla el trabajador comprendido o inserto en el círculo organizativo, rector y disciplinario de aquel por cuya cuenta presta sus servicios o, lo que es lo mismo, de aquel a quien ha cedido previamente la utilidad o producto patrimonial de su trabajo (Luján, José, "La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo); D) Que resulta por demás obvio advertir que –a diferencia del trabajador autónomo o independiente– el dependiente ve disminuidas o limitadas algunas de las facultades ínsitas en su condición de persona libre, al estar inserto en el esquema señalado en la letra C) anteprecedente, v. gr. cuando tenga limitada su autonomía para imponerse o no límites mínimos de productividad; E) Que para ser trabajador dependiente es menester estar sujeto o sometido a la dirección del empresario o empleador, sujeto a su

externos que manifiestan la subordinación laboral. Según ROJAS MIÑO estos signos demostrativos son, entre otros: obligación de asistencia; cumplimiento de horario de trabajo; subordinación a instrucciones y órdenes; prestación de servicios en forma continua y permanente; jornada de trabajo; fiscalización superior; dirección y control; supervigilancia; supervisión directa; concurrencia al lugar de trabajo; trabajar en el mismo lugar en que se encuentra el empleador; depender jerárquicamente dentro de la empresa; dar cuenta de la labor realizada; exclusividad de los servicios.[18]

2. Prestaciones de servicios excluidas del ordenamiento laboral.

2.1. Socio industrial, arrendamiento de obra y de servicios.

a) El socio trabajador.

1ª tesis: Incompatibilidad ontológica entre las calidades de socio y de trabajador dependiente.

---

control, órdenes o instrucciones, es decir, carecer de total autonomía, independencia, libertad y autoorganización: ser una persona que, a las órdenes de otra y en su beneficio, consagra toda o parte de su actividad a producir una obra o a realizar un servicio bajo una disciplina de empresa; F) Que el discernir entre prestación de servicios de un trabajador independiente y uno dependiente, es una cuestión de grado: la dependencia propia del contrato propiamente laboral o de trabajo, supone la acentuación del factor cumplimiento de parámetros o normas mínimas de productividad y control de la actividad, aun cuando el prestador de los servicios se encuentre liberado de un rígido control de asistencia y de horarios, cuando la naturaleza de ésta lo excluya o permita; G) Que en tal sentido, el contrato de trabajo se desenvuelve en el ámbito organizativo del empresario, en cuanto éste reglamentará sus órdenes o instrucciones en función de una mínima productividad ya "pactada en el contrato, dentro de una aparente situación de autocontrol o autorregulación de horarios o jornadas: la "deuda de trabajo está a priori definida por el empleador, merced a su poder de dirección de la actividad unipersonal del trabajador que, impedido de funcionar con entera libertad no obstante la aparente autonomía de organizar sus tiempos laborables, ve coartada ésta en la realidad por las metas mínimas de productividad, obligatorias so pena de desvinculación y término unilateral de la relación contractual, aunque ésta se presente formalmente como civil o comercial; H) Que tal poder de dirección genera en consecuencia, como contrapartida, un auténtico deber de obediencia del trabajador, distintivo de la existencia real del contrato de trabajo, cualquiera fuere su aparente caracterización." Rol Nº8672– 2008, Pronunciada por la décima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

[18] Rojas, I.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004, p. 27.

El *animus* o *affectio societatis* excluiría "por esencia" a la relación de dependencia. No es posible que el socio sea simultáneamente empleado porque esto implica reunir en una misma persona la doble condición de principal y subordinado. O se es socio o se es trabajador dependiente.

2ª tesis: No hay incompatibilidad ontológica, se trata de una cuestión de hecho = Dadas ciertas condiciones fácticas puede configurarse una prestación de servicios subordinada y, por ende, contrato de trabajo, entre sociedad y socio. Entonces, en ciertos casos, el socio puede ser simultáneamente trabajador dependiente.

Cuestión fáctica, no formal. Si bien, *"la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados"* (art. 2053 inc. 2° CC) la sociedad no es una realidad sustancial, sino que es un ser moral, por lo que es necesaria la presencia de personas físicas para formar y exteriorizar la voluntad social y cumplir sus objetivos.

Por consiguiente, no puede haber relación de subordinación cuando el socio ocupa una posición dominante en el órgano de administración de la sociedad o cuando derechamente lo integra porque su voluntad se confunde con la de la sociedad.

La DT en diversos pronunciamientos[19]ha señalado que el vínculo de subordinación o dependencia no puede suscitarse entre el accionista o socio de una sociedad y ésta, cuando se reúnen dos requisitos copulativos:

1.- que detente la calidad de socio o accionista mayoritario de la sociedad; y además

2.- que cuente con facultades de administración y representación de la misma.

Lo anterior, debido a que ambas circunstancias importarían que la voluntad de dicho socio o accionista se confundiera con la de la sociedad.

[19] Ordinarios: 1761/85 (20/03/1995); 3710/189 (14/06/1995); 4813/228 (02/08/1995); 132/03 (08/01/1996); 5031/227 (04/09/1996); 3090/166 (27/05/1997); 7169/357 (24/11/1997); 5699/352 (19-11-1999); 673/56 (14/02/2000); 1886/163 (11/05/2000); 1977/172 (17/05/2000); 814/0035 (06/03/2001); 3517/114 (28/08/2003); 4823/208 (11/11/2003).

Pero los requisitos 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.

b) El contrato para la ejecución de una obra material.

El art. 1915 CC señala que *"el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado."* El precepto citado nos remite a dos tipos contractuales del derecho común, que nuestro CC, en una terminología y concepción arcaicas, subsume como modalidades arrendaticias, a saber: el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios.

Ambos contratos se caracterizan porque originan una obligación de hacer. "La prestación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que permita al acreedor la satisfacción de su interés".[20]

En lo que respecta al contrato civil para la confección de una obra materia, el cual podemos definir como aquel en que las partes se obligan mutuamente, la una a ejecutar una obra material y la otra a pagar por un precio determinado, la diferencia con el contrato de trabajo pudiera hallarse en que el objeto de la obligación del artífice es la obra misma, o sea, el resultado o producto de su trabajo, mientras que en el contrato de trabajo es la actividad desarrollada. En el contrato civil, el comitente no es acreedor de trabajo, sino de un resultado y no es deudor de un salario, sino de un precio fijo. Respectivamente, el artífice no es acreedor de un salario, sino del precio, ni deudor de trabajo, sino de resultado.

Corrientemente, para distinguir entre una y otra figura se ha recurrido al elemento subordinación. Con todo, afirmar sin reservas la inexistencia del poder de dirección del que encarga la obra, constituye un exceso. La doctrina española advierte también en el contrato civil de ejecución de obra,

[20] Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 8ª edición, Tecnos, Madrid, V. II, p. 135.

manifestaciones de un poder de dirección en el comitente que genera obligaciones correlativas para el artífice. A saber:

i) La determinación de la obra por el dueño a través del encargo. Existe también un poder de especificación del comitente acerca del objeto de la prestación laboral del artífice (características, número, calidad, etc.), pues, en definitiva, el ejecutante de una obra no puede realizarla a su arbitrio, sino que debe someterse a las indicaciones del comitente.

ii) La necesidad de ajuste al límite temporal que marca o puede marcar el dueño. En el contrato de ejecución de obra puede exigirse un plazo fijo para terminar la obra.

iii) La conformidad o sometimiento del ejecutor de la obra respecto a las modificaciones pedidas por el dueño a lo largo de la realización.

iv) El poder de verificación o comprobación de la bondad o maldad de la obra realizada, pudiendo el comitente aceptarla o rechazarla. En nuestro ordenamiento jurídico, constituye una obligación del acreedor, cuya mora trae como consecuencia que sean de su cargo los riesgos –debiendo pagar el precio, aunque la cosa haya perecido.

Con todo, estos poderes del comitente se concentran más bien en el objeto especificado que en la actividad laboral del artífice.

c)El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

El arrendamiento de servicios inmateriales es aquél en que predomina la inteligencia sobre el esfuerzo puramente manual (art. 2006 CC). El CC distingue tres clases de arrendamiento de esta especie: servicios aislados en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra (v. gr. Una composición literaria o musical, o la corrección tipográfica de un impreso); servicios que consisten en una larga serie de actos (como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores) y los servicios profesionales (en palabras de Bello *"los servicios de profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a las que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros"*).

El contrato de arrendamiento de servicios fue el precedente histórico del contrato de trabajo que vino a sustituirlo, por lo que actualmente tiene una vigencia puramente residual, es decir, opera jurídicamente cuando no existe relación de subordinación (o dependencia).

2.2. Prestaciones expresamente excluidas:

Al comenzar el articulado del Código del trabajo señalando que "las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este código y sus leyes complementarias" (art. 1º inc. 1º CT), pareciera que el campo de aplicación del texto normativo sería absoluto, sin embargo, ya en el segundo inciso del mencionado artículo queda en evidencia que no es tal la intención del legislador, y que el ámbito de aplicación del Código del trabajo sí conoce límites.

A continuación revisaremos aquellas situaciones que se encuentran expresamente excluidas del ordenamiento laboral.

a) Funcionarios públicos.

Conforme al inc. 2° del art. 1° CT, las normas del CT y de sus leyes complementarias *"no se aplicarán […] a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial."*

Cabe agregar que, de acuerdo al mismo precepto, y a pesar de lo indicado, los trabajadores de las entidades señaladas se sujetarán a las normas del Código del trabajo en los aspectos o materias no reguladas en sus propios estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a éstos últimos.

En cuanto al personal no funcionario del sector público, contratado a honorarios, la jurisprudencia administrativa (Contraloría General de la República) y judicial (Corte Suprema) sostenían hasta no hace mucho que no se les aplica el Código del Trabajo.[21] En efecto, existe una postura

[21] C.S., 10 de noviembre de 2009, Rol N° 6.335-2009; C.S., 29 de noviembre de 2012, Rol N° 1.838-2012; C.S., 14 de marzo de 2013, Rol N° 7767-12; C.S., 3 de abril de 2013, Rol N°

jurisprudencial que señala que el Estado es legitimado pasivo en la acción de declaración de relación laboral. Aquella postura señala que Procede acoger la acción de declaración de relación laboral cuando no concurren los presupuestos de la norma que autoriza la contratación a honorarios en la Administración Pública.[22]

b) Servicios prestados directamente al público.

De acuerdo con el inc. 2° del art. 8° CT *"los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público* […], *no dan origen al contrato de trabajo".* Este tipo de servicios lo prestan lustrabotas o aparcadores, por ejemplo, y no da lugar al contrato de trabajo por faltar el elemento subordinación. Debe quedar claro, en cualquier caso, que la exclusión del contrato de trabajo es respecto de los clientes o público receptor de los servicios, pero perfectamente este tipo de trabajadores podría estar inserto en una empresa y depender laboralmente de un empleador.

c) Trabajo a domicilio discontinuo o esporádico.

El mismo inc. 2° del art. 8° CT, antes citado, señala que *"los servicios* […] *que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo".* Prestan este tipo de servicios trabajadores que espontáneamente ofrecen puerta a puerta sus servicios. Se trata de servicios de corta duración, tales como reparaciones, limpiezas, arreglo de jardines, etc. Al igual que en el caso anterior, el contrato de trabajo queda excluido respecto del receptor del servicio.

d) Alumno en práctica.

El inc. 3° del art. 8° CT señala que tampoco dan origen al contrato de trabajo *"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*

5.995-2012). Según esta postura jurisprudencial no era posible ejercer una acción de declaración de relación laboral en contra del Estado. En contra, ver: Palavecino, C.: "La contratación a honorarios en la Administración Pública: El Estado como fuente de empleo precario", en *Revista Laboral Chilena*, Nº7, julio 2000, pp. 75-81.

[22] C.S., 29 de noviembre de 2016, Rol N° 87.882-2016; C.S., 4 de enero de 2017, Rol N° 35.145-2016; C.S., 16 de enero de 2017, Rol N° 88.943-2016; C.S., 14 de agosto de 2017, Rol N° 76.444-2.016; C.S., 13 de septiembre de 2017, Rol N° 18.186-2017.

proporcionará colación y movilización, o una asignación compensatoria de dichos beneficios, convenida anticipada y expresamente, lo que no constituirá remuneración para efecto legal alguno."

e) El trabajador transitorio respecto de la empresa usuaria.

Lo peculiar del suministro o cesión de trabajadores es que la tradicional relación contractual bilateral entre empleador y trabajador se convierte en una compleja relación triangular entre un trabajador, la EST y la empresa usuaria. En términos reales habrá un trabajador sometido a dos empleadores, repartiéndose entre ellos el complejo haz de derechos y obligaciones que emanan de ambas relaciones de trabajo. Pero formalmente la legislación considera como único empleador a la EST.

Con todo, paralela al contrato de trabajo de servicios transitorios (entre EST y trabajador transitorio), se genera una relación de trabajo real y directa entre el trabajador transitorio y la empresa usuaria, con obligaciones y derechos recíprocos. El art. 183-Y.-, inc. 2°, CT, califica el vínculo entre la usuaria y el trabajador cedido como una *"relación laboral".*

La ley establece que las facultades de organización, dirección y control de la actividad del trabajador legalmente cedido serán ejercitadas por la usuaria durante el tiempo de la prestación de los servicios en su ámbito. La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la EST (art. 183-X.-CT). Será obligación de la usuaria controlar la asistencia del trabajador de servicios transitorios y poner a disposición de la empresa de la EST copia del registro respectivo. En el registro se indicará, a lo menos, el nombre y apellido del trabajador de servicios transitorios, nombre o razón social y domicilio de la EST y de la usuaria, y diariamente las horas de ingreso y salida del trabajador (art. 183-W.- CT).

No obstante, la usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la EST relativas a la prestación de los servicios, tales como duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

El art. 183-Y.- CT, dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías

constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar a la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. En consonancia con lo anterior, el precepto citado agrega que la usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.

Por su parte, el trabajador cedido queda subordinado a la empresa usuaria y deberá, por tanto, cumplir las directrices e instrucciones que allí se le impartan. Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso, en conformidad a lo dispuesto en el inc. 2°, del art. 156 CT.

3. La Capacidad para contratar como trabajador.

3.1. La Capacidad para contratar según la edad: Normas relativas al trabajo de los menores.

Las normas que regulan el trabajo de los menores de edad se recogen principalmente en los artículos 13 a 18 del Código del Trabajo, sin perjuicio de que estas normas se remitan en algunos aspectos al Código Civil[23].

Al respecto, el Código del Trabajo distingue entre:

i. Normas de capacidad.
ii. Exigencias para la contratación de menores: normas de protección.
iii. Efectos de la contratación de menores en cumplimiento de los requisitos de capacidad y de las obligaciones que asisten al empleador.
iv. Efectos de la contratación de menores vulnerando los requisitos de capacidad y de las obligaciones que asisten al empleador.

3.1.1. Normas de capacidad.

A. Mayores de 18 años de edad (Art. 13 inc. 1° CT).

La ley reconoce plena capacidad para contratar sus servicios a los mayores de 18 años. En efecto, el artículo 13 in. 1° CT señala que, para efectos de las

[23] Cabe señalar que el dictamen de la Dirección del Trabajo ORD. N°0077/006 fija el sentido y alcance de los artículos 13, 15, 16 y 18 del Código del Trabajo.

leyes laborales, se considerarán mayores de edad, y por ende, pueden contratar libremente la prestación de sus servicios, los mayores de 18 años.

No obstante lo anterior, el artículo 14 inciso 2° CT establece un requisito específico para los mayores de 18 pero menores de 21 años, pues señala que aquéllos no podrán ser contratados para trabajos mineros subterráneos sin someterse previamente a un examen de aptitud, calificación que será necesaria para contratar la prestación de sus servicios.

B. Menores de 18 años y mayores de 15 años de edad (Art. 13 inc. 2° CT).

Se trata de incapaces relativos[24] que, para obligarse válidamente, precisan de la autorización expresa de las personas que señala la ley y en el orden que se presentan:

a) Padre o madre;
b) A falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno;
c) A falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor; y
d) A falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo, en cuyo caso, pondrá los antecedentes en conocimiento del Tribunal de Familia que corresponda, el que podrá dejar sin efecto la autorización si lo estimare inconveniente para el trabajador (Art. 13 inc. 3° CT).

Además, el nuevo artículo 15 bis CT[25] permite que estos menores de 18 años y mayores de 15, puedan actuar en espectáculos vivos siempre que no se desarrollen en cabarets u otros establecimientos similares, o en aquellos en que se expendan bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo lugar, siempre que cuenten con autorización de su representante legal y del respectivo Tribunal de Familia, la cual se otorgará:

a. Previa verificación de las normas de protección y;
b. Cuando dicha actuación no sea peligrosa para la salud, seguridad o moralidad del menor.

---

[24] THAYER, William y NOVOA, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. 2010. Santiago. P. 97.

[25] Dictamen ORD N° 4.493/54, 1.09.15 fija sentido y alcance de la Ley N° 20.821 que modifica los artículos 13, 15 y 16 e incorpora el nuevo artículo 15 bis al Código del Trabajo.

C. Mujer casada mayor de 16 años (Artículo 15 inc. 5° CT).

La mujer casada mayor de 16 años[26] no precisa de la autorización antes vista, pues el ordenamiento jurídico le reconoce plena capacidad para celebrar un contrato de trabajo. Efectivamente, el artículo 13 inc. 5° CT remite esta regulación al artículo 150 del Código Civil que indica: "la mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria".

D. Menores de 15 años (Artículo 16 CT).

Corresponde a aquellos menores que excepcionalmente pueden trabajar[27], puesto que el artículo 16 CT establece la excepción referida al señalar que en casos debidamente calificados podrá permitirse a los menores de quince años celebrar contratos. Para ello deben cumplir con lo siguiente:

a) Autorización del representante legal y del Tribunal de Familia respectivo.
b) Que se trate de contratos para participar en espectáculos de teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares.
c) Cumplimiento de las normas de protección que contempla el artículo 13 inciso 2° CT.

3.1.2. Exigencias para la contratación de menores: normas de protección.

Las siguientes normas tienen como propósito otorgar protección al menor en orden a que los trabajos que vaya a desarrollar no sean de aquellos que perjudiquen su salud, que se trate de labores compatibles con su desarrollo físico y sus estudios, y, además, que se trate de relaciones laborales de conformidad a la ley[28].

3.1.2.1. Tipo de trabajo

1. Que se trate de trabajos ligeros que no perjudiquen la salud y desarrollo del menor (Art. 13 inc. 2 CT).

---

[26] La Ley de Matrimonio Civil en su artículo 5 n° 2 señala que no podrán contraer matrimonio los menores de dieciséis años.
[27] ROJAS MIÑO, Irene. *Derecho del Trabajo. Derecho individual del Trabajo*. Colección Tratados y Manuales. Legal Publishing Chile. 2015. Santiago. P. 80.
[28] Ibídem. P. 80.

2. No podrá trabajar en faenas que requieran fuerzas excesivas, ni en actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad (Art. 14 inc. 1° CT).
3. Los menores de 21 años no podrán ser contratados para trabajos mineros subterráneos, sin realizarse previamente un examen de aptitud (Art. 14 inc. 2° CT).
4. Los menores de 18 años no podrán llevar, transportar, cargar, arrastrar o empujar manualmente, y sin ayuda mecánica, cargas superiores a los 20 kilos (Art. 211-J CT).
5. Que el trabajo no sea de aquéllos que el reglamento del Ministerio del Trabajo y Previsión Social determine como peligrosos para su salud y desarrollo[29] (Art. 13 inc. 6° CT).

3.1.2.2. Lugar de trabajo

Los menores de 18 años no podrán trabajar:

1. En cabarets y otros establecimientos análogos que presenten espectáculos vivos (Art. 15 inc. 1° CT).
2. En lugares en que se expendan bebidas alcohólicas y que deban consumirse en el mismo establecimiento (Art. 15 inc. 1° CT).
3. En recintos o lugares donde se realicen o exhiban espectáculos de significación sexual (Art. 15 inc. final CT).

3.1.2.3. Escolaridad y jornada laboral

1. Deberá acreditarse que el menor ha culminado su Educación Media o, según sea el caso, encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica (Art. 13 inc. 2° CT).
2. Si el menor se encuentra cursando la Educación Básica o Media, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación (Art. 13 inc. 2° CT).

---

[29] Decreto 50 de 2007 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Artículo 2° letra a): se entiende como trabajo peligroso "*toda actividad o forma de trabajo en que las exigencias propias de las labores puedan interferir o comprometer el normal desarrollo físico, psicológico o moral de los menores, o en donde existan factores de riesgo que puedan provocar daño a la integridad física y mental de los menores, considerando su mayor vulnerabilidad, falta de formación, capacitación y/o experiencia*".

3. Los menores no podrán trabajar más de 8 horas diarias (Art. 13 Inc. 2° CT).
4. Si el menor actualmente está cursando su Enseñanza Básica o Media no podrá desarrollar labores por más de 30 horas semanales (Art. 13 Inc. 2° CT).
5. Queda prohibido a los menores todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales. Este período será de once horas consecutivas, que comprenderá, al menos, el intervalo que media entre las 22 y las 7 horas (Art. 18 CT).

3.1.2.4. Obligación de inscribir el contrato para la empresa

Las empresas que contraten los servicios de menores de 18 años deberán registrar dichos contratos en la respectiva Inspección Comunal del Trabajo (Art. 13 inc. final CT).[30]

3.1.3. Efectos de la contratación de menores en cumplimiento de los requisitos legales

El Código del Trabajo se remite al Código Civil para efectos de regular las consecuencias que produce el contrato de trabajo en el patrimonio del menor. Al respecto señala que:

1. Se le aplicarán las normas del artículo 246 del Código Civil y será considerado plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes (Art. 13 inc. 4° CT). Es decir, el menor debidamente autorizado para celebrar un contrato de trabajo tendrá plena capacidad para la administración y goce de su peculio profesional[31].
2. Respecto de la mujer casada mayor de 16 años, por aplicación del artículo 150 del Código Civil, si desempeña algún empleo o ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga.

---

[30] Esto se ha visto como una práctica que cada vez incorpora más el legislador: trabajadores de casa particular y trabajadores con discapacidad o con pensión de invalidez son un ejemplo de esto.

[31] ROJAS MIÑO, Irene; Op.cit. P. 79.

3.1.4. Efectos de la contratación de menores en contravención a los requisitos legales

El artículo 17 CT regula los efectos de la contratación de menores que se realiza sin el cumplimiento de los requisitos legales. En efecto, señala que "si se contratare a un menor sin sujeción a lo dispuesto en los artículos precedentes", es decir, artículos 13, 14, 15 y 16 que regulan la capacidad de los menores para contratar laboralmente, se impondrán las siguientes sanciones:

1) El empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare.
2) El inspector del trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación. Lo anterior implica que esta facultad de la autoridad administrativa permite disponer "que no se sigan prestando los servicios, lo que equivale a dar por terminada la relación laboral"[32].
3) Se aplicará por el inspector del trabajo, una multa según el artículo 506 CT[33].

Por último, respecto a la legitimación, el artículo 17 CT señala que *cualquier persona* podrá denunciar ante los organismos competentes las infracciones relativas al trabajo infantil de que tuviere conocimiento.

Sanción especial del Artículo 14 CT.

El artículo 14 CT regula dos casos de prohibición que establece el Código del Trabajo respecto a los menores, a saber:

a) Los menores de 18 años de edad no serán admitidos en trabajos ni en faenas que requieran fuerzas excesivas, ni en actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad.

---

[32] THAYER, William y NOVOA; Op.cit. P. 99.

[33] Artículo 506. Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción.

a) Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.
b) Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales.
c) Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales.

b) Los menores de 21 años no podrán ser contratados para trabajos mineros subterráneos sin someterse previamente a un examen de aptitud.
    a. El empleador que contratare a un menor de 21 años sin haber cumplido el requisito establecido en el inciso precedente incurrirá en una multa de 3 a 8 unidades tributarias mensuales, la que se duplicará en caso de reincidencia.

3.2. La capacidad para contratar en función de la nacionalidad.[34]

3.2.1. Introducción.

Frente a la posibilidad de obtener autorizaciones de residencia en Chile para ciudadanos extranjeros, así como de autorizaciones para efectuar en dicho país actividades remuneradas, podemos sostener que Chile ha adoptado una política amigable tanto en su regulación legal y administrativa, como en los criterios aplicados por sus autoridades migratorias.

En tal sentido, es posible sostener que la legislación y regulación reglamentaria chilena no establece grandes limitaciones o trabas en torno a la solicitud y obtención de visas de residencia, permisos de trabajo y, en último término, autorizaciones de permanencia definitiva para extranjeros en Chile. Este tratamiento amigable no sólo se extiende a aquel extranjero que ejerza actividades económicas en el país, sino también a sus dependientes que le acompañen en su residencia y respecto de los cuales aquel ejerza como sostenedor.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario considerar las distintas disposiciones normativas que regulan la residencia y trabajo de ciudadanos extranjeros en Chile. Estas disposiciones regulan importantes requisitos, criterios y obligaciones tanto en materia migratoria como laboral y tributaria,

[34] Este numeral reproduce, parcialmente, el apunte "GESTIÓN DE VISAS Y AUTORIZACIONES DE TRABAJO Y RESIDENCIA EN CHILE", del sr. Juan Andrés Perry Mitchel, ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 10 de octubre de 2007.

los cuales dependerán de las características y alcances de la asignación de un extranjero en Chile.

Estas disposiciones no se encuentran sistematizadas en un solo cuerpo normativo que regule todas las condiciones de la asignación de un extranjero en Chile, sino que se encuentran dispersas en distintas leyes, reglamentos y pronunciamientos administrativos tanto migratorios como laborales y tributarios.

En principio, cabe señalar que, en conformidad a la ley migratoria, el trabajador extranjero sólo podrá iniciar actividad laboral en Chile, una vez que haya obtenido la visación de residencia correspondiente o el permiso especial de trabajo para extranjeros.

Al respecto, el Decreto Ley N°1094 de 19.07.1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, complementado por el Decreto N°597 de 24.11.1984, que aprueba el nuevo reglamento de extranjería, establece los diferentes tipos de permisos de residencia y autorización de trabajo, a saber:

Visa Temporaria: Habilita a su titular a realizar actividades remuneradas con cualquier empleador, desde que estampe dicho permiso en su pasaporte. También tiene la posibilidad de solicitar un permiso de trabajo mientras se tramita su solicitud de visa, si desea comenzar a trabajar inmediatamente.

Podrán optar a este permiso, entre otros, los extranjeros que tengan vínculo con chileno, vínculo familiar con residente con permanencia definitiva, los profesionales y técnicos de nivel superior, los inversionistas y los ciudadanos de los estados parte del Mercosur (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay).

Visa Sujeta a Contrato: Es el permiso de residencia que habilita a su titular a realizar actividades remuneradas, exclusivamente con el empleador con el cual suscribió el contrato.

Permiso para trabajar con Visa de Estudiante: Por regla general, aquellos extranjeros que sean titulares de visa de estudiante no pueden trabajar. Excepcionalmente se podrá otorgar esta autorización, con el objeto de que puedan realizar su práctica profesional, o en casos excepcionales con el fin de que costee sus estudios.

Permiso para trabajar como Turista: Por regla general, los turistas no pueden trabajar en el país. Sin perjuicio de lo anterior, el Departamento de Extranjería y Migración en Santiago y las Gobernaciones Provinciales podrán autorizarlos a trabajar en casos calificados, por un plazo máximo de 30 días, prorrogables, mientras se mantenga vigente el permiso de Turismo.[35]

3.2.2.- Exigencias legales en torno al número de trabajadores extranjeros permitidos en una empresa en Chile.

En términos generales, las normas chilenas no establecen prohibiciones para el trabajo de extranjeros en Chile. Sin perjuicio de lo anterior, la legislación laboral chilena establece ciertos requisitos en torno al número y porcentaje de trabajadores extranjeros que pueden ser contratados por un empleador en Chile. Es importante señalar que, en principio, la legislación chilena se entiende aplicable para todos aquellos que se encuentren en su territorio, por lo que estas disposiciones laborales resultan igualmente obligatorias tanto para empresas chilenas, como para las empresas que cuenten con presencia en Chile pero que mantienen su matriz en el extranjero.

De acuerdo a las exigencias contenidas en el Código del Trabajo Chileno (principal cuerpo normativo que regula las relaciones laborales entre privados en Chile), las empresas que ocupen más de 25 trabajadores se encuentran obligadas a contar con un 85% de trabajadores chilenos en su dotación. En tal sentido, estas empresas se encuentran obligadas a respetar un límite legal a la cantidad de trabajadores extranjeros que podrían prestar servicios para ellas.

Con todo, la propia ley laboral establece criterios excepcionales en torno a la calidad de "chilenos" que puede atribuirse a sus dependientes. Así, para efectos del cómputo del porcentaje antes indicado, la ley señala que debe considerarse el total de trabajadores con que cuente la respectiva empresa en el territorio nacional, y no una dotación separada respecto de cada una de sus sucursales. Asimismo, la ley permite excluir del referido porcentaje a aquellos extranjeros que por su carácter técnico especialista no puedan ser

---

[35] Este numeral reproduce, parcialmente, documento titulado "INFORME SOBRE LEGISLACIÓN Y PRONUNCIAMIENTOS JURÍDICOS RELACIONADOS OCN EL TRABAJO DE MIGRANTES", de 12/10/2017, de la Dirección del Trabajo. En http://www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-113671.html.

reemplazados por trabajadores chilenos. También excluye de esta limitación a los extranjeros cuyo cónyuge o hijos sean chilenos, o que sean viudos de chilenos y, finalmente, a aquellos extranjeros residentes en Chile por más de cinco años.

3.2.3.- Principales aspectos migratorios relativos a las visas y permisos de trabajo en Chile para extranjeros.

A.- Aspectos generales

Conforme a las exigencias contempladas tanto en la Ley de Extranjería Chilena, como en el respectivo Reglamento de Extranjería, todo ciudadano extranjero que tenga intenciones de residir en Chile y/o de obtener una autorización de trabajo que le permita efectuar actividades remuneradas en el país, debe solicitar ante las autoridades permitentes la correspondiente Visa de Residencia, así como permiso de trabajo, según corresponda.

Los procesos migratorios establecidos en la regulación chilena pueden ser un tanto lentos, pero no implican grandes dificultades para la obtención de visas de residencia y autorizaciones de trabajo. Con todo, se debe tener presente que el otorgamiento de visas de residencia en Chile, aún cuando se encuentra regulada procedimentalmente en leyes y reglamentos, constituye una facultad discrecional de las autoridades migratorias chilenas. En tal sentido, y sin perjuicio que las referidas leyes y reglamentos establecen las características, alcances y requerimientos generales de los tipos de visas y autorizaciones de trabajo, las autoridades a cargo de su otorgamiento se encuentran plenamente facultadas para solicitar documentación diferente, complementaria, así como para denegar una solicitud de visa o determinar el otorgamiento de una visa diferente a la solicitada por el interesado.

Para efectos de obtener una visa de residencia que habilite a un extranjero a trabajar en Chile, es necesario contar con la debida documentación que respalde sus actividades y acredite la suficiencia de su situación económica en el país.

En el evento que un extranjero desarrolle en Chile actividades para una empresa chilena en calidad de trabajador dependiente, el documento fundamental para respaldar su visa de residencia y autorización de trabajo será el respectivo contrato de trabajo. Para estos efectos, el contrato de

trabajo debe cumplir con las menciones básicas exigidas por la ley laboral como contenido mínimo para su celebración: individualización del trabajador y de la empresa, indicación de las funciones del trabajador y del lugar en que éstas serán ejecutadas, determinación de su jornada de trabajo, detalle de sus remuneraciones, entre otras menciones.

Asimismo, para efectos de la obtención de visa de residencia (sujeta a contrato), la normativa migratoria chilena exige que se incluyan en el referido contrato determinadas cláusulas especiales requeridas para la contratación de trabajadores extranjeros, tales como la indicación de su cobertura de seguridad social, la responsabilidad de la empresa en la declaración y pago de los impuestos que graven sus remuneraciones, el inicio de sus servicios sólo una vez que haya obtenido su visa o permiso de trabajo, y la obligación de la empresa de financiar sus pasajes de regreso al término de la asignación.

En el evento que el extranjero que vaya a desarrollar actividades en Chile no vaya a efectuar dichas actividades en calidad de trabajador dependiente de un empleador chileno en particular, éste no contaría, en principio, con un contrato de trabajo que sirva de fundamento a su solicitud de visa. Con todo, el referido extranjero podrá de todos modos solicitar una visa de residencia que le habilite a trabajar en Chile, para lo que deberá contar con otra clase de documentos que justifiquen sus actividades: contratos civiles de prestación de servicios, documentos relativos a la creación de una empresa en Chile en la cual éste vaya a desarrollar sus actividades, entre otros.

Tal como indicamos en párrafos anteriores, las autoridades chilenas permiten la solicitud de visa tanto para aquel extranjero que vaya a desarrollar actividades remuneradas en Chile (bajo un contrato de trabajo u otra modalidad de servicios), así como para sus dependientes (familia inmediata o directa). Con todo, sólo el titular de la visa contará con autorización de trabajo, mientras que sus dependientes podrán residir en Chile, pero no realizar actividades pagadas.

Con relación al pago de derechos migratorios que deben efectuarse en arcas fiscales chilenas con motivo de la obtención de una visa de residencia o de un permiso provisorio de trabajo, éstos difieren en atención a la autorización solicitada y a la nacionalidad del solicitante.

B.- Tipos de Visa y autorización de trabajo.

Con relación a los tipos de visa o autorizaciones de trabajo que pueden ser solicitadas para extranjeros que le habiliten a residir y efectuar labores en Chile, podemos identificar las siguientes modalidades:

a.- Autorización Especial de Trabajo con Permiso de Turista.

En el evento que un extranjero desee efectuar en nuestro país actividades pagadas durante un período muy breve de tiempo, sean éstas remuneradas en Chile o en su país de origen, es posible solicitar una Autorización Especial de Trabajo con Permiso de Turista. En este caso, el extranjero no solicitaría una visa de residencia, sino sólo un permiso para efectuar actividades en calidad de turista por un período máximo de 30 días, prorrogable hasta completar los 90 días que dura su autorización de turista en Chile. Al respecto, es necesario indicar que cada permiso solicitado requiere del pago del 150% del valor de los derechos migratorios fiscales correspondientes a la aprobación de una visa de residencia conforme a la nacionalidad del solicitante.

b.- Visa de Residencia Sujeta a Contrato.

Este tipo de visa supone el vínculo laboral existente entre un trabajador extranjero y un empleador en Chile, en virtud de la celebración de un contrato de trabajo. Tal como indicamos en párrafos anteriores, para la obtención de una visa basada en un contrato de trabajo se requiere que el referido contrato contenga las cláusulas especiales antes descritas, exigidas por la normativa migratoria. La visa sujeta a contrato se encuentra ligada a la vigencia del respectivo contrato y, aun cuando dicho contrato cuente con duración indefinida, esta visa puede ser otorgada por un periodo máximo de dos años, prorrogable por otros períodos en cuanto el contrato mantenga su vigencia.

Este tipo de visa sólo autoriza a su titular a realizar actividades remuneradas exclusivamente para su empleador en Chile y con arreglo al contrato de trabajo suscrito entre éstos, sin perjuicio que dicho contrato pueda ser modificado por las partes en conformidad con las disposiciones laborales generales aplicables a su respecto.

En caso de que el contrato de trabajo termine por cualquier causa, dicha terminación implicará también el término de la respectiva visa de residencia, existiendo la obligación de la Compañía de comunicar dicha circunstancia a las autoridades migratorias pertinentes.[36] Respecto del extranjero que contó con dicha visa, existirá un plazo de 30 o de 60 días para hacer abandono del país, dependiendo del período por el cual su visa estuvo vigente.

En caso de que el extranjero que cuente con visa sujeta a contrato deje de prestar servicios para su empleador original y suscriba un nuevo contrato de trabajo con otra compañía en Chile, deberá solicitar a las autoridades migratorias el correspondiente cambio en su visa a fin de dar cuenta del nuevo empleador para el cual podrá prestar sus servicios. Lo anterior puede resultar relevante frente al posible traspaso de un trabajador extranjero entre distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo o holding de compañías.[37]

c.- Visa de Residencia Temporaria.

Este tipo de visa puede ser solicitada por un ciudadano extranjero que acredite tener un interés personal, familiar o económico en Chile, aún cuando no cuente con un contrato de trabajo suscrito con un empleador en el país.

Para efectos de obtener la autorización de trabajo con visa de residencia temporaria, es necesario contar con la documentación que respalde las actividades económicas que el extranjero desarrollará en el país. Dado que estos antecedentes pueden no incluir un contrato de trabajo, es posible que las autoridades migratorias apliquen un mayor rigor en su análisis de la factibilidad económica de las actividades propuestas, y exijan la presentación reiterada de documentación complementaria que acredite la suficiencia de éstas para el sustento económico del solicitante en el país.

Este tipo de visa puede ser solicitado por extranjeros que pretendan realizar labores en Chile en calidad de independientes, o bien, por aquellos que sean asignados por sus casas matrices en el extranjero para prestar servicios en el

[36] 15 días para dar aviso.

[37] El problema de este proceso, al igual como ocurre cuando se pone término de contrato, existe una solución de continuidad entre los periodos que puede trabajar el trabajador, esto es, hasta que haya obtenido el permiso provisorio de trabajo con visa en trámite.

país manteniendo su calidad de dependientes de dichas empresas y no de una entidad en Chile. Asimismo, esta visa resulta aplicable para aquellos extranjeros que, eventualmente, puedan celebrar contratos de trabajo con más de un empleador en Chile.

La visa temporaria habilita a su titular para efectuar toda clase de actividades remuneradas en el país (a diferencia de la visa sujeta a contrato de trabajo que, como se indicó precedentemente, sólo permite prestar servicios para el empleador específico con quien se haya suscrito el respectivo contrato). Sin perjuicio de la amplitud de dicha habilitación, la exigencia de acreditación de las actividades desarrolladas puede ser más rigurosa, y sólo puede ser otorgada por un plazo máximo de 1 año, renovable sólo por otro año más. Al cabo de dicho período, el extranjero sólo contará con dos alternativas: solicitar su permiso de permanencia definitiva, o abandonar el país.

d.- Acuerdo sobre residencia de los estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile.

Este permiso de residencia estipula que se otorgará visa de residente temporario por un año, prorrogable por igual período a los ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileros, paraguayos y uruguayos, que se encuentren en Chile, independiente de la actividad que vengan a realizar, siempre y cuando no posean antecedentes penales y/o delictivos.

e.- Permiso de Permanencia Definitiva.

Una vez que un extranjero haya cumplido más de dos años en Chile prestando servicios para un mismo empleador en conformidad a una visa sujeta a contrato de trabajo, éste podrá solicitar a las autoridades migratorias el otorgamiento de su Permiso de Permanencia Definitiva. Este permiso habilita para residir indefinidamente en Chile, así como para realizar toda clase de actividades remuneradas tanto para el titular de la visa anterior como para sus dependientes. En caso de que el extranjero haya contado con visa de residencia temporaria, el permiso de permanencia definitiva puede ser opcionalmente solicitado al cabo de un año de residencia con dicha visa, pero debe ser solicitado al cabo de dos años con visa temporaria.

Una vez obtenido este permiso, éste mantendrá su vigencia indefinidamente salvo que su titular permanezca más de un año continuo fuera del país.

4. La capacidad para trabajar.

El trabajador puede tener capacidad suficiente para celebrar contratos de trabajo, sin embargo, puede estar impedido legalmente de realizar determinados trabajos por diversas causas. La "capacidad para trabajar", está sujeta a las siguientes limitaciones, todas las cuales atienden básicamente a la protección de la indemnidad física y moral del trabajador:

i) Por razón de la edad, en los términos ya estudiados en 3.1.2.

ii) Para la protección de la maternidad. Según lo prescribe el art. 202 CT *"durante el período de embarazo, la trabajadora que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.*

"Para estos efectos se entenderá, especialmente, como perjudicial para la salud todo trabajo que:

a) obligue a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos;

b) exija un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo;

c) se ejecute en horario nocturno;

d) se realice en horas extraordinarias de trabajo; y

e) la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez."

iii) Por razón de titulación académica, en aquellas profesiones que legalmente la exigen.

iv) Por razón de salud. Según lo prescribe el art. 187 CT, "*no podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud o seguridad.*

La calificación de este tipo de faenas *"será realizada por los organismos competentes de conformidad a la ley, teniendo en vista la opinión de entidades de reconocida especialización en la materia de que se trate, sean públicas o privadas."*

5. La libertad de contratación laboral.

El art. 19 N°16º CPR asegura a todas las personas *"la libertad de trabajo".* Se trata de una libertad bifronte, vale decir, que ampara tanto al trabajador como al empleador.

Respecto del empleador, la libertad de trabajo se concretiza en la garantía de la libre contratación del trabajo, la cual Implica que nadie le puede imponer un trabajador.

Respecto del trabajador, la libertad de trabajo se concretiza en la garantía de la libre elección del trabajo, la cual Implica varias cosas:

a) Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida

b) Se proscribe el trabajo forzoso

c) Se proscribe la discriminación como método de selección de trabajadores.

d) Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación o desafiliación a organización o entidad alguna para trabajar.

5.1. La libertad para contratar y sus limitaciones.

La libre contratación del trabajo reconoce como límites la prohibición de discriminación y la protección legal del trabajo dependiente.

5.1.1. Igualdad y prohibición de discriminación

El artículo 19 Nº 2 CPR enuncia en su primer inciso la igualdad ante la ley y, en el inciso siguiente, prohíbe efectuar *"diferencias arbitrarias".* En este artículo no se habla propiamente de "discriminación", sin embargo, nadie discute que la expresión empleada en su lugar, *"diferencias arbitrarias"*, comprende aquella noción.

Ahora bien, la prohibición de discriminación fue concebida por el Constituyente como una manifestación o, todavía mejor, como una *especificación* de la igualdad ante la ley, sin que, por tanto, venga dotada *ex origine* de un contenido propio como disposición diferenciada y autónoma. Por su parte, y determinadas por este dato histórico, tanto la jurisprudencia de los tribunales, como la doctrina científica chilenas, vienen considerando el art. 19 Nº 2 CPR como un bloque unitario, entendiendo que el precepto

contenido en el inciso segundo prohíbe la discriminación en un sentido muy amplio, el cual incluye cualquier desigualdad no razonable.

Lo anterior pone en evidencia un atraso en relación con la evolución de la doctrina y del derecho comparados y, sobre todo, con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, donde el concepto de discriminación no alude a cualquier diferenciación, sino a aquella que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes, sino inferiores. El motivo de la distinción es, por tanto, harto más que irrazonable: es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación. El término "discriminación" alude, pues, en las fuentes mencionadas, a una diferencia injusta de trato contra determinados grupos que se encuentran de hecho en una posición desventajosa. La fórmula amplia utilizada por el Constituyente, en la medida que extiende el ámbito de acción de la prohibición de discriminación a cualquier supuesto de injustificada desigualdad, banaliza el concepto al equipar la diferenciación odiosa con la simplemente irrazonable, sin considerar el mayor desvalor de aquélla.

Además, la prohibición de discriminación concebida como mera concreción de la igualdad perjudica el sentido "promocional" que esta cláusula tiene en el derecho internacional y comparado, pues mientras el principio de igualdad fija sólo un límite de acción al legislador, la interdicción de la discriminación concebida como un trato desfavorable contra una categoría o grupo determinado de personas, justifica la adopción de medidas positivas a favor de los colectivos socialmente discriminados.

Pero acaso la consecuencia más indeseable de la confusión entre el principio de igualdad y la interdicción de la discriminación se produzca con ocasión de su extensión al ámbito de actuación de los particulares. En efecto, mientras la prohibición de efectuar *"diferencias arbitrarias"* dirigida a los poderes públicos aparece como una exigencia funcional a la actuación racional y limitada de esos poderes, que se traduce en la práctica en una garantía para los particulares frente a Leviatán, pretender imponer el mismo estándar de justificación a las relaciones *inter privatos* tendría como consecuencia abolir buena parte de la libertad individual. El principio de igualdad no puede

erigirse como límite razonable a la actuación de los particulares puesto que implicaría la necesidad de justificar racionalmente toda diferencia de trato respecto del prójimo bajo amenaza de ilicitud y de revisión por los órganos de control constitucional. Un estado democrático y libertario no puede imponer a sus ciudadanos semejante estándar, pero sí, en cambio limitar su actuación mediante la proscripción *legal* de determinados motivos considerados especialmente odiosos y socialmente intolerables. Tal es el papel que cumple la proscripción de la discriminación, cuando se la concibe autónomamente del principio de igualdad.

La confusión se reitera con ocasión de las garantías laborales, donde la Constitución establece una garantía laboral específica, en virtud de la cual *"se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal"* (art. 19 Nº 16 inc. 3º CPR). Concebida en los mismos términos amplios que la prohibición de establecer diferencias arbitrarias del art. 19 Nº 2 CPR, y por tanto, como mera concreción del principio de igualdad, la prohibición de discriminación laboral impone a los empleadores particulares un estándar de justificación de sus decisiones completamente irreal y exorbitado. Afortunadamente, la legislación ha venido a poner las cosas en su justa medida.

Finalmente, las fórmulas de la Constitución que reconocen el principio de no discriminación –impidiendo a los poderes públicos *"establecer diferencias arbitrarias"* (19 Nº2 inc. 2º CPR) y, en el ámbito laboral, prohibiendo tanto a los poderes públicos como a los individuos y entes privados, *"cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal"* (19 Nº 16 inc.3º CPR)– resultan poco receptivas del concepto de "discriminación indirecta". La noción de discriminación contenida en la Constitución alude, como vimos, a toda diferenciación "irrazonable". Por tanto, a la hora de calificar como discriminatoria una norma, una decisión de autoridad o, en su caso, una conducta privada, lo determinante será que ésta no supere la prueba de razonabilidad. Puede incluso faltar la intención discriminatoria, pero aún así esta noción no es comprensiva de la discriminación indirecta, porque el eje de la calificación no está puesto en el resultado discriminatorio sino en el fundamento de la norma o del acto cuestionado. La discriminación indirecta se califica por su resultado, pues se parte de la constatación de que

la utilización de criterios aparentemente neutros y razonables puede perjudicar de modo desproporcionado a determinados colectivos[38].

5.1.2. La prohibición de discriminación en la ley.

En estos últimos años se ha dictado en Chile algunas leyes cuyo contenido es tributario de la evolución que el concepto de discriminación ha experimentado en las fuentes internacionales y comparadas. Estas leyes parten del concepto moderno de discriminación, se refieren a colectivos víctimas de algún tipo de marginación social y sancionan los actos de discriminación, aunque su finalidad no es punitiva sino eminentemente promocional[39].

Además, en materia laboral, es preciso mencionar la Ley 19.759, de 5 de octubre de 2001 que modificó el art. 2º del Código del Trabajo, perfeccionando la norma legal precedente sobre discriminación, que sólo parecía prohibir la consideración de motivos discriminatorios al momento de la contratación. El precepto actual señala que *"son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación",* define los actos de discriminación siguiendo de cerca el art.1º del Convenio 111 de la OIT, autoriza las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, tipifica como acto de discriminación las ofertas de empleo que señalen como requisito para

---

[38] Paradigmático es el caso *"Griggs versus Duke Power Company"* del derecho estadounidense "donde se discutió si la exigencia de la enseñanza media para acceder a un empleo que no necesitaba esa preparación era o no discriminatoria respecto a la población de raza negra, habiéndose resuelto la existencia de discriminación, porque el acceso de las personas de raza negra era más difícil que los de la blanca a la enseñanza media" (citado por Lousada Arachena, J.: "El derecho de los trabajadores frente al acoso sexual laboral", editorial Comares, Granada, 1996, págs.136 y 137).

[39] Puede citarse como ejemplos Ley 19.253 "sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas" (publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1993); la Ley 19.284 que "Establece normas para la plena integración de personas con discapacidad" (publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1994), obliga, entre otros, a los empleadores que ofrezcan empleos, exigiendo la rendición de exámenes u otros requisitos análogos, a "adecuar los mecanismos de selección en todo cuanto sea necesario para permitir la participación de las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades"(art. 18); la Ley Nº 19.688 (Diario Oficial del 5 de agosto de 2000) que intercaló un nuevo inciso 3º al art. 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, el cual prescribe: "El embarazo y la maternidad no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Estos últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso".

postular a ellas cualquiera de los motivos prohibidos e incorpora la obligación de no discriminar del empleador al contrato de trabajo.

El Código del Trabajo (art. 2º, inciso 3º) define discriminación enunciando explícitamente las categorías de diferenciación ilegítimas: *"Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión,opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, articipación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"*. Este precepto es tributario del art.1º. del Convenio 111 de la OIT y amplía el catálogo de motivos allí contenidos a la edad, estado civil y sindicación, pero deja fuera ciertos tipos de discriminación socialmente relevantes en nuestro país: La que sufren las personas que viven con el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) o que han enfermado de SIDA; la que sufren las personas homosexuales o pertenecientes a minorías sexuales; y la discriminación por apariencia física. Aunque los dos últimos motivos de discriminación son reconducibles a las causales legalmente tipificadas.

Cabe señalar, finalmente, que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos integrados a nuestro ordenamiento jurídico enumeran las diversas causas de discriminación. Forman también parte de nuestro sistema jurídico instrumentos que se refieren particularmente a alguna de las categorías prohibidas, por ejemplo, el citado Convenio Nº 111 de la OIT sobre Discriminación en el Empleo, la Convención Internacional sobre Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por mencionar algunos de los más importantes, aprobados por Chile[40].

La prohibición de los actos de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, contenida en el art. 2º del Código del Trabajo, difícilmente alcanza a los actos de discriminación indirecta. Como observamos, dicha formulación reproduce la establecida en el art. 1º del Convenio 111 de la OIT, ampliando los motivos prohibidos. Pero, además, nuestro legislador reemplazó el

[40] *Vid. supra* nota 12.

término "efecto" que utiliza la definición del Convenio, por "objeto", de modo que en nuestro ordenamiento son discriminaciones laborales, las que se basan en cualquiera de los motivos prohibidos y "*que tengan por objeto* anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". La definición del Código del Trabajo exige, pues, una finalidad o propósito discriminatorio que excluye, de modo todavía más intenso que la fórmula constitucional, la discriminación indirecta.

5.2. La libertad de elección y sus limitaciones.

Se puede prohibir trabajos que se opongan a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Particulares pueden discriminar por "capacidad" o "idoneidad personal"

La ley puede exigir la nacionalidad chilena o límites de edad.

La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

6. La forma del contrato.

6.1. Necesidad de escrituración.

De acuerdo al art. 9° CT, *"El contrato de trabajo es consensual"*, vale decir, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. No obstante, la ley exige su formalización por escrito, básicamente para la publicidad y certeza en relación con los términos y condiciones del acuerdo, situación compartida por el derecho comparado, en tanto "no hay en el ordenamiento laboral ninguna exigencia de forma como elemento necesario para el reconocimiento objetivo del contrato de trabajo, ni siquiera la solemnidad de la forma escrita que requiere el artículo 8.2 y 3 LET, es constitutiva, sino declarativa o como medio de prueba"[41]

Así las cosas *"deberá constar por escrito* [...] *y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante.*

6.2. Plazo para la escrituración.

a) Regla general: 15 días desde la incorporación del trabajador.

[41] Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op Cit. p 554.

b) Excepción: 5 días desde la incorporación, "*si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días.*"

6.3. Procedimiento para la obtención compulsiva de la firma del trabajador.

Según lo ordena el inc. 3° del art. 9° CT, *"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."* Este derecho debe ser ejercido por el empleador dentro de los plazos establecidos para la escrituración del contrato.

6.4. Sanciones a la no escrituración.

El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro de los plazos establecidos *"será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales"* (inc. 2°, art. 9° CT).

Por otra parte, si, frente a la negativa del trabajador a firmar, el empleador no hiciere uso del procedimiento para la obtención compulsiva de la firma, dentro de los plazos legales, *"la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador."* (inc. 4°, art. 9° CT).

6.5. Cláusulas mínimas del contrato de trabajo.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 10 CT, *"el contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:*

1.- lugar y fecha del contrato;

2.- individualización 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 en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias;

4.- el 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."

7. La duración del contrato.

Atendiendo a su duración, existen dos tipos básicos de contratos de trabajo, el contrato por tiempo indefinido y el de duración determinada. Contrato de trabajo por tiempo indefinido o de duración permanente es el que las partes pactan para que sus prestaciones se prolonguen indefinidamente en el tiempo (en tanto una circunstancia obstativa no se oponga a la ejecución), sin límite en su duración (ALONSO/CASAS). En cambio, en el contrato de trabajo de duración determinada las partes niegan *ab initio* la permanencia indefinida de su relación y prevén al tiempo de contratar la ocurrencia de un hecho que pondrá fin a aquélla (ALONSO/CASAS).

7.1. Contrato de trabajo a plazo fijo.

El CT es parco al respecto, limitándose en lo sustancial a reconocer la expiración del plazo como causal legítima de terminación del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización, y estableciendo, además, algunas normas relativas a su duración máxima y otras que tienen el propósito de evitar contrataciones sucesivas de esta naturaleza.

El art. 10 N° 6 CT establece, como vimos, que el plazo es una de las menciones que debe contener el contrato de trabajo. El art. 159 N° 4 CT señala que el contrato de trabajo terminará, entre otros casos, por el vencimiento del plazo convenido. Y agrega que *"la duración del contrato a plazo fijo no podrá exceder de un año"*. Tal es la regla general, sin embargo, *"tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años"*.

Encontrándose preestablecida la fecha de término del contrato de trabajo, el empleador queda eximido de la obligación de aviso previo o de la

indemnización sustitutiva del mismo y sin perjuicio de su obligación de comunicarlo por escrito al trabajador dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación (art. 162 inc. 1° CT). "La forma regular de término de los contratos a plazo consiste en trabajar hasta el cumplimiento del plazo estipulado, con lo que, obviamente, no hay despido ni derecho a indemnización alguna por el tiempo servido" (VIVANCO).

Ahora bien, "la característica esencial de esta clase de contratos es que se fija de antemano su duración, cláusula que impone a la partes la obligación por él contraída por todo el tiempo que se haya pactado, y si alguna de las partes contratantes quisiere darlo por terminado antes de su vencimiento, deberá indemnizar a la otra los perjuicios que tal determinación le cause, que en la práctica se traduce en los salarios que habría percibido hasta la terminación normal del contrato" (HUMERES).

El art. 159 N°4 CT, contempla tres circunstancias en virtud de las cuales un contrato a plazo fijo puede devenir en un contrato de término indefinido. La primera configura sólo una presunción legal en tal sentido, que, como tal, puede eventualmente desvirtuarse. Las dos restantes conllevan, en cambio, una transformación automática, *ipso iure,* sobre la duración del contrato.

Así, *"el trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un periodo de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida."*

Y, *"el hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida. Igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato a plazo fijo."*

7.2. Contrato para obra o servicio determinados.

El CT señala en el art. 159 N° 5 CT que el contrato de trabajo terminará por la conclusión del trabajo o servicio que le dio origen. Sobre la base de este precepto –que es de antigua data– la jurisprudencia y la doctrina han admitido en Chile la existencia de un contrato de trabajo limitado en su duración hasta la conclusión de una obra o servicio determinados. En el mismo sentido, es un contrato cuya ejecución (de obra o servicio

determinado) "aunque limitado en el tiempo, sea en principio de duración incierta" 15.1 LET (ley del estatuto de los trabajadores) Español. Es importante destacar que con la dictación de la ley 21.122, se incluyó un nuevo art. 10 bis al CT, donde se definió al contrato por obra o faena como "aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada".[42]

8.- La modificación del contrato de trabajo.

Conforme al inc. final del art. 5° CT *"los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente."*[43]

---

[42] De acuerdo con dicha ley, se estableció expresamente que revestirían "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."
Por otra parte, se introdujo un nuevo inciso segundo en el artículo 67 del CT, respecto del feriado, señalando que "*Igual derecho asistirá al trabajador que preste servicios continuos al mismo empleador en virtud de dos o más contratos celebrados por obra o faena determinada y que sobrepasen el año.*
Con todo, y sólo para estos efectos, el trabajador podrá optar por que el pago de su feriado proporcional se difiera al momento de hacerlo efectivo en las condiciones señaladas en este inciso, debiendo dejar constancia expresa de ello en el respectivo finiquito.
En caso de que los contratos no sobrepasen el año y el trabajador hubiere diferido el pago de los feriados conforme lo señala este inciso, el empleador deberá pagar en el último finiquito la totalidad de los feriados adeudados. "
Por otra parte, la ley reguló una indemnización por tiempo servido en el inciso tercero del artículo 163 del CT en los siguientes términos:
"*Si el contrato celebrado para una obra o faena determinada hubiere estado vigente por un mes o más, el empleador podrá ponerle término en forma justificada en tanto pague al trabajador, en el momento de su terminación, una indemnización equivalente a dos y medio días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días, en la forma y modalidad señalada en el artículo 23 transitorio de este Código.*
Esta indemnización será calculada en conformidad a lo establecido en el artículo 172, y le será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N°19.728.
Sólo corresponderá el pago de la prestación antes señalada, si se pusiere término al contrato por la causal contemplada en el número 5 del artículo 159.
El ejercicio del derecho establecido en este inciso por parte del trabajador es incompatible con las acciones derivadas de la aplicación del inciso primero del artículo 168, sin perjuicio de las acciones señaladas en el artículo 485 de este Código."
Por último, se estableció la obligación de informar en la comunicación de terminación del contrato de trabajo el monto que corresponda pagar por concepto de tiempo servido (inciso final del art. 162 del CT).

[43] "El empleador no esta facultado para modificar unilateralmente un contrato, y la negativa del empleador para modifica no es causal de terminación del mismo" D. del T. Dict 2641/70, de 13 de abril 1988.

En los limites observables a la modificación del contrato de trabajo en el derecho comparado, existe un límite subjetivo, es decir, no se encuentra permitido modificar al trabajador que presta los servicios, mas no así el empleador, quien si puede ser modificado, en donde puede un tercero "adoptar la posición del empresario con un efecto subrogatorio en virtud del cual el nuevo (empleador) se coloca con en el lugar del viejo empresario."[44]

8.1. Formalización de las modificaciones al contrato individual de trabajo.

El art. 11 CT dispone que *"las modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo. No será necesario 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 del trabajo o en fallos arbitrales. Sin embargo, aún en este caso, la remuneración del trabajador deberá aparecer actualizada en los contratos por lo menos una vez al año, incluyendo los referidos reajustes."*

8.2. Ius variandi del empleador.

Conforme al art. 12. CT, *"el empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad,*[45] *sin que ello importe menoscabo para el trabajador*[46] Vemos que existe en este caso una vulneración al carácter de bilateralidad del contrato de trabajo, en tanto el empleador puede, de manera unilateral, modificar parte de su contenido[47]. Esta excepcionalidad al régimen general, este *Ius variandi*, responde a determinadas exigencias:

---

[44] Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op cit. p. 696.

[45] La jurisprudencia, confirmando lo dicho anteriormente, ha señalado: con respecto a la alteración del sitio o recinto en que se deben prestar los servicios, "estos deben contar con las mismas acomodaciones y servicios que el antiguo" CS 22 Octubre de 1992 R.D.J t III p 186. y con respecto al cambio de lugar "el empleador no puede modificar unilateralmente el lugar de prestación de servicio cuando ello importa a la vez cambio de ciudad o lugar, salvo convenio expreso entre las partes" Sentencia de la corte suprema en recurso de queja N 4205. 20 de enero 1987.

[46] "no esta solo referido sólo a la persona del trabajador, sino también desde una perspectiva integral, a su alcance moral y social" C Suprema, 23 de abril 1996 R.D.J ,t. I vol., XCIII. P 45.

[47] THAYER, William y NOVOA, Patricio; Op.cit. p.211.

"Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.

En derecho comparado vemos una visión más detallada y comprensiva de las circunstancias que justifican el uso del *"ius variandi",* en tanto las causales que justifican la modificación de las condiciones de trabajo, dicen razón, incluso, con "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción".[48] Esto es, buscar una mejor situación de la empresa en la utilización de los recursos, o bien, que tal modificación favorezca a una posición competitiva o una mejor respuesta a la demanda.[49]

"El trabajador afectado podrá reclamar en el plazo de treinta días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho a que se refiere el inciso primero o de la notificación del aviso a que alude el inciso segundo, ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes."

Debe tenerse presente que este procedimiento sumarísimo ha sido tácitamente derogado por la Ley 20.087 y, en su lugar, la resolución deberá ser impugnada a través del procedimiento monitorio.

9.- La suspensión del contrato de trabajo.

La suspensión responde a una tendencia protectora de la vida del contrato, es una manifestación del principio de continuidad o estabilidad en el empleo. Aparece, en efecto, como un método ideado por el legislador, para prolongar la vida del contrato, para lograr su supervivencia, cuando la interrupción de las prestaciones objeto del mismo haría presumir un definitivo desenlace, una extinción del vínculo.

La suspensión tiene como *presupuesto* la interrupción, por una causa temporal y no imputable, de la ejecución de la prestación de servicios del trabajador. En principio, de acuerdo con las reglas del Derecho Común, esta interrupción, aunque no culpable, configuraría un incumplimiento contractual,

[48] España. 41.1 LET. en Palomeque y Álvarez. Op cit. p 702.
[49] Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op cit. P. 703.

el cual generaría dos derechos para el acreedor insatisfecho: la acción resolutoria del contrato y la *exceptio non adimpleti contractus* (la excepción de contrato no cumplido). Sin embargo, cuando la vicisitud o contingencia que impide al trabajador ejecutar su prestación está tipificada legal o contractualmente como causal de suspensión, el empleador–acreedor queda privado de la acción resolutoria, a cambio de lo cual se le libera de su prestación recíproca, esto es, de la obligación de remunerar; y, casos hay en que pierde inclusive esta excepción (ello da lugar a la distinción entre suspensión absoluta o relativa del contrato de trabajo). De esta manera se preserva la vida del contrato, el cual permanece durante cierto lapso en un estado vegetativo o de latencia, vale decir, vigente, pero inejecutado, para recuperar su plena eficacia una vez superada la causa obstativa de su ejecución –que por tanto ha de ser siempre temporal.

En doctrina comparada, encontramos que existe suspensión que trasciende la mera imposibilidad del trabajador de prestar servicios. Así es como, en España, existe suspensión del contrato de trabajo a) "por mutuo acuerdo o por causas consignadas en el contrato"[50] , b) suspensión por supuesto de riesgo durante el embarazo, c) suspensión por servicio militar o social sustitutivo[51], d) suspensión por privación de libertad (mientras no exista sentencia condenatoria)[52], e) suspensión por razones disciplinarias[53], suspensión por fuerza mayor y causas económicas o tecnológicas (fuerza mayor o excesiva onerosidad que nace de motivos técnicos , económicos, de organización y de producción)[54], entre otras.

En el derecho laboral chileno no existe una suspensión por fuerza mayor o caso fortuito. No obstante lo anterior, producto de la reciente crisis sanitaria, y con mayor fuerza desde la dictación del Dictamen N° 1283/006 de 26 de marzo de 2020, en concordancia con los Dictámenes n° 1116/004, de 06 de marzo de 2020 y 1239/005 de 19 de marzo de 2020, que fijan criterios y orientaciones sobre el impacto, en materia laboral, de la emergencia sanitaria provocada por el Virus Covid-19, se abogó por la suspensión de la

[50]Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op cit. p. 715
[51] Art 45.1, e y 48.3 LET (Ley del estatuto de los trabajadores) en Palomeque y Álvarez. Op cit. p 715 y ss.
[52] Art 45.1, g LET. en Palomeque y Álvarez. Op cit. p.715 y ss.
[53] Art 58 LET en Palomeque y Álvarez. Op cit. p. 715 y ss.
[54] Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op cit. p. 720

obligación de remunerar y de trabajar en caso de existir un acto de autoridad, como cuarentena total, cordón sanitario o toque de queda hagan imposible la prestación de los servicios.