

ORD. N° _____/_____/_____

MAT.: Niega lugar a la reconsideración de las instrucciones N°s. 94-279 de 16.11.94 y 94-390, de la misma fecha, en los puntos que indica, impartidas a la Corporación de Desarrollo Social de Providencia por la fiscalizadora Sra. Mónica Mujica Fuenzalida.

Se deja sin efecto el punto que señala de las referidas instrucciones N° 94-390.

ANT.: 1) Ord. N° 2275, de 29.12.94, de Inspector Comunal del Trabajo de Providencia.
2) Pase N° 1396, de 23.11.94, de Sra. Directora del Trabajo.
3) Presentación de 21.11.94, de Sr. Gastón Vicuña García, Secretario General de la Corporación de Desarrollo Social de Providencia.

FUENTES:

Código del Trabajo, artículos 7º, 9º inciso 1º, 10 N°s. 3 y 5; Ley 19.070, artículo 38; D.L. 3.500, artículo 19 inciso 2º; D.S. 453, de 1992, artículo 97.

CONCORDANCIAS:

Ord. 2436/149, de 14.05.93;
Ord. 3563/139, de 01.07.92;
Ord. N° 3943, de 03.08.84.

SANTIAGO, 15 FEB 1995

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SR. GASTON VICUÑA GARCIA
CORPORACION DE DESARROLLO SOCIAL DE PROVIDENCIA

Mediante presentación del antecedente 3) se ha solicitado a esta Dirección reconsideración de las instrucciones N°s. 94-279 y 94-390, de 16 de noviembre de 1994, impartidas a la Corporación de Desarrollo Social de Providencia por la fiscalizadora Sra. Mónica Mujica Fuenzalida, que ordenan a dicha Entidad lo siguiente:

a) Actualizar el contrato de trabajo de la señora Emilia Torres Rojas, quien se desempeña en el Colegio Juan Pablo Duarte, en cuanto a la labor y función a desempeñar y la distribución de la jornada semanal de trabajo.

b) Ajustar cláusula 8ª del contrato de trabajo de los paradoscentes, auxiliares y otros al beneficio adquirido por cláusula tácita.

c) Ajustar cláusula 3ª del contrato de trabajo del personal docente de la Corporación al artículo 97 D.S. Nº 453 del Reglamento de la Ley Nº 19.070 (artículo 38).

d) Pagar descuentos previsionales efectuados al personal docente que adhirió al paro del día 18.05.94.

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

a) En lo que respecta a la instrucción signada con esta letra cabe tener presente que el artículo 10 del Código del Trabajo, en sus números 3 y 5, establece:

" 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;

" 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;"

Del contexto de la disposición legal transcrita fluye que el contrato de trabajo, entre otras menciones obligatorias, debe establecer la naturaleza de los servicios prestados y la forma en que la jornada de trabajo va a ser distribuida.

Ahora bien, en lo que respecta a la primera obligación, esta Dirección en dictamen Nº 2768, de 4 de junio de 1984, ha señalado que la obligación de determinar la naturaleza de los servicios debe ser entendida en orden a establecer o consignar, en forma clara y precisa, el trabajo específico para el cual ha sido contratado el dependiente.

En otros términos, esto significa conocer con exactitud y sin lugar a dudas la labor o servicios que el dependiente se obliga a efectuar al respectivo empleador.

En efecto, es necesario tener presente que la finalidad o intención que tuvo en vista el legislador al obligar a las partes a determinar en el contrato de

trabajo la naturaleza de los servicios fue, conforme lo ha reiterado la doctrina de este Servicio, la de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que, a través de esta exigencia, el dependiente conoce la labor específica que debe cumplir, y el empleador los servicios que puede requerirle, propósito éste que sólo podrá cumplirse si la determinación de los mismos se hace en los términos concretos señalados precedentemente.

Asimismo, y en lo que dice relación con la segunda de las obligaciones mencionadas, ella obedece al deseo del legislador de que el dependiente conozca con certeza también la distribución de la jornada de trabajo, tanto diaria como semanal, en términos que se evite que en este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador.

En la especie, y de los antecedentes tenidos a la vista se ha podido determinar que el contrato de trabajo de la dependiente Sra. Emilia Torres Rojas no tiene establecida la labor que desempeña actualmente, como tampoco, contiene dicho instrumento la distribución de su jornada de trabajo, razón que motivó la instrucción de que se trata.

En efecto, de los aludidos antecedentes aparece que el contrato de trabajo de la dependiente Sra. Torres consigna que "se compromete y obliga a ejecutar labores de biblioteca y a realizar todas aquellas demás actividades que emanen precisamente de la naturaleza de su empleo, directa o indirectamente relacionados con lo que disponga la ley, el reglamento de autoridad, el reglamento interno de los Establecimientos Educativos y el Reglamento Interno de la Corporación de Desarrollo Social de Providencia".

Ahora bien, de acuerdo al informe de fecha 06.01.95, de la fiscalizadora actuante Sra. Mónica Mujica Fuenzalida a la referida trabajadora a contar del 25 de abril de 1994, se le ordenó tomar a su cargo las rendiciones de cuentas de caja chica y talleres que implican manejar el dinero que la Corporación de Desarrollo Social de Providencia entrega al Colegio Juan Pablo Duarte para gastos de material de oficina, movilización, fotocopias, aulas de electricidad y vestuario. Posteriormente, a contar del 28.11.84, después de una licencia médica, la referida dependiente asume funciones en la elaboración de material didáctico, tales como guías de trabajo en la asignatura de matemáticas.

De consiguiente, a la luz de lo expuesto y doctrina del Servicio citada, posible es concluir que la instrucción cursada en el sentido de actualizar el contrato de trabajo de la trabajadora de que se trata, tanto en cuanto a las funciones que desempeña actualmente como a la distribución de su jornada de trabajo, se encuentra ajustada a derecho.

b) En lo concerniente a la segunda instrucción anotada, vale decir, aquella relativa a ajustar la cláusula 8ª del contrato de trabajo de los paradocentes, auxilia-

res y otros al beneficio adquirido por cláusula tácita que dice relación con el feriado de que estos trabajadores hacen uso en la práctica, cabe señalar que para absolver adecuadamente el caso en estudio, se hace necesario recurrir al artículo 90 del Código del Trabajo, que en su inciso 10, prescribe:

" El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en el plazo a que se refiere el inciso siguiente y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante".

De la norma preinserta se infiere que el contrato individual de trabajo es consensual, esto es, se perfecciona por el mero consentimiento o acuerdo de voluntad de las partes contratantes, con prescindencia de otras exigencias formales o materiales para la validez del mismo.

Sin embargo, cabe expresar que no obstante su carácter consensual, el contrato de trabajo debe constar por escrito y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante, formalidad ésta que el legislador ha exigido como requisito de prueba y no como requisito de existencia o validez del mismo.

Ahora bien, como consecuencia de que el contrato individual de trabajo tiene carácter "consensual", deben entenderse incorporadas a él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito, sino que, además, aquellas no escritas en el documento respectivo, pero que emanan del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, manifestado en forma libre y espontánea, consentimiento éste que es de la esencia del contrato y, por ende, requisito de existencia y validez del mismo.

Aun más, la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación expresa de voluntad como de una tácita, salvo aquellos casos en que la ley, por razones de seguridad jurídica, exige que opere la primera de las vías señaladas.

Ahora bien, la manifestación tácita a que se ha hecho alusión está constituida por la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, lo que lleva a la existencia de cláusulas tácitas que se agregan a las que en forma escrita configuran el contrato individual de trabajo.

De lo expuesto anteriormente, es posible concluir entonces que una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas al respectivo contrato las que derivan de la reiteración de pago u omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornada, etc. que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes

durante un lapso prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, configurando así un consentimiento tácito entre ellas, el cual, a su vez, determina la existencia de una cláusula tácita, la que debe entenderse como parte integrante del contrato respectivo.

En la especie, de los antecedentes que obran en poder de este Servicio, en especial, del informe de la fiscalizadora Sra. Mónica Mujica Fuenzalida, aparece que el empleador ha otorgado anualmente y desde hace varios años a todo el personal paraprofesor y de auxiliares del Liceo José Victorino Lastarria y Colegio Juan Pablo Duarte, vacaciones en período de invierno, fiestas patrias y verano, cuyo número de días depende en cada caso del trabajo pendiente que exista, tanto administrativo, como de reparaciones y mantención. Existe para tales efectos un sistema de turnos. A modo de ejemplo el referido informe consigna que al personal paraprofesor se le ha otorgado en período de invierno, dos semanas, haciendo uso en general del mismo número de días que los alumnos, debiendo asistir un solo día al colegio durante dicho lapso, para efectos de supervisar el aseo. Luego, para fiestas patrias también se les concede el mismo número de días que a los alumnos, con igual obligación de asistir un día, para vigilar las labores de aseo. Finalmente, en época de verano, el mismo personal una vez terminado su trabajo administrativo, hace uso de vacaciones aproximadamente desde la segunda semana de enero, teniendo en total un lapso superior a los 30 días de descanso en este período.

Ahora bien, si se analiza el caso en estudio a la luz de las conclusiones doctrinarias anotadas en acápites que anteceden, no cabe sino sostener que ha existido un acuerdo tácito de voluntades entre empleador y trabajadores en orden a otorgar a éstos en total un feriado superior al legal, beneficio del que se hace uso en la forma y oportunidades señaladas precedentemente, lo que se ha traducido, a la vez, en una cláusula tácita de los respectivos contratos individuales de trabajo.

Se sigue de lo expuesto que no procede jurídicamente acceder a la reconsideración solicitada en lo que respecta a este punto.

c) En relación a la instrucción signada con esta letra, cabe tener presente que la cláusula tercera de los contratos de trabajo suscritos entre la Corporación de Desarrollo Social de Providencia y los docentes dependientes de la misma, establece que: "sin perjuicio del establecimiento fijado para que el trabajador preste sus servicios, las partes autorizan a la Corporación para disponer que dichos servicios los realice el docente en otros establecimientos de la comuna cuando las necesidades docentes así lo requieran previa consulta al profesor y sin que ello implique menoscabo para el mismo".

Por su parte, es necesario tener presente que el inciso 1º del artículo 38 de la Ley Nº 19.070, que aprobó el Estatuto Docente, publicada en el Diario Oficial de fecha 01.07.91, prescribe:

" Los profesionales de la educación podrán ser objeto de destinaciones a otros establecimientos educacionales, dependientes de un mismo Departamento de Administración de la Educación o de una misma Corporación Educacional según corresponda, a solicitud suya o por resolución fundada de la autoridad para hacer la designación, previa consulta al profesional respectivo y sin que signifique menoscabo en su situación laboral y profesional".

De la disposición legal precedentemente transcrita, inserta en el Título III del Estatuto Docente, referida a la carrera de los profesionales de la educación del sector municipal, entre los que se encuentran los docentes de establecimientos educacionales dependientes de las Corporaciones Municipales, se deduce que dichos profesionales pueden ser objeto de destinaciones a otros establecimientos educacionales de una misma Corporación Educacional, ya sea a solicitud suya o bien por resolución de la autoridad facultada para hacer tal designación.

Se infiere asimismo que, en el evento que tal destinación opere por la vía de la autoridad competente, se exige, para que tal medida se ajuste a derecho, la concurrencia de tres requisitos copulativos, a saber:

1) Que se consulte previamente al profesional respectivo.

2) Que la destinación no produzca menoscabo en la situación laboral y profesional del docente.

3) Que la resolución en que se materializa la destinación sea fundada.

Así lo ha sostenido este Servicio en ordinario Nº 3563/139, de 01.07.92.

Por su parte, el artículo 97 del D.S. Nº 453, reglamentario del Estatuto Docente, publicado en el Diario Oficial del día 3 de septiembre de 1992, establece:

" Los profesionales de la educación podrán ser objeto de destinaciones a otros establecimientos educacionales, dependientes de un mismo Departamento de Administración de Educación Municipal o de una misma Corporación Educacional, según corresponda.

" La destinación podrá ser:

" a) Voluntaria, a petición suya, que la autoridad puede o no aceptar discrecionalmente; o

" b) Por Resolución fundada del
 " Alcalde, previa consulta al profesional de la educación y
 " siempre que no signifique menoscabo en su situación laboral y
 " profesional.

La norma legal transcrita precedentemente consigna en términos similares a la disposición contenida en el aludido artículo 38 de la ley N^o 19.070, la forma en que el profesional de la educación puede ser objeto de destinaciones a otros establecimientos educacionales de una misma Corporación Educacional, entre otros casos.

Como es dable apreciar, la modificación del lugar de la prestación de los servicios puede operar por decisión unilateral de cualquiera de las dos partes, esto es, a solicitud del docente o por resolución de la autoridad competente para tal efecto, caso en el cual ésta debe cumplir los requisitos signados con los números 1, 2 y 3 precedentes.

Ahora bien, analizada la cláusula a la luz de la doctrina citada y consideraciones expuestas, posible es convenir, a juicio de la suscrita, que el hecho de que las partes hayan pactado en el contrato, la posibilidad de modificar el lugar de la prestación de los servicios, no implica una transgresión de la disposición contenida en el artículo 38 de la ley 19.070, transcrito y comentado precedentemente, si se considera que tal medida operaría, en tal caso, previo acuerdo de las partes, en circunstancias que el legislador posibilita que ésta se lleve a efecto por voluntad unilateral de cualquiera de ellas, en la medida que se de cumplimiento a los requisitos legales correspondientes.

La afirmación anterior se corrobora aún más si aplicamos a la situación en análisis el aforismo jurídico que establece que "quien puede lo más, puede lo menos".

Por otra parte, cabe tener presente que cualquiera sea la forma en que se lleve a efecto la destinación, esto es, sea producto de un acuerdo entre docente y empleador, o por decisión unilateral de alguno de ellos, las partes se verán en la obligación de cumplir la totalidad de los requisitos a que se ha hecho mención en los párrafos que anteceden.

De esta suerte, atendido todo lo expuesto no cabe sino concluir que la instrucción de que se trata no se encuentra ajustada a derecho y procede, por lo tanto, su reconsideración.

d) En lo concerniente a la última de las instrucciones impugnadas, que ordenan a la requirente pagar el descuento previsional efectuado al personal docente que adhirió al paro del día 18.05.94, cabe tener presente que el artículo 72 del Código del Trabajo, 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".

Del precepto legal transcrito se infiere que el contrato de trabajo es un acto jurídico bilateral que genera obligaciones recíprocas para ambas partes.

Se desprende, asimismo, que para el empleador tales obligaciones consisten, fundamentalmente, en proporcionar al trabajador el trabajo convenido y pagar por él la remuneración acordada y, para el trabajador, en ejecutar el servicio para el cual fue contratado.

Ahora bien, atendido el carácter bilateral del contrato de trabajo, esta Dirección ha sostenido en forma reiterada y uniforme que el trabajador sólo tiene derecho a remuneración en cuanto cumpla con su obligación correlativa de prestar servicios, salvo la concurrencia de causa legal que establezca dicho pago o del acuerdo de las partes en este sentido.

De esta manera, en la especie, posible resulta afirmar que si los trabajadores de que se trata no laboraron el día 18.05.94 su jornada de trabajo convenida debido a que adhirieron a un paro de docentes realizado ese día, el empleador se encontró facultado para descontar el valor correspondiente al tiempo no laborado por tal causa.

En lo que se refiere específicamente a la obligatoriedad del empleador de pagar las cotizaciones correspondientes, es necesario tener presente que ésta es una obligación de carácter legal y accesoria a la de pagar las remuneraciones, de suerte tal que si el empleador se encuentra exonerado de pagar estas últimas debe entenderse por tanto liberado del pago de las primeras.

Lo anterior se encuentra corroborado por el inciso 2º del artículo 19 del D.L. 3.500, precepto que, en concordancia con el inciso 1º del artículo 58 del Código del Trabajo, obliga al empleador a deducir las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador.

Cabe recordar que a partir del 1º de marzo de 1981 fecha de entrada en vigencia del D.L. 3.501, las cotizaciones son de cargo exclusivo de los trabajadores por expresa disposición del artículo 1º del citado texto legal.

En tales circunstancias, es posible concluir que el empleador no se encuentra obligado a pagar las cotizaciones correspondientes cuando existe una causa justificada que lo exonera de pagar al trabajador la remuneración convenida.

En la especie, encontrándose la Corporación requirente liberada de la obligación de pagar la remuneración de los docentes por el día 18 de mayo de 1994, por

las razones señaladas en acápites que anteceden, posible resulta afirmar que también se encontró liberada de la obligación de efectuar las cotizaciones previsionales correspondientes a ese día, circunstancia ésta que autoriza para sostener que el descuento efectuado a los trabajadores por el concepto antes referido, no resulta jurídicamente procedente.

De consiguiente, la instrucción que ordenó devolver a dichos dependientes el descuento previsional efectuado por el día en referencia, se encuentra ajustada a derecho, y no procede, por ende, su reconsideración.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. que se niega lugar a la reconsideración de las instrucciones N^os. 94-279, de 16.11.94 y 94-390, de la misma fecha, en los puntos que se indican en el presente oficio, impartidas a la Corporación de Desarrollo Social de Providencia por la fiscalizadora Sra. Mónica Mujica Fuenzalida.

Se deja sin efecto la instrucción impartida por la referida fiscalizadora a la misma Entidad, contenida en el oficio N^o 94-390, que ordenaban ajustar la cláusula 3^a del contrato del personal docente de aquella, a las normas del artículo 38 de la ley N^o 19.070 y D.S. N^o 453.

Saluda a Ud.,



MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO

MAO/nar
Distribución:
Jurídico
Partes
Control
Boletín
Deptos. D.T.
Subdirector
Of. Consultas
XIII Regiones
c.c: al Sindicato