



DEPARTAMENTO JURÍDICO  
K. 4864(922)/2013  
DN 803

✓✓

2119

ORD.: \_\_\_\_\_

Jurídico

**MAT.:** 1) Resulta jurídicamente procedente pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, incluso para regir más allá del tiempo de su duración, en la medida que respete la necesaria idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la obligación impuesta, por tanto, atendida la indeterminación en tal sentido de la cláusula novena de los contratos individuales suscritos por la empresa Express de Santiago Uno S.A. y los trabajadores que ejercen el cargo de asistentes de tráfico *part time*, aquella deberá ajustarse en los términos expuestos en el cuerpo del presente oficio, de común acuerdo por las partes, sin perjuicio del derecho que les asiste, en caso de generarse controversia al respecto, de someter el asunto a conocimiento de los Tribunales de Justicia.  
2) La cláusula duodécima, suscrita por las mismas partes en los referidos contratos individuales, contraviene la normativa laboral vigente, toda vez que no determina en forma clara y precisa el lugar de prestación de los servicios convenidos, así como tampoco el régimen al que estarían afectos los dependientes en el evento de que por aplicación de dicha cláusula, deban ejecutar funciones para un tercero.

**ANT.:** 1) Ord. N°510, de 16.04.2014, de I.C.T. Santiago Poniente.  
2) Ord. N°1105, de 31.03.2014, de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
3) Ord. N°4167, de 28.10.2013, de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
4) Ord. N°3396, de 03.09.2013, de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
5) Instrucciones, de 20.06.2013, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
6) Ord. N° 1851, de 06.05.2013, de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
7) Pase N°793, de 26.04.2013, de Jefa Gabinete Directora del Trabajo.  
8) Presentación, de 23.04.2013, de Sr. Álvaro Lagos F., presidente Federación Nacional de Trabajadores, FENTRA.

SANTIAGO,

06 JUN 2014

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO (S)

A : SEÑOR ÁLVARO LAGOS FUENTES  
PRESIDENTE  
FEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES, FENTRA  
PEATÓN C N°6796  
PEÑALOLÉN/

Mediante presentación del antecedente 8), solicita un pronunciamiento respecto de las siguientes materias:

1) Legalidad de la cláusula novena, sobre confidencialidad, estipulada en los contratos individuales de tiempo parcial suscritos por

los trabajadores que se desempeñan como asistentes de control de tráfico para la empresa Express de Santiago Uno S.A.

Lo anterior, por cuanto, a través de dicha convención, el aludido personal se obliga a no revelar información alguna de que haya tomado conocimiento con ocasión del trabajo, hasta por cinco años luego de la terminación del contrato.

2) Legalidad de la cláusula duodécima de los referidos contratos individuales, que permite al empleador encomendar, en forma ocasional, la realización de tareas similares a sus obligaciones contractuales, para personas jurídicas relacionadas con aquel.

Ello, atendido que, a su juicio, resulta improcedente encomendar la realización de tareas para otras empresas si se considera que la relación legal y contractual entre el trabajador no puede extenderse a terceros, por lo cual se estaría configurando, a su juicio una simulación, sancionada por el Código del Trabajo.

A lo ya expuesto se suma que, si bien, mediante dicha convención, el trabajador se obliga a prestar servicios ocasionales encomendados por el empleador para personas jurídicas relacionadas con este último, lo cierto es que, en los hechos, la ejecución de labores para la empresa Inversiones Alsacia S.A. por trabajadores de la empresa Express de Santiago Uno S.A. se habría convertido en una práctica habitual.

Cabe hacer presente, por otra parte, que en cumplimiento de los principios de contradicción e igualdad de los interesados, consagrados en el inciso final del artículo 10 de la ley N°19.880, este Servicio puso en conocimiento del empleador la presentación de que se trata, quien no hizo valer el derecho que le asiste de exponer sus puntos de vista sobre el particular.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1) Se consulta en primer término, por la procedencia jurídica de pactar una cláusula de confidencialidad como la consignada en los contratos individuales de los trabajadores en referencia.

El inciso 1° de la aludida cláusula contractual, convenida por los asistentes de control de tráfico de la empresa Express de Santiago Uno y su empleador, prevé:

**«NOVENO: Propiedad intelectual**

*Durante el plazo de vigencia de este contrato y hasta por cinco años después de la terminación de este contrato, el **Trabajador** no podrá revelar a ninguna persona, empresa, firma, corporación o asociación, ni aun con fines académicos o de investigación, ninguna información escrita o verbal de que tome conocimiento con ocasión del trabajo realizado en virtud de este contrato».*

Del tenor literal de la convención contractual antes transcrita aparece de manifiesto que durante la vigencia de la relación laboral respectiva y hasta por cinco años luego de terminada esta, el trabajador debe guardar reserva de toda aquella información a la que pudiera haber accedido por causa de la prestación de servicios.

Para los efectos de dar respuesta a la consulta en referencia, cabe analizar primeramente, las normas legales y constitucionales que rigen la materia en análisis, entre estas, la del artículo 7° del Código del Trabajo, que dispone:

*«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».

prevé: Por su parte, el artículo 10 N°7 del mismo cuerpo legal,

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

7.- demás pactos que acordaren las partes».

Asimismo, el artículo 1546 del Código Civil, prescribe:

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

A su turno, el artículo 19 N°16, incisos 1º y 2º de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas:

*«16º.- La libertad de trabajo y su protección.*

*Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración».*

Por último, el artículo 5º, del Código del Trabajo, en sus incisos 1º y 2º establece:

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

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

Al respecto y tal como se ha sostenido por esta Dirección, mediante dictamen 4731/81, de 03.11.2010, que se adjunta, para su conocimiento, el legislador, luego de dar cuenta de las exigencias mínimas de todo contrato de trabajo, faculta a las partes a que voluntariamente adopten otros pactos adicionales, en la medida que se enmarquen dentro de las obligaciones propias de dicha convención y no impliquen una renuncia de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sea a nivel legal o constitucional.

A su vez, el deber de buena fe, reconocido en el artículo 1546 del Código Civil antes transcrito, resulta exigible tanto a los empleadores como a los trabajadores y consiste en: *«una actitud que propicie la cumplida efectividad del contrato e impregne el modo de ejecutar las propias prestaciones contractuales».* (*Derecho del Trabajo*, Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, 14ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, España, 2006, pág. 593). Asimismo, entre las manifestaciones del deber de buena fe la doctrina comparada incluye: *«la obligación de guardar secreto, en razón a lo que conozca y se refiera al negocio o explotación del empresario».* (Ibídem).

Así, cabe afirmar, *a priori*, que resulta posible pactar una cláusula destinada a resguardar cierto grado de confidencialidad de la información por parte de los trabajadores, de modo complementario a aquellas exigencias dispuestas por el legislador expresamente para ciertos casos, según analizaremos más adelante.

Con todo, la afirmación contenida en el párrafo anterior resulta insuficiente para responder la consulta en comento, toda vez que falta precisar qué

materias, de aquellas que se conozcan con ocasión del contrato de trabajo, pueden quedar razonablemente cubiertas por la obligación de guardar secreto, así como cuál es el ámbito temporal de aplicación de la obligación y, específicamente, si puede extenderse a un período posterior a la fecha de término del contrato de trabajo y, en tal evento, si es posible establecer un límite para tal efecto.

Para responder ambas cuestiones, resulta necesario dar cuenta de normas legales que se relacionan con la materia consultada, tanto las vinculadas directamente al ámbito laboral, como aquellas que siendo ajenas a este, guardan vinculación con la reserva que ciertas personas, por su especial posición, deben guardar.

Así, el artículo 284 del Código Penal, dispone:

*“El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”*

Los artículos 86 al 89 del D.F.L. N°3 de 2006 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial, disponen:

*«Artículo 86: Se entiende por secreto empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva».*

*Artículo 87: “Constituirá violación del secreto empresarial la adquisición ilegítima del mismo, su divulgación o explotación sin autorización de su titular y la divulgación o explotación de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, a condición de que la violación del secreto haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero o de perjudicar a su titular».*

*Artículo 88: Sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, serán aplicables a la violación del secreto empresarial las normas del Título X, relativas a la observancia de los derechos de propiedad industrial».*

El artículo 85 inciso 1° de la Ley N°18.045, Ley de Mercado de Valores, dispone:

*«A los socios, administradores, y en general a cualquier persona que en razón de su cargo o posición tenga acceso a información reservada de las sociedades clasificadas, se les prohíbe valerse de dicha información para obtener para sí o para otros, ventajas económicas de cualquier tipo».*

A su vez, el artículo 22, inciso 8° del D.F.L. 1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dispone:

*«La prueba instrumental podrá presentarse hasta diez días antes de la fecha fijada para la vista de la causa. A solicitud de parte, el Tribunal podrá decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular...».*

Por su parte, el inciso 2° del artículo 39 del mismo cuerpo legal, en la parte final del inciso 4° de la letra n.4, relativo a las facultades del Fiscal Nacional Económico, dispone:

*«...Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado».*

De las normas transcritas se desprende que el legislador exige a ciertas personas la obligación de guardar secreto o reserva de información allí especificada.

Cabe dar cuenta ahora del significado de las expresiones «secreto», «reserva» y «confidencial».

El Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (22ª edición, año 2001) contempla entre las acepciones del vocablo «secreto», las siguientes: *«cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta»*, y *«conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio»*.

A su turno, la expresión «reserva» de acuerdo a la fuente ya citada, significa *«guarda o custodia que se hace de algo, o prevención de ello para que sirva a su tiempo»*, y *«prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa»*.

Por último, el vocablo «confidencial» significa *«que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas»*.

A partir del sentido de dichas expresiones, puede desprenderse que la pretensión del empleador al imponer contractualmente la cláusula en comento ha sido la de impedir que cierta información de la que tome conocimiento el trabajador con ocasión de su labor en una empresa, sea mantenida oculta de terceros.

Teniendo en consideración que la obligación incorporada a los contratos individuales por los que se consulta constituye una manifestación de los derechos constitucionales de libertad de empresa y de propiedad, que le asiste al empleador, cabe ahora revisar si dicha restricción impuesta a los trabajadores en referencia supone una afectación a uno o más de sus derechos constitucionales, específicamente la libertad de trabajo y la libertad de expresión.

En lo que concierne a la primera de las garantías mencionadas es posible advertir que, en la especie, esta podría verse afectada por la extensión del secreto o confidencialidad que estipula la cláusula contractual en referencia, si se limita con ello el desarrollo por el personal de que se trata de futuras prestaciones de servicio, luego del término del contrato que actualmente lo rige; principalmente teniendo en cuenta los términos amplios en que fue concebida dicha obligación contractual, en tanto prohíbe revelar, a toda persona natural o jurídica y con cualquier fin, información alguna de que tome conocimiento con ocasión de la prestación de servicios.

Asimismo, es dable sostener que la libertad de expresión —consagrada también como garantía constitucional en el artículo 12 de la Carta Fundamental y como derecho esencial en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— pueda también verse afectada por los términos en que fue concebida la cláusula contractual de confidencialidad en referencia, toda vez que la extensión del secreto o reserva allí contenida puede limitar el derecho de expresar opiniones por la circunstancia de verse alcanzadas por dicha prohibición, en especial, frente a la eventualidad de una contratación laboral posterior del trabajador respectivo.

Pues bien, de acuerdo a lo sostenido por esta Dirección, a través de los dictámenes N°2210/035, de 10.06.2009 y N°2856/162, de 30.08.2002, entre otros, la colisión de derechos constitucionales que se evidencia a partir de lo señalado en párrafos precedentes y que no hubiere sido resuelta por el legislador, debe ser solucionada aplicando el denominado *principio de proporcionalidad*, que consiste en efectuar un examen de admisibilidad o ponderación de la restricción que se pretende

adoptar basado en la valoración del medio empleado y el fin deseado. Tal principio admite una subdivisión en tres subprincipios, a saber: a) el *principio de adecuación*, según el cual, el medio empleado debe resultar apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada, en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental, cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; b) el *principio de necesidad*, según el cual la medida limitativa debe ser la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que sea menos gravosa, y, c) el *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, que supone analizar si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

A partir de lo señalado en el párrafo anterior, es posible sostener que la obligación de confidencialidad será idónea en la medida que persiga un fin legítimo y que, razonablemente, de acuerdo a su naturaleza, pueda alcanzar dicho objetivo. A priori, parecerá idóneo entonces el fin de cautelar cierta información que supusiere una ventaja de una empresa respecto de la competencia y cuya revelación, por lo mismo, implicará razonablemente un perjuicio para la primera. No parecerá idónea dicha finalidad de reserva, en cambio, si recae en una información de conocimiento público en el medio en el que se desenvuelve la empresa. Tampoco parecerá idónea la reserva que se exija respecto de información que derive de la experiencia adquirida al servicio de un empleador, en cuanto esté formada por conocimientos que se han integrado en la personalidad profesional del trabajador. (Sobre ello, ver: Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, Civitas, Madrid, 1998, pág. 308).

Por otra parte la obligación de confidencialidad será necesaria en la medida que para cautelar el bien jurídico protegido no exista un medio menos gravoso para el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores afectados por la cláusula respectiva. Ciertamente y por más obvio que parezca, la suscripción de la cláusula en el caso planteado obedece a la necesidad del empleador de revelar al trabajador uno o más secretos o información reservada, pues de lo contrario, sería más razonable prescindir de dicho pacto, evitando así limitar el ejercicio de derechos constitucionales del trabajador, en especial los ya descritos.

Por último, la imposición de reserva al trabajador será proporcional si resulta, en el caso concreto en que se aplique, de mayor importancia cautelar el derecho del empleador materializado en la obligación de reserva, que los derechos constitucionales de los trabajadores que pudieren verse afectados. A este respecto, resultará relevante el que el empleador, reflejando el valor asignado a la reserva, disponga diversas medidas (distintas de la prohibición consignada en un contrato de trabajo) tendientes a cautelar tal reserva. Será fundamental también, al momento de ponderar este principio, que el empleador haya precisado claramente la información cuya divulgación pretende limitar. También tendrá relevancia la existencia (y monto de la misma) de la contraprestación que reciba el trabajador por la obligación de confidencialidad, particularmente cuando pudiere alcanzar un período posterior al término del contrato de trabajo (lo contrario, significaría avalar un acuerdo en que el único obligado sería el trabajador, sin contraprestación a cambio) y, por cierto sin agotar otros elementos de juicio pertinentes a este principio, será relevante en orden a favorecer la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de reserva, que el tiempo por el cual rija, una vez terminado el vínculo laboral, sea prudente y proporcionado.

De este modo, a la luz de lo precedentemente expuesto y teniendo en consideración la indeterminación de la norma contractual en referencia, al no precisar claramente, entre otros aspectos, la información cuya divulgación pretende impedir a través de dicho pacto, cabe sostener que resulta jurídicamente procedente pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, incluso para regir más allá del tiempo de su duración, en la medida que respete la necesaria idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la obligación impuesta.

Lo anterior supone, a lo menos, que la confidencialidad recaiga en el conocimiento sobre materias cuya reserva proporcione una ventaja al empleador respecto de las empresas de la competencia y se utilicen medidas razonables para mantenerlas en tal condición, así como la exigencia de que se trate de información que no es generalmente conocida ni de fácil acceso a personas vinculadas al ámbito en que normalmente se utiliza, debiendo consignarse expresamente el carácter reservado de la misma.

Ello obliga, a su vez, a concluir que, con arreglo a lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil, las partes, de común acuerdo, deberán ajustar en tal sentido dicha norma convencional, sin perjuicio del derecho que les asiste, en el evento de generarse entre ambas controversia al respecto, de someter el asunto a conocimiento y resolución de los Tribunales de Justicia.

Por consiguiente, sobre la base de las disposiciones legales, constitucionales y supranacionales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones expuestas, cumpro con informar a Ud. que resulta jurídicamente procedente pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, incluso para regir más allá del tiempo de su duración, en la medida que respete la necesaria idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la obligación impuesta, por tanto, atendida la indeterminación en tal sentido de la cláusula novena de los contratos individuales suscritos por la empresa Express de Santiago Uno S.A. y los trabajadores que ejercen el cargo de asistentes de tráfico *part time*, deberá ajustarse en los términos expuestos en el cuerpo del presente oficio, de común acuerdo por las partes, sin perjuicio del derecho que les asiste, en caso de generarse entre ambas controversia al respecto, de someter el asunto a conocimiento de los Tribunales de Justicia.

2) Requiere, por último, un pronunciamiento acerca de la legalidad del pacto suscrito por las partes en referencia, que permite al empleador encomendar, en forma ocasional, la realización de tareas similares a sus obligaciones contractuales, para personas jurídicas relacionadas con aquel.

Dicho pacto se consigna en la cláusula duodécima de los contratos individuales, suscritos por la empresa Express de Santiago Uno S.A. y los trabajadores contratados para desempeñarse como asistentes de control de tráfico *part time*, en los siguientes términos:

**«DUODÉCIMO: Servicios relacionados**

*El **Empleador** podrá encomendar al **Trabajador**, en forma ocasional, la realización de tareas similares a sus obligaciones contractuales, para personas jurídicas relacionadas con aquél. En este caso, dichas labores se entenderán ejecutadas como parte de las obligaciones del **Trabajador** establecidas en este contrato y no darán lugar a una relación laboral nueva o accesoría, ni a remuneraciones adicionales a las contempladas en este instrumento.*

*Del mismo modo, los servicios prestados por el **Trabajador** para otras empresas, en virtud de los eventuales contratos de prestación de servicios que el **Empleador** pudiere tener con las mismas, no darán lugar a relación laboral ni remuneración adicional alguna para el **Trabajador** con dichas empresas terceras».*

De la norma convencional antes transcrita se infiere que el trabajador se obliga a prestar servicios ocasionales, similares a aquellos que debe realizar en cumplimiento de su contrato, pero a personas jurídicas relacionadas con su empleador, como también a las empresas que hubieren celebrado contratos de prestación de servicios con su empleador y que, en tales casos, dichas labores se entenderán ejecutadas como parte de las obligaciones del trabajador establecidas en el contrato individual respectivo y no darán lugar a una relación laboral nueva o accesoría, ni a remuneraciones adicionales a las convenidas en el referido instrumento.

Por otra parte, del informe evacuado por el fiscalizador de la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Poniente, Sr. Alejandro Giubergia C., consta que solo uno de los cinco trabajadores entrevistados, que se desempeñan como asistentes de tráfico *part time* en la empresa Express de Santiago Uno S.A., manifestó haber trabajado ocasionalmente, en el año 2013, para la empresa Inversiones Alsacia S.A., además de señalar que en atención a la contratación de nuevo personal por esta última, no se ha vuelto a repetir esa situación.

Precisado lo anterior, cabe tener presente que el artículo 10 del Código del Trabajo, en lo pertinente, dispone:

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

*3.- Determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias.”*

De la norma legal antes transcrita fluye que, entre otras menciones obligatorias, el contrato de trabajo debe establecer la naturaleza de los servicios prestados, así como el lugar o ciudad en que hayan de ejecutarse.

Ahora bien, si se tiene en consideración que, con arreglo a la cláusula en referencia, el trabajador puede prestar los servicios a los que se obligó en el respectivo contrato no sólo en el domicilio de la empresa, sino también en el de sus filiales o en el de los terceros que encarguen determinadas labores a la primera, no cabe sino concluir que dicha disposición convencional no precisa en forma clara el lugar en que se prestarán los referidos servicios, no obstante que del precepto legal ya anotado fluye inequívocamente que la determinación del lugar o ciudad en que aquellos deben prestarse por el dependiente constituye una cláusula mínima de todo contrato de trabajo.

En relación con lo anterior, cabe hacer presente que esta Dirección ha sostenido invariablemente, entre otros, en dictámenes N°2790/133, de 07.05.1995 y N°4428/173, de 22.10.2003, que la intención del legislador, al establecer dicha norma, ha sido garantizar que el trabajador conozca con certeza el lugar en que le corresponderá desempeñar las labores o funciones acordadas, con el objeto de evitar que en este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador; ello se traduce en la improcedencia jurídica de convenir cláusulas amplias que faculten al empleador para determinar a su arbitrio los lugares en que el respectivo dependiente deberá prestar servicios, entre las distintas alternativas establecidas en el contrato.

A lo ya expuesto cabe agregar que la misma cláusula analizada prevé el cambio del lugar de prestación de servicios del trabajador en caso de convenir, a su vez, el empleador, ejecutar funciones por encargo de terceros, sin especificar cuáles son estos últimos, como tampoco si las labores encomendadas por las empresas mandantes a que hace referencia el inciso 2° de la citada convención, constituirán trabajo en régimen de subcontratación o se trataría de servicios que se ejecutarían de manera discontinua o esporádica y, por ende, no regidos por las normas del Párrafo 1 del Título VII del Libro I del Código del Trabajo.

Con el mérito de lo expresado, posible es convenir que la cláusula en comento no se ajusta a derecho en cuanto en ella no se determina en forma unívoca y precisa el lugar exacto en que han de prestarse los servicios, toda vez que establece múltiples alternativas, cuya definición queda entregada a la decisión unilateral del empleador.

Finalmente, se consulta sobre la eventual configuración de una forma de simulación, atendida la supuesta práctica habitual de la prestación de servicios para un tercero a que se habrían visto obligados los trabajadores en comento.



Al respecto, cabe hacer presente que en conformidad a la doctrina sustentada por este Servicio sobre la materia, contenida en el dictamen N°922/25, de 11.03.2003, la norma del inciso 1° del artículo 507 del Código del Trabajo (artículo 478, inciso 1°, a la fecha de emisión del citado oficio) sanciona al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, además de hacer recaer en aquel el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales y el pago de todas las prestaciones que correspondieren a los trabajadores que han sido objeto de la simulación.

De este modo, es posible señalar como elementos constitutivos de la conducta calificada y sancionada como ilegal, y que deben concurrir copulativamente, los siguientes:

En primer lugar, que una persona natural o jurídica tenga la calidad de empleador respecto de un trabajador, cuestión determinada en nuestro ordenamiento jurídico por el criterio de subordinación o dependencia, que señala quién debe ser considerado, en conformidad con los hechos, como acreedor de los servicios y deudor de las prestaciones laborales.

Lo anterior, a la luz de lo expresamente dispuesto en el artículo 3°, letra a), del Código del Trabajo, en cuanto señala que debe entenderse por empleador: *«la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo»*, y determina, además, en la letra b), que debe entenderse por trabajador: *«toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo»*.

En segundo lugar, que dicho empleador no tenga escriturado el respectivo contrato de trabajo en calidad de empleador, esto es, que pese a encontrarse encuadrado dentro de la situación a la que se refiere el artículo 3° del Código del Trabajo citado, esto es, recibe y utiliza los servicios personales del trabajador en condiciones de dependencia y subordinación, no haya dado cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 9°, inciso 1° del mismo texto legal, en cuanto exige precisamente al empleador la escrituración de la relación laboral respectiva. El citado precepto dispone: *«El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante»*.

En tercer y último lugar, que concurra la presencia de un tercero —persona natural o jurídica— que aparezca como acreedor de los servicios del trabajador, ya sea a título de empleador o de cualquier otro, produciendo como resultado el encubrimiento del vínculo laboral que existe entre el verdadero empleador y el trabajador involucrado.

De este modo, analizados los elementos constitutivos de la conducta sancionada por el inciso 1° del citado artículo 507, recién descritos, es posible señalar que se trata de una típica figura de fraude laboral, esto es, un caso en que un sujeto de derecho incumple una norma legal mediante una conducta aparente y formalmente ajustada a otra ley, que da cobertura al acto, pero que disimula o encubre la elusión de la primera.

Ahora bien, como ya se precisara, de acuerdo al citado informe de fiscalización, solo uno de los cinco trabajadores entrevistados habría prestado ocasionalmente servicios para la empresa Inversiones Alsacia S.A., en el transcurso del año recién pasado, situación que no se habría vuelto a verificar en atención a la contratación de personal por la citada entidad, de manera tal que, en opinión del suscrito, no se cumplirían íntegramente las condiciones exigidas por la norma legal en comento para determinar la existencia, en este caso, de simulación o encubrimiento de la calidad de empleador por la aludida entidad empresarial.

Por consiguiente, sobre la base de la disposición legal citada, jurisprudencia invocada y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Uds. que la cláusula novena de los contratos individuales en referencia, contraviene la normativa laboral vigente, toda vez que no determina en forma clara y precisa el lugar de prestación de los servicios convenidos, así como tampoco el régimen al que están afectos los dependientes en el evento de que por aplicación de dicha cláusula, deban ejecutar funciones para un tercero.

Saluda atentamente a Ud.,



RAFAEL PEREIRA LAGOS  
ABOGADO  
DIRECTOR DEL TRABAJO (S)

JFCC/SOG/MPKC  
Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control
- I.C.T. Santiago Poniente
- Express de Santiago Uno S.A.  
(Av. El Roble N°200, Pudahuel).