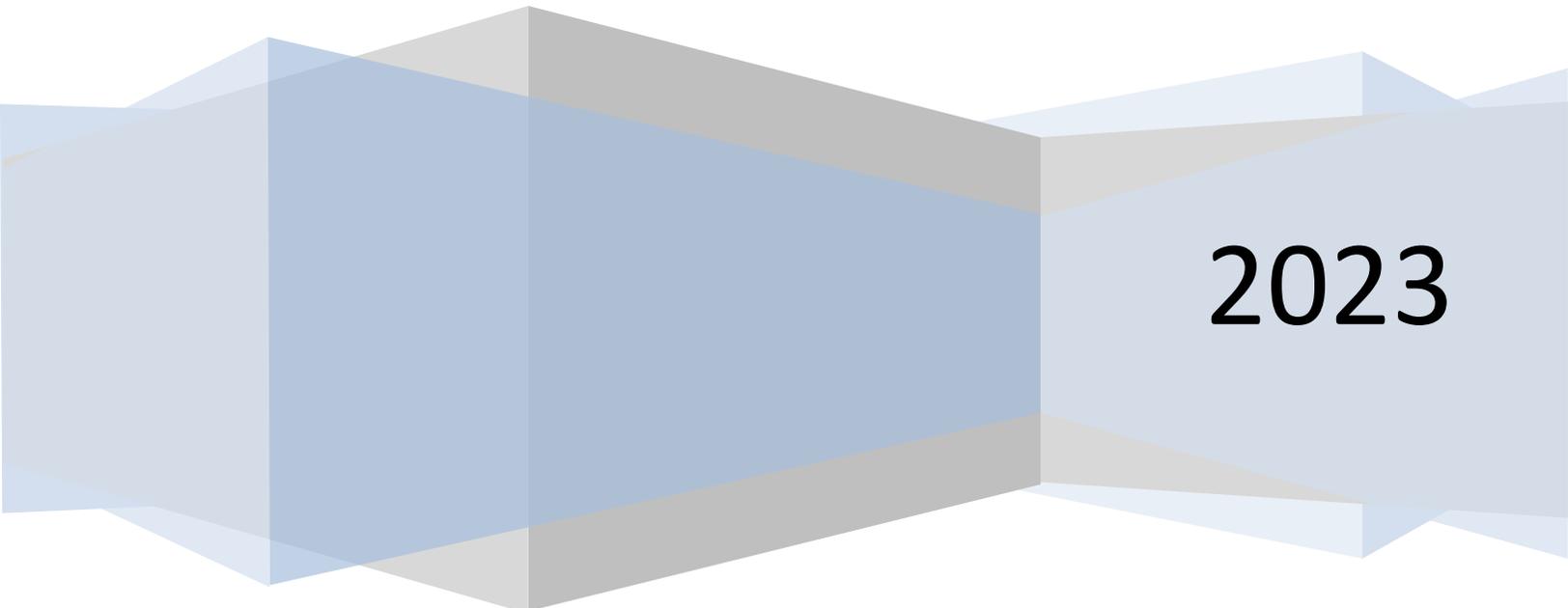


FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE CHILE

CUARTA UNIDAD: EL CONTRATO DE TRABAJO

PROFESOR CLAUDIO PALAVECINO



2023

Contenido

Contenido

CUARTA UNIDAD: EL CONTRATO DE TRABAJO..... 3

1. El contrato de trabajo..... 3

1.1. Concepto..... 3

 1.1.1. Notas sobre la relación de trabajo 5

1.2. Las funciones del contrato de trabajo..... 11

 1.2.1. La función genética o constitutiva 11

 1.2.2. La función reguladora 15

1.3. Elementos del contrato de trabajo..... 15

2. Prestaciones de servicios excluidas del ordenamiento laboral..... 23

2.1. Socio industrial, arrendamiento de obra y de servicios. 23

 a) El socio trabajador. 23

 b) El contrato para la ejecución de una obra material..... 25

 c) El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales..... 27

2.2. Prestaciones expresamente excluidas 27

 a) Funcionarios públicos..... 28

 b) Servicios prestados directamente al público..... 29

 c) Trabajo a domicilio discontinuo o esporádico..... 29

 d) Alumno en práctica..... 30

 e) El trabajador transitorio respecto de la empresa usuaria..... 30

3. La Capacidad para contratar como trabajador..... 32

3.1. La Capacidad para contratar según la edad: Normas relativas al trabajo de los menores 32

 3.1.1. Normas de capacidad..... 32

 3.1.2. Exigencias para la contratación de menores: normas de protección..... 35

 3.1.3. Efectos de la contratación de menores en cumplimiento de los requisitos legales 38

3.2. La capacidad para contratar en función de la nacionalidad.. 40

 3.2.1. Introducción. 40

 Permiso de permanencia transitoria..... 42

 3.2.2.- Exigencias legales en torno al número de trabajadores extranjeros permitidos en una empresa en Chile. 45



4. La capacidad para trabajar.....	47
5. La libertad de contratación laboral.....	49
5.1. La libertad para contratar y sus limitaciones.	49
5.1.1. Igualdad y prohibición de discriminación.....	50
5.1.2. La prohibición de discriminación en la ley.....	53
5.2. La libertad de elección y sus limitaciones.....	56
6. La forma del contrato.....	56
6.1. Necesidad de escrituración.....	56
6.2. Plazo para la escrituración.....	57
6.3. Procedimiento para la obtención compulsiva de la firma del trabajador.	57
6.4. Sanciones por la no escrituración.....	57
6.5. Obligación de registro.....	58
6.6. Cláusulas mínimas del contrato de trabajo.....	58
7. La duración del contrato.....	59
7.1. Contrato de trabajo a plazo fijo.....	60
7.2. Contrato para obra o servicio determinados.....	62
8.- La modificación del contrato de trabajo.	63
8.1. Formalización de las modificaciones al contrato individual de trabajo	63
8.2. Ius variandi del empleador.	64
9.- La suspensión del contrato de trabajo.....	66

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 económica y patrimonial de intercambio de trabajo por salario.

En efecto, el art. 7º 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

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

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 jurídica por la mera incorporación del trabajador a la empresa; y las condiciones bajo las cuales se incorporaba estaban preestablecidas 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.

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

³ Ibid. p. 40

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.

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.

1.1.1. Notas sobre la relación de trabajo

Es bien sabido que los alcances de la libertad de contratación del trabajo sólo amparan el origen de la relación laboral, lo que el profesor CARLOS POBLETE (siguiendo a Fernández Gil) denomina el "rol genético" del

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

contrato de trabajo⁷. El contenido mismo del contrato de trabajo está determinado, en gran parte, de manera heterónoma por normas de origen diverso, principalmente por la ley, que establece obligaciones para el empleador y derechos correlativos para el trabajador, con carácter irrenunciable (art. 5° CT). Por tanto, cada vez que celebra un contrato de trabajo, el empleador va a quedar necesariamente obligado por la legislación laboral. La Constitución le asegura, cuando menos, la posibilidad de decidir si contrata o no contrata⁸.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, incluso esta última hebra de libertad corre serio peligro de ser cortada por el legislador. En efecto, a algunos casos contenidos desde antaño en nuestra legislación laboral, que no pasaban de ser meras rarezas, la ley 20.123 (sobre subcontratación y suministro de trabajadores) añadió una serie de nuevos supuestos en los cuales el contrato de trabajo surge con total prescindencia de la voluntad jurídico-negocial de las partes, por la mera ocurrencia de una situación de hecho predefinida en la ley⁹. Se ha producido de esta manera la

⁷ Poblete, C.: "Los roles genéticos y funcional y la crisis del contrato individual de trabajo", en *Revista Laboral Chilena*, N° 98, julio, 2001, pp. 85-91.

⁸ La libertad de contratación laboral del empleador aparece reconocida explícitamente, en el art. 19 N°16 CPR. El contenido de esta garantía fue definido con sencillez y claridad en el seno de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, donde se dijo que "en su esencia este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador". Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, sesión 199, de 7 de abril de 1976, pp. 13-17, citada en Evans, E.: *Los Derechos Constitucionales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, tomo III, p. 11.

⁹ Así el trabajador transitorio pasará, *ipso iure*, a ser trabajador de la empresa usuaria cuando falte contrato escrito de puesta a disposición entre ésta y la EST; cuando celebre contrato de puesta a disposición por causales prohibidas; cuando el trabajador transitorio continúe prestando servicios para ella expirado el plazo del contrato de puesta a disposición; cuando hubiere contratado al trabajador transitorio en supuestos distintos a los autorizados; cuando se determine que el contrato tenía por objeto encubrir relación laboral permanente o bien cuando contratare trabajador de servicios temporarios por intermedio de empresas no inscritas como EST.

tardíarecepción en el Derecho del trabajo chileno de una categoría jurídica harto inquietante. Me refiero al "contrato fáctico".

Como nos recuerda HATTENAUER¹⁰, la doctrina de la autonomía de la voluntad resultaba sospechosa tanto para los socialistas de Weimar como para los socialistas nacionalistas de la Alemania hitleriana¹¹. Debía, por tanto, quedar constreñida al espacio que le concediera provisoriamente el Estado antes de ser expulsada por completo del tráfico jurídico. En 1935, Karl Larenz definió el contrato como "una relación jurídica integrada en el orden general de la nación, cuya configuración dependía en primer término de dicho orden y, sólo después, de la determinación de las partes interesadas"¹².

Por las mismas fechas y ante el incremento de negocios jurídicos decretados y configurados en su contenido por el Estado, precisamente un laboralista, Nipperdey introdujo la categoría del contrato forzoso¹³. Sin embargo, el paso decisivo lo dio, en 1941, Günter Haupt, con su ensayo *Entorno a las relaciones contractuales fácticas*, observando que "éstas no se basan en la conclusión de un contrato, sino únicamente en precedentes factuales"¹⁴.

¹⁰ Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil. Introducción histórico-dogmática*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 74. Véase también, del mismo autor, su *Los Fundamentos Histórico-Ideológicos del Derecho Alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.

¹¹ Maravall, también ha observado que "el Derecho del trabajo alemán, tanto el que nace con la Constitución de Weimar como el que debió su origen a la Ordenanza del Trabajo nacional, tienen estrechas concomitancias que no se pueden negar, solamente difieren en el principio político inspirador, pero en sus lineamientos técnicos son muy parecidos". Maravall, H.: "Aspectos de la problemática actual del derecho del trabajo en Europa", p. 41(sin fecha). Documento obtenido de: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/10/RPS_012_031.pdf

¹² Citado por Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales...*, p. 74.

¹³ Idem.

¹⁴ Citado por Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales...*, p. 73.

En el ámbito del Derecho del trabajo, se produce una regresión al Derecho germánico, a la *Treudienst verhältnis*, *Treueverhältnis* o relación de servicio fiel existente entre el caudillo y su séquito. Esta relación no surgía de un acuerdo o pacto entre *Führer und Gefolgschaft* (conductor y conducidos) sino de un juramento del germano a los dioses (*Treue*). Como explica Hattenhauer:

El juramento no era un contrato. La estabilidad del orden jurídico no descansaba en las promesas de los usuarios del Derecho, sino en el poder de la divinidad. No importaba cómo ni por qué se había jurado; bastaba la mera ejecución de la fórmula mágica para que resultara una obligación legal. Las fórmulas y lo gestual eran decisivos por sí mismos. [...] Resultaba irrelevante jurar bajo coacción o erróneamente, o que el juramento provocase un resultado inmoral. Lo determinante para que se desencadenara el efecto automático del juramento era pronunciar textualmente la fórmula del juramento con el contenido gestual preestablecido¹⁵.

El Derecho germánico, al dar supremacía a lo externo, a lo fáctico, a "la realidad", ofrecía a los juristas nazis presupuestos teóricos de irreprochable pureza a partir de los cuales desterrar por completo del ámbito laboral la autonomía de la voluntad, noción ésta demasiado meridional, demasiado francesa, demasiado "subjetiva" para el gusto de la época. Wolfgang Siebert elaboró su teoría de la *Arbeitsverhältnis* (relación de trabajo), cuyo nacimiento "se desligaba por completo de la voluntad de las partes, convirtiéndola en una situación fáctica social anterior a la voluntad privada"¹⁶.

¹⁵ Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales... cit.*, p. 64.

¹⁶ Citado por Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales... cit.*, p. 92.

...el pensamiento fundamental de la teoría de Siebert [...] es el de establecer la incorporación a la comunidad de producción -*Eingliederung in die Betriebs gemeinschaft*- como fundamento de la relación de trabajo. Siendo metodológicamente necesario destruir el contrato de trabajo tradicional para llegar a la plena formulación de la doctrina de la relación de trabajo, Siebert considera "que sería puramente formal y sin ningún valor práctico designar la relación de trabajo como un contrato en la acepción o sentido del término en el Derecho civil"¹⁷

Para Siebert, la relación de trabajo no es, pues, una relación obligacional nacida de un acuerdo de voluntades, sino una relación de ocupación o empleo en la que la situación se origina y determina por una situación de hecho, a saber, la incorporación del trabajador a la comunidad de trabajo, independientemente de que exista o no una obligación de prestar trabajo.

La teoría de la *Arbeitsverhältnis* tuvo un ardoroso defensor en el juslaboralista mexicano MARIO DE LA CUEVA (su formación doctoral fue en la Alemania de la época), quien elaboró su particular versión de la misma, el "contrato-realidad" que "existe, no en el acuerdo de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia"¹⁸.

¹⁷ Suárez, F.: "El origen contractual de la relación jurídica de trabajo", p. 74. Documento obtenido desde: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/10/RPS_048_069.pdf

¹⁸ De la Cueva, M.: *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, 11ª edición, 1969, tomo I, p. 459. Es interesante advertir la influencia de la teoría de De la Cueva en la configuración del llamado "principio de primacía de la realidad" por el jurista uruguayo Américo Pla. (véase, Pla, A.: *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313 y ss.).

Pero, salvo esta excepción, tras la caída del nazismo la teoría de la relación de trabajo quedó desacreditada, cuando menos en el ámbito iberoamericano¹⁹. No así el anticontractualismo, ni la mística corporativista de la "comunidad empresarial", que hallaron nuevo cauce, esta vez, en una fórmula ideológica aparentemente más presentable que la de Siebert²⁰ y, para mejor, francesa: la teoría de la institución de Maurice Hauriou.

Fue Paul Durand quien proyectó la teoría institucionalista a la explicación de la naturaleza jurídica de la empresa, concibiendo ésta como una colectividad jerarquizada que conjuga solidariamente los intereses del jefe -empresario- y de los trabajadores. Bajo este enfoque, "los elementos humanos, sumados a los materiales, dan origen a un conjunto orgánico que busca alcanzar una finalidad, consistente en la obtención del provecho mediante el ejercicio de una actividad económica determinada"²¹.

De forma parecida a la teoría alemana, la pertenencia a la institución se produce por la integración real, por la aceptación y ejercicio de los deberes y funciones propios de la colectividad. El propio DURAND observó la congruencia de la concepción de la relación de trabajo con su concepción de

¹⁹ En Alemania estas teorías sobrevivirían todavía 20 años al hundimiento del nacional-socialismo. Véase, Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales...* cit., p. 92.

²⁰ Sólo aparentemente ya que como observa Maravall, por entonces "la ciencia jurídica francesa, en materia laboral, experimenta una recepción de doctrinas alemanas, lo que resulta de fácil observación al utilizar los manuales de Durand, Rouast, Durand-Vitu-Jaussaud, etcétera.; no es tan sólo la preferencia en el manejo de la literatura jurídica alemana, sino la germanización de sus ideas, especialmente las teorías de la empresa laboral, el poder disciplinario del empresario, la intervención estatal, su fundamentación, como una necesidad de la organización política moderna, etc."Maravall, H.: *op. cit.*, p. 36. La misma poderosa influencia de las doctrinas laboristas alemanas observa en Durand, Birk, R.: "Labor law scholarship in France, Germany, and Italy: some remarks on a difficult question", en *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 23, N° 3, 2002, p.685.

²¹ Garmendia, M.: *op. cit.*, p. 43.

la empresa como institución, agregando que "aucun obstacle grave n'empêche la transposition, en droit Française, des principes sur lesquels repose la théorie de la relation de travail"²².

Esta brevíssima incursión por la genealogía del contrato de trabajo fáctico es importante para comprender sobre el contexto en que surge la idea de relación de trabajo sin contrato y la pulsión ideológica, evidentemente totalitaria, a la que obedece y cómo, además, dicha teoría se vincula íntimamente con los conceptos organicistas-institucionalistas de la empresa, todavía defendidos por muchos profesores de Derecho del trabajo sudamericanos.

Por último resulta inquietante advertir la influencia directa de la teoría de De la Cueva (e indirecta de Siebert) en la configuración del llamado "principio de primacía de la realidad" por el jurista uruguayo AMÉRICO PLA, de frecuente invocación doctrinaria y jurisprudencial en nuestro país²³.

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.

²² Citado por Jeammaud, A.: "La centralite retrouvée du contrat de travail en Droit Française.", p. 417, nota 8. Documento obtenido desde: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/24.pdf>

²³ Véase, Pla, A.: *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313 y ss.).

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". Esta 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.²⁴

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"²⁵

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.*"

²⁴ 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.

²⁵ 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).

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..."²⁶

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 concorra este requisito (trabajos forzados). 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

²⁶ BARCIA, R.: *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 33.

personalmente sus servicios, excluye en consecuencia la relación del ámbito laboral.

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.²⁷ 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

²⁷ P. 242.

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 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..."²⁸

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

²⁸ Meda, D.: *El Trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 118-119.

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.²⁹

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 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.³⁰

Debe tenerse presente también que la recepción en nuestra cultura jurídica de la teoría de la eficacia horizontal (o *inter privados*) de los derechos fundamentales ha erigido un

²⁹ SOTO, J.C: Op. cit. P. 10.

³⁰ Ídem.

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 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 jurisprudencia³¹ ha recurrido a una serie de

³¹ 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,

signos externos que manifiestan la subordinación laboral.

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 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 N°8672- 2008, Pronunciada por la décima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

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.³²

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.

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.

³² Rojas, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004, p. 27.

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 pronunciamientos³³ 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.

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,

³³ 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).

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".³⁴

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

³⁴ Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, V. II, p. 135.

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, 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.³⁵ En efecto, existe una postura

³⁵ 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° 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

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 Pública³⁶.

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

como fuente de empleo precario”, en *Revista Laboral Chilena*, N°7, julio 2000, pp. 75-81.

³⁶ 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.

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 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

32

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 quinquies del Código del Trabajo, sin perjuicio de que estas normas se remitan en algunos aspectos al Código Civil.

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. Mayor 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 inc. 1° letra a) CT define como "Mayor de edad" a "toda persona que

ha cumplido dieciocho años. Estas personas podrán contratar libremente la prestación de sus servicios”.

B. Adolescentes con edad para trabajar

El artículo 13 inc. 1° letra b) CT define como “*adolescentes con edad para trabajar*” a “*toda persona que ha cumplido quince años y que sea menor de dieciocho años*”.

Pueden ser contratados para la prestación de sus servicios, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que establece el Código del Trabajo.

Conforme al art. 14 CT la contratación de un adolescente con edad para trabajar se deberá sujetar a las siguientes reglas especiales:

a) Que los servicios que sean prestados por el adolescente con edad para trabajar sean de aquellos que puedan ser calificados como trabajo adolescente protegido (es trabajo adolescente protegido aquel realizado por adolescentes con edad para trabajar, que no sea considerado peligroso y que, por su naturaleza, no perjudique su asistencia regular a clases y/o su participación en programas de orientación o formación profesional, según corresponda).

b) Contar con autorización escrita de:

- i) Padre, madre o ambos que tengan el cuidado personal;
- ii) A falta de ellos, de quien tenga el cuidado personal;
- iii) A falta de éstos, de quien tenga la representación legal del adolescente con edad para trabajar; y
- iv) A falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo. Esta autorización exige dos trámites ex ante y ex post:

-Previo a otorgar la autorización, el inspector del trabajo requerirá informe sobre la conveniencia de la misma a la Oficina Local de la Niñez o al órgano de protección administrativa de la niñez que corresponda.

-Una vez otorgada la autorización, el Inspector del trabajo deberá poner los antecedentes en conocimiento del Tribunal de Familia competente, el que podrá dejar sin efecto la autorización si la estimare inconveniente para el adolescente en edad para trabajar.

C. Niño o niña y adolescente sin edad para trabajar

El art. 13 letra c) CT define como *"adolescente sin edad para trabajar"* a *"toda persona que ha cumplido catorce años y que sea menor de quince años"*.

La letra d) define como *"Niño o niña"* a *"toda persona que no ha cumplido catorce años"*.

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

- a) Autorización del art. 14 (*vid. supra*)
- b) Autorización del Tribunal de Familia competente;
- c) Que se trate de contratos para participar en espectáculos de teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares.
- d) Cumplimiento de las normas de protección que estudiaremos enseguida

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.

3.1.2.1. Tipo de trabajo

1. En caso que los servicios que sean prestados por el adolescente con edad para trabajar deben ser de aquellos que puedan ser calificados como "trabajo adolescente protegido" (vid. supra).
2. No podrá trabajar en faenas que requieran fuerzas excesivas, ni en actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad (Art. 15 inc. 1° CT).
3. Los adolescentes con edad para trabajar podrán actuar en espectáculos vivos que no se desarrollen en lugares prohibidos, siempre que cuenten con autorización de su representante legal y del respectivo Tribunal de Familia. Esta última autorización se otorgará previa verificación del cumplimiento de los requisitos del art. 14 y cuando dicha autorización no sea peligrosa para la salud, seguridad o moralidad del adolescente con edad para trabajar (art. 15 bis 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 trabajos peligrosos. Conforme al art. 15 inc. 2° *"...se entiende también como trabajo peligroso aquel trabajo realizado por niños, niñas y adolescentes que participan en cualquier actividad u ocupación que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe o afecte su salud, seguridad o desarrollo físico y psicológico."*

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. 3° CT).
2. En lugares en que se expendan bebidas alcohólicas y que deban consumirse en el mismo establecimiento (Art. 15 inc. 3° 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. El adolescente con edad para trabajar deberá acreditar haber concluido su Educación Media o, según sea el caso, encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica. En el primer caso, el adolescente con edad para trabajar deberá acompañar el Certificado de Licencia de Enseñanza Media. En caso de estar cursando la Educación Básica o Media, el adolescente con edad para trabajar deberá acreditar al empleador su calidad de alumno regular, mediante certificado vigente para el respectivo año académico emitido por la respectiva institución

educacional. El referido certificado deberá actualizarse cada seis meses, debiendo anexarse al contrato de trabajo, el cual deberá ser registrado por el empleador a través del sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes a su suscripción o a la recepción de la actualización del certificado según corresponda (Art. 14 letra c CT).

2. La jornada laboral del adolescente con edad para trabajar no podrá ser superior a 30 horas semanales, distribuidas en un máximo de 6 horas diarias en el año escolar y hasta 8 horas diarias durante la interrupción del año escolar y en el periodo de vacaciones, de conformidad con lo dispuesto en la normativa del Ministerio de Educación que fije normas generales sobre calendario escolar. En todo caso, durante el año escolar, la suma total del tiempo diario destinado a actividades educativas y jornada de trabajo no podrá ser superior a 12 horas. En ningún caso será procedente el trabajo en jornada extraordinaria.

Pera efectos de determinar las épocas en que podrá aplicarse una u otra jornada máxima diaria, se deberá adjuntar al contrato de trabajo el calendario regional aprobado por la Secretaría Regional Ministerial o, en su caso, las modificaciones a dicho calendario solicitadas por los sostenedores y autorizadas por la autoridad competente, de conformidad con lo dispuesto en la normativa antes mencionada (Art. 14 letra c CT).

3. El empleador deberá garantizar siempre y en todo caso condiciones de seguridad y salud en el trabajo para los adolescentes con edad para trabajar, así como los mismos derechos de alimentación y transporte a que accedan los demás trabajadores, según corresponda.

4. Queda prohibido a los adolescentes con edad para trabajar realizar labores en horario nocturno en establecimientos industriales y comerciales. El durante el cual el adolescente con edad para trabajar no puede trabajar de noche será de 13 horas consecutivas, que comprenderá al menos, el intervalo que media entre las 21:00 y las 08:00 horas (Art. 18 CT).
5. Respecto de los **niños y niñas y los adolescentes sin edad para trabajar** a los que el art. 16 CT permite contratar en casos debidamente calificados (*vid. supra*), el empleador deberá adoptar las medidas de protección eficaz para para proteger su vida y salud física y mental. En este caso, la jornada de trabajo deberá acordarse teniendo en consideración el interés superior del niño o niña o adolescente sin edad para trabajar, y la edad, madurez y grado de desarrollo en que se encuentre. El empleador deberá costear o proveer el traslado y alimentación en condiciones adecuadas de higiene y seguridad.

3.1.2.4. Obligación de informar el contrato

El empleador deberá informar a la Oficina Local de la Niñez o al órgano de protección administrativa de la niñez que corresponda de la contratación respectiva, dejando constancia del cumplimiento de los requisitos legales (Art. 14 letra d CT).

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

El inciso quinto del art. 14 CT señala que la mujer *casada* en sociedad conyugal no precisa de autorización. Sin embargo,

desde que la ley 21.515 elevó la edad para contraer matrimonio de 16 a 18 años la excepción pierde relevancia.

El adolescente con edad para trabajar se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial y será considerado plenamente capaz para ejercer las acciones correspondientes (inciso sexto del art. 14 CT y 251 del CC).

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 niño, niña o adolescente sin sujeción a lo dispuesto en los artículos 13, 14, 15 y 16 CT 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.
- 3) Se aplicará por el inspector del trabajo el régimen de multas de los arts. 18 bis; 18 ter; 18 quáter; y 18 quinquies según corresponda.
- 4) En caso que el empleador hubiere sido sancionado más de tres veces dentro de un periodo de cinco años por infracción de los artículos 18 ter o 18 quáter quedará imposibilitado de contratar adolescentes con edad para trabajar.

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 de niños niñas y adolescentes de que tuviere conocimiento.

3.1.4. Registro de infractores

La Dirección del Trabajo deberá llevar un registro de las empresas que hubieren sido sancionadas por resolución administrativa o sentencia judicial, firmes:

- a) Contratar niños, niñas o adolescentes sin edad para trabajar para la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación (fuera de los casos autorizados por el art. 16);y
- b) Contratar el servicio de adolescentes con edad para trabajar bajo dependencia y subordinación para la realización de actividades consideradas como trabajos peligrosos.

La Dirección del Trabajo deberá publicar semestralmente en su página web la nómina de las empresas infractoras. Para el caso correspondiente, el tribunal enviará a la Dirección del Trabajo copia de los fallos respectivos.

3.2. La capacidad para contratar en función de la nacionalidad

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, 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.

Categorías migratorias:

Permiso de permanencia transitoria

La visa de permanencia transitoria, según la ley 21.325, es otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores por intermedio de sus representaciones consulares en el exterior, a los extranjeros de países que el Estado determine.

Los citados permisos podrán otorgarse a aquellos extranjeros que tengan intención de ingresar al país sin ánimo de establecerse en él; con fines de: recreo, deportivos, salud, estudios, gestión de negocios, familiares u otros similares. Podrán considerarse a los integrantes y personal de espectáculos públicos, deportistas, conferencistas, asesores, técnicos expertos, entre otros.

El permiso, puede ser otorgado con una vigencia de 10 años, con un ingreso o múltiples ingresos. La visa de permanencia transitoria deberá señalar expresamente su vigencia y el número de ingresos al país a que da derecho durante dicho período. De omitirse el número de ingresos, se entenderá que los admite de manera ilimitada.

Cuando se autoricen ingresos múltiples, se deberá justificar dicha autorización por la autoridad consular. La visa de permanencia transitoria permite una estadía de hasta 90 días en el país y, puede ser prorrogada por 90 días más, por el Servicio Nacional de Migraciones, previo pago de un derecho.

La autorización de ingreso no permite la realización de actividades remuneradas, salvo excepciones legales contempladas en Art. 50 de la ley 21.325:

"Excepcionalmente, podrán solicitar al Servicio una autorización para ejecutar dichas labores quienes requieran

realizar actividades específicas y esporádicas, y que como consecuencia directa de éstas perciban remuneraciones o utilidades económicas en Chile o en el extranjero, tales como integrantes y personal de espectáculos públicos, deportistas, conferencistas, asesores y técnicos expertos.

"También podrá exceptuarse del impedimento de realizar actividades remuneradas a los extranjeros que ingresen en calidad de habitante de zona fronteriza en los términos del artículo 54, si así lo estipula el convenio bilateral respectivo".

DOCUMENTACIÓN GENERAL PERMISO DE TRABAJO CON PERMANENCIA TRANSITORIA

+ Documento de identidad vigente: imagen de página de identificación con el cual hizo o hará ingreso al país (pasaporte, Cédula de Identidad, DNI, etc) en donde sean legibles datos de identificación, número, fecha de nacimiento, fecha de otorgamiento y vencimiento de éste. En caso de ingresar con DNI o Cédula debe adjuntar imagen de ambas caras del documento.

+ Visa Consular o autorización previa si correspondiera, y timbre de ingreso al país.

+ Tarjeta de permiso de Permanencia Transitoria vigente, en donde sean legibles sus datos de identificación y fecha de ingreso al país. (*)

+ Carta notariada de empresa chilena o contrato de trabajo de empresa chilena firmado por ambas partes legalizado con la empresa con la que requiere la autorización para realizar actividades remuneradas, en que se deberá:

- 1.- Individualizar ambas partes.
- 2.- Especificar funciones y lugar de desempeño
- 3.- Fechas específicas para las cuales solicita el Permiso de Trabajo (desde- hasta).
- 4.- Incluir cláusula señalado lo siguiente: "La obligación de prestar servicios emanada del presente contrato, sólo podrá cumplirse una vez que el trabajador haya obtenido la autorización especial para realizar actividades remuneradas en Chile"
- 5.- Pago de los derechos cuando corresponda

Residencia oficial

La residencia oficial es el permiso de residencia otorgado a los extranjeros que se encuentran en misión oficial reconocida por Chile, y a los dependientes de los mismos. El otorgamiento y rechazo de este permiso de residencia será competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La regla es que "los residentes oficiales no podrán realizar actividades remuneradas ajenas a las misiones o funciones que desempeñan y sólo podrán percibir ingresos de los Estados u organismos internacionales a los que pertenecen.

Pero, "quedan exceptuados de esta restricción los residentes oficiales cuyos países han suscrito acuerdos o convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que autorizan el desempeño de cometidos remunerados, lo que deberá ser certificado por el Ministerio de Relaciones Exteriores." (art. 63 de la ley 21.325)

Finalmente, el artículo 61 señala que: "Podrán postular a residencia oficial en calidad de dependientes las siguientes personas:

3. Para el caso de los residentes oficiales miembros, se podrá extender el permiso también al personal que le preste servicios en calidad de trabajadores de casa particular, conforme al Capítulo V, del Título II, del Libro I del Código del Trabajo.”

Residencia temporal

La residencia temporal es el permiso de residencia otorgado por el Servicio a los extranjeros que tengan el propósito de establecerse en Chile por un tiempo limitado (art. 68 de la ley 21.325).

“Los residentes temporales podrán desarrollar actividades remuneradas.

“El Servicio otorgará cuando lo soliciten, y de forma inmediata, permisos para desarrollar actividades remuneradas a los extranjeros que hayan iniciado dentro del país la tramitación de un permiso de residencia que los habilite a trabajar. Dicho permiso estará vigente mientras se resuelva la solicitud respectiva” (Artículo 73 ley 21.325).

Residencia definitiva

“Residencia definitiva es el permiso para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a desarrollar cualquier actividad lícita, sin otras limitaciones que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias” (Artículo 78 ley 21.325).

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 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.

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.

Igualmente, si durante el periodo de embarazo la autoridad declarara el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria, con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador deberá ofrecer a la trabajadora, durante el tiempo que dure el referido estado de excepción constitucional o la referida alerta sanitaria, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo [...] sin reducción de remuneraciones, en la medida que la naturaleza de las funciones lo permita y la trabajadora consienta en ello. Si la naturaleza de las funciones de la trabajadora no es compatible con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador, con acuerdo de ella y sin reducir sus remuneraciones, la destinará a labores que no requieran contacto con público o con terceros que no desempeñen funciones en el lugar de trabajo, siempre que ello sea posible y no importe menoscabo para la trabajadora. La obligación señalada será exigible por el tiempo que se extienda el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, o la alerta sanitaria y en el territorio en el que la autoridad haya determinado su aplicación.”

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°16° 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 proscribire el trabajo forzoso
- c) Se proscribire 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 N° 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 N° 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 equiparar 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. No se 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 N° 16 inc. 3° CPR). Concebida en los mismos términos amplios que la prohibición de establecer diferencias arbitrarias del art. 19 N° 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 N°2 inc. 2° 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 N° 16 inc.3° 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 colectivos³⁷.

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 promocional³⁸.

³⁷ 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).

³⁸ 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

Además, en materia laboral, es preciso mencionar la Ley 19.759, de 5 de octubre de 2001 que modificó el art. 2° 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.1° 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 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. 2°, inciso 4°) 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, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o*

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 N° 19.688 (Diario Oficial del 5 de agosto de 2000) que intercaló un nuevo inciso 3° al art. 2° 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".

alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

En el inc. 8° agrega que: *“Ningún empleador podrá condicionar la contratación de un trabajador o trabajadora, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, al hecho de no padecer o haber padecido cáncer, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno”.*

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 N° 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 Chile³⁹.

La prohibición de los actos de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, contenida en el art. 2° del Código del Trabajo, difícilmente alcanza a los actos de discriminación indirecta. Como observamos, dicha formulación reproduce la establecida en el art. 1° del Convenio 111 de la OIT, ampliando los motivos prohibidos. Pero, además, nuestro legislador reemplazó el término “efecto” que utiliza la definición del Convenio, por “objeto”, de modo que en nuestro ordenamiento son discriminaciones laborales, las que se basan

³⁹ Vid. *supra* nota 12.

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.

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.

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 por 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. Obligación de registro

Conforme lo ordena el art. 9 bis CT "...el empleador deberá registrar en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo los contratos de trabajo, dentro de los quince días siguientes a su celebración..."

"En el momento del registro del contrato de trabajo el empleador deberá indicar las estipulaciones pactadas..."

"Esta información será utilizada para el ejercicio de las facultades legales propias de la Dirección del Trabajo, tales como fiscalizaciones, conciliaciones, mediaciones y ratificación de finiquitos. También podrá ser utilizada para fines estadísticos, de estudios y difusión que efectúe el Servicio sobre el cumplimiento de la normativa laboral y de salud y seguridad en el trabajo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada. Además, la Dirección del Trabajo deberá proporcionar esta información a los tribunales de justicia, previo requerimiento."

6.6. 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, domicilio y dirección de correo electrónico de ambas partes, si la tuvieren y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador;

Cuando para la contratación de un trabajador se le haga cambiar de domicilio, deberá dejarse testimonio del lugar de procedencia.

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;

Si por la naturaleza de los servicios se precisare el desplazamiento del trabajador, se entenderá por lugar de trabajo toda la zona geográfica que comprenda la actividad de la empresa. Esa norma se aplicará especialmente a los viajantes y a los trabajadores de empresas de transporte.

4.- el monto, forma y período de pago de la remuneración acordada;

Deberán señalarse también, en su caso, los beneficios adicionales que suministrará el empleador en forma de casa habitación, luz, combustible, alimento u otras prestaciones en especie o servicios.

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. Recientemente, 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"⁴⁰.

⁴⁰ 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

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."⁴¹

En los límites 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."⁴²

8.1. Formalización de las modificaciones al contrato individual de trabajo

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).

⁴¹ "El empleador no está 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.

⁴² Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op cit. p. 696.

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,⁴³ sin que ello importe menoscabo para el trabajador⁴⁴

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

⁴³ 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.

⁴⁴ "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.

contenido⁴⁵. Esta excepcionalidad al régimen general, este *Ius variandi*, responde a determinadas exigencias:

"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".⁴⁶ 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.⁴⁷

"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,

⁴⁵ THAYER, William y NOVOA, Patricio; Op.cit. p.211.

⁴⁶ España. 41.1 LET. en Palomeque y Álvarez. Op cit. p 702.

⁴⁷ Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op cit. P. 703.

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, 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"⁴⁸, b) suspensión por supuesto de riesgo durante el embarazo, c) suspensión por servicio militar o social sustitutivo⁴⁹, d) suspensión por privación de libertad (mientras no exista sentencia condenatoria)⁵⁰, e) suspensión por razones disciplinarias⁵¹, 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)⁵², 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 obligación de remunerar y de trabajar en caso de existir un acto de

⁴⁸Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op cit. p. 715

⁴⁹ Art 45.1, e y 48.3 LET (Ley del estatuto de los trabajadores) en Palomeque y Álvarez. Op cit. p 715 y ss.

⁵⁰ Art 45.1, g LET. en Palomeque y Álvarez. Op cit. p.715 y ss.

⁵¹ Art 58 LET en Palomeque y Álvarez. Op cit. p. 715 y ss.

⁵² Palomeque López, Manuel Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel. Op cit. p. 720

autoridad, como cuarentena total, cordón sanitario o toque de queda hagan imposible la prestación de los servicios.