



Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E 21211 (2608) 2018

954 009

ORD. N° _____ / _____ /

MAT.: Fija sentido y alcance de la ley N° 21.122, publicada en el Diario Oficial de 28.11.2018, que modifica el Código del Trabajo en Materia de Contrato de Trabajo por Obra o Faena.

ANT.: Necesidades del Servicio.

FUENTES: Ley N° 21.122.
Código del Trabajo, artículo 10 bis, 41, 67, 162, 169, 172 y 173.

SANTIAGO, 15 MAR 2019

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SR. JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCION

Por necesidades del Servicio se ha estimado procedente fijar el sentido y alcance de la ley N° 21.122, publicada en el Diario Oficial de 28 de noviembre de 2018, que "Modifica el Código del Trabajo en Materia de Contrato de Trabajo por Obra o Faena", sin perjuicio de la doctrina que se vaya generando tras su entrada en vigencia, en relación a las situaciones específicas o concretas que se sometan al conocimiento y resolución de este Servicio.

La citada ley introduce modificaciones a diversos preceptos del Código del Trabajo que inciden sobre la materia, complementando la regulación de las condiciones de celebración del contrato de trabajo por obra o faena, de terminación del contrato y de ejercicio o pago del feriado anual de los trabajadores sujetos a este tipo de contrato, las cuales serán analizadas siguiendo el orden establecido en el mencionado cuerpo legal.

1. CONCEPTO DE CONTRATO POR OBRA O FAENA DETERMINADA:

La legislación anterior no contenía un reconocimiento expreso y pormenorizado de este tipo de contrato de trabajo, estando regulado sólo en las normas sobre terminación de contrato, en particular, la del número 5 del artículo 159 del Código del Trabajo que establece que el contrato de trabajo termina por la conclusión del trabajo o servicio que le dio origen.

La Dirección del Trabajo, a través de su jurisprudencia administrativa, reconoció y sistematizó este tipo de relación contractual, siendo la nueva normativa legal la que regula hoy expresamente esta figura, estableciendo un concepto específico en el artículo 10 bis del Código del Trabajo, disposición que establece lo siguiente:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el número 6 del artículo 10, las partes podrán celebrar un contrato por obra o faena determinada.

El contrato por obra o faena es aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella. Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido.

No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los Tribunales de Justicia en caso de controversia".

De los términos expresos de la norma legal precitada, resulta posible desprender sus elementos esenciales, teniendo presente la definición de este nuevo tipo de contrato, entendido como:

"Aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella."

En primer lugar, el contrato de trabajo por obra o faena mantiene como partes del contrato al empleador y al trabajador y los demás elementos esenciales de todo contrato de trabajo:

- a) Prestación de servicios del trabajador al empleador.
- b) Pago de remuneración del empleador al trabajador.
- c) Vínculo de subordinación o dependencia del trabajador al empleador.

A estos elementos generales de todo contrato de trabajo, se agrega que el objeto del contrato por obra o faena determinada es la ejecución de una obra material o intelectual específica y determinada, cuya duración determina la vigencia de la respectiva relación laboral.

Acto seguido, la nueva normativa entra a precisar -sin definir- los conceptos de obra material o intelectual, haciéndose cargo de situaciones fácticas que previamente no encontraban regulación expresa en la ley, indicando que:

“Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido.”

De lo anterior es importante señalar que deberá ser objeto de un análisis caso a caso la determinación de si dos o más contratos de trabajo por obra o faena determinada deben ser considerados como un contrato de plazo indefinido por no reunir los elementos esenciales del contrato en análisis.

Sin perjuicio de ello y considerando que el objeto principal del contrato por obra o faena determinada consiste precisamente en la ejecución material o intelectual de la misma, a modo de ejemplo podría tratarse de la construcción o instalación de una parte de un edificio (techumbre, ventanas, ductos, etc.) o la excavación de un canal de regadío, ambos casos de una obra material o el desarrollo de una plataforma, programa o aplicación informática o de un proceso productivo determinado, en el caso de obras intelectuales.

De la nueva normativa se desprende que el contrato por obra o faena determinada reviste el carácter de un contrato de plazo indeterminado, en tanto no se encuentra prefijada exactamente su fecha de término, la cual dependerá de la duración de la obra específica para la cual fue contratado el dependiente. Ello implica que las partes no tienen certeza respecto de la fecha cierta de término del contrato que han celebrado, toda vez que ésta estará supeditada o circunscrita a la duración de la obra o faena determinada de que se trate, debiendo considerar hitos objetivos y concretos, en virtud de los cuales se puedan definir respectivamente el inicio y el término de cada contrato por obra o faena determinada, de tal forma que guarden debida relación con la naturaleza de los servicios específicos de que se trate, a fin de diferenciarlos en un contexto general que pueda amparar legalmente dos o más contratos por obra o faena.

Tratándose de las obras materiales citadas como ejemplo anteriormente, los hitos objetivos podrán ser la conclusión de la instalación de la techumbre, ventanas o ductos en el edificio respectivo o la conclusión de la excavación del canal de regadío en las dimensiones acordadas, o la puesta en producción o marcha de la plataforma, programa o aplicación informática o de un proceso productivo, en el caso de obras intelectuales.

En estos casos, podrían legalmente diferenciarse dos o más contratos por obra o faena determinada que, teniendo una misma naturaleza, instalación de techumbre, por ejemplo, cada contrato lo sea respecto de edificios distintos localizados en lugares diferentes, o en el caso del desarrollo de una aplicación informática, teniendo la misma naturaleza, el idioma de la aplicación sea distinto en cada uno de los contratos por obra.

Respecto a la terminación del contrato de trabajo, ocurrida ésta por conclusión de la obra, el empleador deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Trabajo.

Conforme a todo lo anterior y sin perjuicio de los ejemplos mencionados, la determinación de la existencia o no del contrato por obra o faena determinada en cuanto a sus requisitos, exigencias y terminación, es una cuestión que deberá, necesariamente, ser determinada caso a caso, requiriéndose un análisis fáctico y objetivo de la naturaleza y forma de ejecución de los servicios, labores y actividades, así como también respecto de los productos, variedades y especies vinculados con ellos, y las diferentes tareas o etapas del proceso productivo respectivo.

2. RELACIONES CONTRACTUALES QUE NO DAN ORIGEN A UN CONTRATO POR OBRA O FAENA DETERMINADA:

Según lo prevenido en el párrafo final del artículo 10 bis del Código del Trabajo, el legislador ha excluido expresamente del concepto de contrato por obra o faena determinada a aquellas convenciones que tienen por objeto la realización de labores de índole permanente, esto es, aquellas que no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, situación de hecho que deberá ser determinada en cada caso particular por la respectiva Inspección del Trabajo o por los tribunales de justicia en caso de controversia.

Conforme a lo expuesto, no procedería la celebración de contratos por obra o faena respecto de labores que no cesan o concluyen por su propia naturaleza como lo exige la ley, sino que constituyen funciones de carácter permanente, situación que no se aviene con las características de temporalidad propia de este tipo de contratos.

Es por lo mismo que el inciso tercero del nuevo artículo 10 bis del Código del Trabajo, refuerza la definición del contrato por obra o faena determinada, en sentido negativo, así como la normativa lo ha hecho respecto del trabajo en régimen de subcontratación, excluyendo determinados tipos de contratos de este concepto en los siguientes términos:

"No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los Tribunales de Justicia en caso de controversia."

Como se adelantó, haciendo uso de la técnica legislativa de la definición en contrario, el legislador establece -a contrario sensu- que las labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, no serán objeto de un contrato por obra o faena.

El legislador se ha preocupado de resguardar las relaciones de trabajo que por su propia naturaleza son de duración indefinida, procurando que éstas no se transformen, artificiosamente, en contrataciones sucesivas por obra o faena determinada. En efecto, aquellas labores que son de carácter permanente conforme su naturaleza deben entenderse siempre objeto de un contrato de duración indefinida, puesto que se trata de labores, que, precisamente, subsisten mientras se mantenga la actividad de la empresa.

A modo de ejemplo, en la construcción, las labores de bodega que van de una obra a otra para el acopio y resguardo de materiales y herramientas no terminan conforme su naturaleza, sino que, en forma independiente al término de una obra determinada, subsistiendo mientras se mantenga la actividad de la empresa. Lo propio podría señalarse respecto de labores de tractoreo en faenas agrícolas, que se requieren para el manejo permanente de las actividades de la empresa o del predio, no contando con un hito específico que permita definir un término de una obra o servicio.

Si bien señala la nueva normativa que será la Inspección del Trabajo respectiva la que determinará -en su caso- la existencia de contratos que no revistan el carácter de obra o faena -sin perjuicio de la intervención de los Tribunales de Justicia-, no es menos cierto que, en aplicación del principio de primacía de la realidad que debe operar en las relaciones de trabajo, la labor de este Servicio consistirá en una constatación y calificación de una situación de hecho dentro de un determinado espacio de tiempo, la cual, de conformidad al

inciso segundo del artículo 23 del DFL N° 2 de 1967, sobre la Dirección del Trabajo, gozará de presunción legal de veracidad para todos los efectos legales.

Para efectos de esta calificación, será esta Dirección del Trabajo la que, en uso de sus facultades, dispondrá las instrucciones respectivas para la ejecución de esta labor fiscalizadora.

Con todo, no está demás indicar que, si bien la normativa hace presente las facultades de los Tribunales de Justicia en caso de controversia para la determinación de que trata el inciso tercero del artículo 10 bis del Código del Trabajo, las partes tienen a salvo su propia facultad de recurrir a los Tribunales de Justicia, sin la intervención previa de este Servicio, de acuerdo a lo señalado en el artículo 420 del mismo Código.

3. CONTRATACIÓN SUCESIVA BAJO TAL MODALIDAD:

La nueva normativa establece que las diferentes etapas o tareas que comprende la realización de una determinada obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos sucesivos de tal naturaleza, por lo que, en caso de darse esta situación, deberá entenderse que el respectivo contrato tendrá carácter indefinido, sujeto a la regulación y a los efectos que dicha condición conlleva.

En relación con lo expuesto, cabe precisar que la doctrina institucional sustentada sobre la materia con anterioridad a la dictación de la ley N° 21.122, establecía que no resultaría jurídicamente procedente la contratación sucesiva por obra o faena, si la labor ejecutada primitivamente por el trabajador no ha finalizado y continúa siendo desarrollada por la empresa hasta su total finalización, como sucedería, por ejemplo, si este hubiere sido contratado primeramente para la construcción de 10 kilómetros de un camino que abarca un total de 100 kilómetros, siendo finiquitado y recontratado posteriormente para la construcción de otros 10 y, así, sucesivamente.

La citada doctrina precisa que si bien en tal caso se estaría en presencia de una obra de duración temporal, como es la construcción de un camino, la circunstancia de que el trabajador vaya siendo recontratado para la ejecución de tramos determinados del mismo, implica el desconocimiento de uno de los principios básicos del Derecho del Trabajo, cual es el de la Continuidad de la Relación Laboral, generando un menoscabo a los derechos irrenunciables del trabajador, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° del Código del Trabajo.

La jurisprudencia administrativa en comento se aviene plenamente con las nuevas disposiciones contenidas en el artículo 10 bis del Código del Trabajo y resulta aplicable a la situación allí prevista en relación a la contratación sucesiva bajo la modalidad que nos ocupa, respecto de las distintas etapas o tareas que comprende la realización de una determinada faena.

De este modo, forzoso resulta concluir que no resulta jurídicamente procedente la contratación sucesiva por obra o faena, si la labor convenida por el trabajador no ha finalizado y continúa siendo desarrollada por la empresa hasta su término.

Dado que la obra o faena debe ser determinada en su inicio y en su fin, el legislador ha considerado que es esa y no otra la unidad conceptual por la cual es permitido celebrar un contrato por obra o faena determinada, por lo cual las etapas o tareas, conceptos sinónimos, que componen una obra o faena que ya tiene hitos de inicio y de término, no pueden ser objeto de este tipo de contratos. La razón de ello radica en que el legislador ha querido

dotar de estabilidad a la relación laboral y que no se parcialice de tal forma que los derechos del trabajador queden disminuidos y, con ello, las posibilidades de un trabajo estable, aunque temporal, queden disminuidas o se vean afectadas.

Ello no debe confundirse con las legítimas etapas en que se puede dividir, por ejemplo, un proyecto inmobiliario, en el que la contratación por obra de un trabajador, lo sea respecto de una etapa del proyecto, el cual puede estar compuesto de un determinado número y/o tipo de casas. El mismo trabajador, podrá ser contratado por obra para otra etapa del proyecto inmobiliario, en la medida que cada etapa pueda ser considerada en sí como una obra o faena determinada, lo cual deberá ser analizado caso a caso.

Con esto, es el legislador quien -sin perjuicio del análisis de cada situación particular- establece una regla de conducta general y de calificación objetiva que establece una hipótesis precisa y clara de transformación de este tipo de contrato en uno de carácter indefinido, ante el evento de celebrarse dos o más contratos de este tipo respecto de las tareas o etapas de una misma obra o faena.

De esta forma, no podrían ser objeto de contratos sucesivos el primer, segundo o tercer metro de canal de regadío realizado, o bien, la celebración de contratos sucesivos por metro cuadrado de techumbre construida.

A su vez, en el caso de labores agrícolas, la determinación de la existencia de una obra o faena determinada sobre la cual se celebra un contrato de trabajo, podrá establecerse, sobre la base de criterios generales, como por ejemplo, según el tipo de labor, como lo son las actividades de poda, control de heladas, raleo o cosecha y, también, dentro de cada grupo o tipo de labor, se podrá diferenciar según la variedad y la especie objeto de la misma.

De esta forma, sería lícita la celebración de contratos por obra o faena con un mismo trabajador, por ejemplo, cuando cada uno de ellos se refiere a labores de control de heladas, raleo o cosecha, respectivamente; así como también lo serán los contratos celebrados para el raleo de tal o cual variedad de una especie determinada y, posteriormente, de otra especie también determinada, diversa de la anterior.

Por el contrario, no sería lícita la celebración de dos o más contratos continuos bajo esta modalidad cuando las labores de uno y otro instrumento sean idénticas en actividad, variedad y especie, como lo sería un contrato que sucede a otro en el que las labores sean, por ejemplo, la cosecha de la misma variedad y especie, pero donde un contrato se refiera a la hilera número uno de un predio agrícola y otro contrato a la hilera número dos del mismo predio.

El legislador ha sido claro y riguroso en establecer que solamente podrá ser objeto de este tipo de contrato una obra material o intelectual específica y determinada dentro de una unidad de tiempo circunscrita a hitos precisos y objetivos respecto a su inicio y término, no siendo posible que las etapas o tareas de una misma obra material o intelectual, puedan ser objeto de múltiples y sucesivos contratos de este tipo respecto de un mismo trabajador y por los mismos servicios. Esto, con el objeto de otorgar certeza y protección al trabajador respecto a este tipo de relación contractual, y a los derechos y obligaciones que de ella emanan.

Sin perjuicio de lo anterior, es procedente que, atendida la gradualidad concreta y objetiva de una obra o faena determinada, compuesta de diversas tareas y etapas, el número de trabajadores contratados para prestar servicios de una misma naturaleza, labor o actividad, sea variable durante la ejecución de la obra o faena, pudiendo por ejemplo

comenzar la obra con un número menor de trabajadores en comparación a la etapa intermedia, en la que la obra puede requerir el máximo número de trabajadores para su ejecución, el cual puede, a su vez, disminuir gradualmente durante la etapa de término de la obra o faena determinada, todo ello en la medida que la referida gradualidad derive objetivamente de la naturaleza y condiciones de la obra o faena determinada y no de la mera voluntad o discrecionalidad del empleador.

4. MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 41, INCISO SEGUNDO DEL CÓDIGO DEL TRABAJO:

El artículo 2º de la citada ley N°21.122, modifica el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, referido a los emolumentos no constitutivos de remuneración, sustituyendo la frase *"la indemnización por años de servicio establecida"* que allí se contenía por la expresión *"las indemnizaciones establecidas"*.

De acuerdo a ello, el texto actual del referido precepto es el siguiente:

"No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, las indemnizaciones establecidas en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo".

De la mencionada disposición legal se desprende que la señalada ley reconoció expresamente el carácter no remuneratorio de las indemnizaciones previstas en el artículo 163 del Código del Trabajo, condición que con anterioridad a la aludida modificación sólo estaba establecida expresamente respecto a la indemnización legal o convencional por años de servicio, sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero del artículo 178 del mismo Código.

De esta forma, la indemnización que incorpora la ley No 21.122 al artículo 163 del Código del Trabajo, respecto del contrato por obra o faena determinada y que se analiza más adelante, no constituye remuneración.

5. MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 67 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO:

El artículo 3º del cuerpo legal que nos ocupa incorporó un nuevo inciso segundo al artículo 67 del Código del Trabajo, que regula el feriado legal, pasando los actuales incisos segundo y tercero, a ser tercero y cuarto, respectivamente.

En virtud de dicha incorporación, el texto actual de los dos primeros incisos del citado artículo es el siguiente:

"Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles con derecho a remuneración íntegra.

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 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.”

De la norma legal precedentemente anotada, se concluye que el legislador ha consagrado el derecho a hacer uso de un feriado legal de 15 días hábiles, con derecho a remuneración íntegra, no sólo a los trabajadores sujetos a un contrato por obra o faena que ha durado más de un año, sino también a los trabajadores que hubieren prestado servicios continuos a un mismo empleador en virtud de dos o más contratos por obra o faena que, en conjunto, excedan de un año.

Para tal efecto, con ocasión del término de los contratos por obra o faena que duren menos de un año, el trabajador podrá optar por diferir el pago del feriado proporcional, en la medida que sumada la duración del respectivo contrato por obra o faena no superior a un año, con los contratos inmediatamente anteriores, no sumen más de un año, ya que si superan más de un año deberá necesariamente el trabajador ejercer el feriado con derecho a remuneración íntegra aplicando las demás normas generales de feriado o recibir al término de este último contrato por obra o faena, con el cual superó más de un año en conjunto, el pago en dinero total de los días de feriado pendiente y proporcional acumulados y devengados al término del contrato de trabajo.

La opción de diferir el pago de feriado proporcional es un derecho o prerrogativa del trabajador y deberá quedar expresamente señalada en el finiquito laboral, señalando cuántos son los días hábiles y fracción a los que tiene derecho el trabajador, sin que el empleador se pueda negar a esa opción. El diferimiento debe quedar sujeto a la condición de celebrarse un contrato de trabajo por obra con el mismo empleador inmediatamente a continuación del contrato finiquitado y en caso de que esto no se realice, el trabajador tendrá derecho a exigir ejecutivamente el pago del feriado proporcional diferido.

A continuación, se presentan algunos ejemplos de aplicación de la opción de feriado proporcional diferido:

	Duración	Puede diferir feriado proporcional
Contrato 1	13 meses	No

	Duración	Puede diferir feriado proporcional
Contrato 1	7 meses	Sí
Contrato 2	7 meses	No
Total	14 meses	

	Duración	Puede diferir feriado proporcional
Contrato 1	3 meses	Sí
Contrato 2	5 meses	Sí
Contrato 3	5 meses	No
Total	13 meses	

En los contratos por obra o faena determinada que no sea posible que el trabajador opte por diferir el pago de feriado proporcional, ya que sobrepasan en conjunto un año, el empleador deberá pagar en el finiquito laboral respectivo todos los días acumulados de feriado, pendientes y proporcionales, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° del Código del Trabajo, que establece que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

Para efectos de pagar en dinero el feriado, se aplicarán las normas generales respectivas, entre ellas el artículo 178 del Código del Trabajo que establece que las indemnizaciones por término de contratos de trabajo establecidas por ley no constituirán renta para ningún efecto tributario. Sin perjuicio de ello y considerando que el derecho a diferir el pago es una determinación exclusiva del trabajador, en la que el empleador no tiene injerencia, no sería aplicable a su respecto la obligación de aplicar reajustes e intereses contenida en el artículo 63 del mismo Código.

6. MODIFICACIÓN A LOS ARTÍCULOS 162 y 163 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO:

Los artículos 4° y 5° de la ley No 21.122 también modifican los artículos 162 y 163 del Código del Trabajo.

En cuanto a la primera de dichas disposiciones, la ley citada incorpora a su inciso cuarto una disposición referida a la obligatoriedad que recae sobre el empleador que pone término a la relación laboral de un trabajador contratado por obra o faena de consignar en la respectiva comunicación de término de contrato el monto a pagar por concepto de indemnización, cuando corresponda el pago de dicho beneficio.

De este modo, el texto actual del inciso cuarto del artículo 162 del Código del Trabajo, es el siguiente:

“Cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización por años de servicio en dinero efectivo, sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador deberá, además, indicar, precisamente, el monto total a pagar de conformidad a lo dispuesto en el artículo siguiente. Igual indicación deberá contener la comunicación de la terminación del contrato celebrado para una obra o faena determinada cuando corresponda el pago de la indemnización por el tiempo servido en conformidad a lo dispuesto en el artículo 163”.

Como es dable apreciar, la única normativa contenida en dicha disposición que resulta aplicable a los contratos por obra o faena es la referida en su párrafo final, que, como se dijera, hace obligatorio respecto de estos contratos establecer en la respectiva comunicación de término de la relación laboral el monto total a pagar por concepto de indemnización por el tiempo servido, en cuanto ello corresponda.

Respecto al artículo 163 del Código del Trabajo, la ley en análisis incorpora un inciso tercero nuevo, pasando los actuales incisos tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente.

Conforme a dicha modificación el texto actual del señalado artículo, en sus tres primeros incisos, establece:

“Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.

Si el contrato celebrado para una obra o faena determinada hubiere estado vigente por un mes o más, el empleador podrá ponerle término en forma justificada en tanto pague al trabajador en el momento de su terminación, una indemnización equivalente a dos y medio días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días, en la forma y modalidad señalada en el artículo 23 transitorio de este Código. Esta indemnización será calculada en conformidad a lo establecido en el artículo 172, y le será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N°19.728. Sólo corresponderá el pago de la prestación antes señalada, si se pusiere término al contrato por la causal contemplada en el número 5 del artículo 159. El ejercicio del derecho establecido en este inciso por parte del trabajador es incompatible con las acciones derivadas de la aplicación del inciso primero del artículo 168, sin perjuicio de las acciones señaladas en el artículo 485 de este Código".

De los términos del inciso tercero de la norma legal precitada, se desprende que el legislador ha establecido en favor de los trabajadores sujetos a contratos por obra o faena determinada que hubieren estado vigentes un mes o más, un régimen especial de indemnización legal por tiempo servido en caso de que se ponga término a la respectiva relación laboral por aplicación de la causal prevista en el número 5° del artículo 159 del Código del Trabajo, vale decir, "conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato". De igual disposición fluye que el cálculo de la indemnización correspondiente deberá efectuarse en conformidad al artículo 172 del Código del Trabajo y le será aplicable la normativa contenida en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N°19.728.

Conforme a ello, si un empleador que celebró contrato de trabajo por obra o faena determinada pone término a dicho contrato por aplicación del N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo y paga al trabajador la referida indemnización, quien a su vez acepta y recibe dicho pago, se deberá necesariamente interpretar que la causal aplicada es justificada y que el trabajador no tiene derecho a reclamar judicial o administrativamente sobre la justificación de la causal de terminación. Por el contrario, si el empleador no paga al trabajador dicha indemnización o no la pone a su disposición o esté no acepta el pago, mantendrá el derecho a reclamar judicial y administrativamente sobre la legalidad del término de su contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 23 transitorio del Código del Trabajo, en su texto fijado por el número 9 del artículo primero de la ley N°21.122, dispone:

"a) En los contratos celebrados durante los primeros dieciocho meses de vigencia de dicha norma, los trabajadores tendrán derecho al pago de una indemnización equivalente a un día de la remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a 15 días.

b) En los contratos celebrados a partir del primer día del decimonoveno mes de vigencia de dicha norma y por los siguientes doce meses, los trabajadores tendrán derecho a una indemnización equivalente a un día y medio de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días.

c) *En los contratos celebrados a partir del primer día del trigésimo mes de vigencia de dicha norma y por los siguientes seis meses, los trabajadores tendrán derecho al pago de una indemnización equivalente a dos días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a 15 días.*

d) *En los contratos celebrados con posterioridad al último día del tramo anterior, los trabajadores tendrán derecho al pago de la indemnización en los mismos términos que se señalan en la norma permanente."*

La norma transitoria antes anotada establece los días de indemnización que corresponden a los trabajadores según la fecha de la celebración, vigencia y término de los respectivos contratos.

Ahora bien, para una mejor comprensión de la materia es necesario efectuar las precisiones que seguidamente se indican respecto a los requisitos, modalidades y condiciones de otorgamiento del beneficio indemnizatorio en comento.

6.1. Requisitos para efectuar eficazmente el pago de la indemnización.

- a) Haber celebrado un contrato de trabajo por obra o faena determinada a partir de las fechas señaladas en la ley.
- b) Que la vigencia de dicho contrato se haya extendido por un mes o más.
- c) Que el contrato de trabajo haya terminado por aplicación de la causal del número 5 del artículo 159 del Código del Trabajo.
- d) Que el trabajador haya aceptado el pago en el finiquito laboral respectivo.

6.2. Número de días a indemnizar.

- a) De acuerdo a la preceptiva que se contiene en el artículo 23 transitorio del Código del Trabajo, los contratos por obra o faena que se celebren entre el 1° de enero de 2019 y el 30 de junio de 2020 -primeros 18 meses de vigencia de la ley- y que terminen por aplicación del artículo 159 No5 del Código del Trabajo dan derecho a los respectivos trabajadores a exigir una indemnización por tiempo servido equivalente a un día de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a 15 días.
- b) Aquellos que se celebren a partir del 1 de julio de 2020 -decimonoveno mes de vigencia- darán derecho a los trabajadores a percibir respecto de los siguientes doce meses, esto es hasta el 30 de junio de 2021, una indemnización por tal concepto equivalente a un día y medio de remuneración por mes trabajado y fracción superior a 15 días.
- c) Los contratos sujetos a tal modalidad que se celebren a contar del 1 de julio de 2021 -trigésimo primer mes de vigencia- darán derecho durante los siguientes seis meses, esto es hasta el 31 de diciembre de 2021 a percibir una indemnización por término de contrato equivalente a dos días de remuneración por mes trabajado y fracción superior a 15 días.
- d) Finalmente, los contratos que se celebren con posterioridad al 31 de diciembre de 2021, y a los cuales se ponga término por aplicación de la causal antes señalada, darán derecho a los beneficiarios a percibir la aludida indemnización de acuerdo a

lo establecido en el inciso tercero del artículo 163 del Código del Trabajo, debiendo otorgárseles dos días y medio por cada mes trabajado y fracción superior a 15 días.

Por último, el artículo 23 transitorio del Código del Trabajo en análisis regula la situación de aquellos contratos que se inician en algunos de los períodos señalados en los acápite precedentes y que terminan en un período distinto, disponiendo que, en tal caso, los trabajadores tendrán derecho al pago de la indemnización correspondiente por los meses trabajados en cada uno de los respectivos períodos.

Conforme a la misma disposición si en los meses de inicio y término del contrato por obra o faena se produce el cambio de tramo del beneficio, la indemnización a pagar en el período corresponderá al vigente el primer día del mes de inicio y el primer día del mes en que se produce el término del contrato, respectivamente.

6.3. Base de cálculo de la indemnización.

El inciso tercero del artículo 163 del Código del Trabajo hace aplicables las normas contenidas en el artículo 172 del Código del Trabajo para los efectos del cálculo de la indemnización por tiempo servido que allí se prevé, disposición que en su inciso primero fija el concepto de última remuneración mensual para tales efectos, estableciendo que dicha expresión comprende toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies evaluadas en dinero.

Atendida la remisión expresa que el inciso tercero del artículo 163 hace al artículo 172 del Código del Trabajo, se estima necesario señalar que la doctrina institucional ha precisado el concepto de última remuneración mensual utilizado por el legislador en la segunda norma legal citada, entre otros, en dictámenes Nos 1832/116 y 5716/334, de 20.04 y 21.11. de 1993, señalando que tal expresión reviste un contenido y naturaleza eminentemente fáctico o pragmático en tanto alude a "toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador al momento de terminar el contrato". De ello se sigue que el cálculo de las indemnizaciones legales por término de contrato debe hacerse considerando dicha base, sin que proceda limitarlo al concepto de remuneración previsto en el inciso primero del artículo 41 del Código del Trabajo.

En efecto, de acuerdo a los citados pronunciamientos, el concepto de remuneración mensual contenido en el artículo 172 del Código del Trabajo resulta más amplio que el fijado en el citado inciso primero del artículo 41 del mismo cuerpo legal, toda vez que incluye cualquier cantidad que corresponda percibir al trabajador al término de la relación laboral y que no se encuentre comprendida entre las exclusiones señaladas en el primero de dichos preceptos.

6.4. Incompatibilidad.

Según lo prevenido por el párrafo final del inciso tercero del artículo 163 del Código del Trabajo antes transcrito, el trabajador que ejerza el derecho a percibir la indemnización por tiempo servido que consagra dicho precepto estará impedido de interponer las acciones que establece el inciso primero del artículo 168 del mismo cuerpo legal, esto es, deducir un reclamo por despido injustificado ante el tribunal competente en los términos allí establecidos, por ser ambos derechos incompatibles entre sí. Por lo anterior, también es posible concluir que el trabajador estará impedido de interponer un reclamo por el mismo motivo ante la Inspección del Trabajo respectiva. Esto, sin perjuicio del derecho que asiste al afectado de recurrir a los tribunales en un procedimiento de tutela laboral por la eventual

vulneración de derechos fundamentales de que pudiera ser objeto en el ámbito de la relación laboral que lo une con su empleador, o de reclamar ante la Inspección del Trabajo por un motivo distinto al del despido injustificado.

Finalmente debe informarse que la nueva normativa contenida en el inciso tercero del artículo 163 del Código del Trabajo hace aplicable a la indemnización por tiempo servido a que tienen derecho los trabajadores sujetos a contratos por obra o faena determinada, la disposición prevista en el artículo 13 inciso segundo de la ley N°19.728, sobre Seguro de Desempleo, que establece la imputación a dicha indemnización, de la parte del saldo de la cuenta Individual por cesantía conformada por las cotizaciones de cargo del empleador, más su rentabilidad, con deducción de los correspondientes costos de administración.

7. VIGENCIA Y APLICABILIDAD DE LA NUEVA NORMATIVA:

Acorde a lo establecido por el artículo transitorio de la ley No 21.122, la normativa que en ella se contiene se aplicará a los contratos por obra o faena celebrados a partir del 1° de enero de 2019, sin perjuicio de la gradualidad que se establece respecto al número de días de indemnización por tiempo servido a que tienen derecho los trabajadores, según la fecha de celebración de sus respectivos contratos.

Asimismo, se desprende de la nueva normativa que ésta, al ser de carácter general, no resultaría aplicable a aquellos contratos regidos por normas especiales, sobre todo aquellos respecto de los cuales el legislador ha establecido reglas de ese carácter en cuanto tipo de contrato, duración, renovación, entre otras características. Tal es el caso del contrato de aprendizaje, del contrato de los trabajadores embarcados o gente de mar y de los trabajadores portuarios eventuales y del contrato de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñen actividades conexas. Todo lo anterior, sin perjuicio de las facultades que la nueva ley entrega a la Inspección del Trabajo respectiva para analizar y calificar cada caso particular.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme en informar que el sentido y alcance de la ley N°21.722, es el que se señala en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,



MAURICIO PEÑALOZA CIFUENTES
DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
15 MAR 2019
OFICINA DE PARTES


DOB/MBA/SMS/sms

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín
- Deptos. D.T.
- Subdirectora
- U. Asistencia Técnica, XVI Regiones
- Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo