



DEPARTAMENTO JURÍDICO
K.1239 (237)/2015



2092

ORD. N°: _____

Jurídico

MAT.: Atiende presentación que indica.

ANT.: 1.-Instrucciones de 16.03.2015, de Jefe Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S).
2.-Presentación de 30.01.2015, de Sr.Germán Angelotti Gaete.

SANTIAGO,

28 ABR 2015

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SR. GERMÁN ANGELOTTI GAETE
LOS PUDÚES N° 433
PEÑALOLÉN

Mediante presentación del antecedente 2) formula diversas consultas en relación con los trabajadores que laboran a trato y solicita un pronunciamiento de esta Dirección al respecto. Específicamente señala las siguientes:

1.- Situación de los trabajadores que laboran bajo tal modalidad en dependencias del empleador, precisando si el respectivo contrato está afecto a alguna formalidad especial, si están obligados a cumplir una determinada jornada laboral y por ende, si están sujetos a horario de trabajo y control de asistencia.

2.- Situación de los trabajadores que laboran bajo la misma modalidad, en su propio domicilio o en dependencias de un tercero.

3.-Conformación de la remuneración de los referidos trabajadores, precisando si les corresponde el pago de un sueldo base, señalando en caso afirmativo su monto, especificando las glosas que deben contener las respectivas liquidaciones de remuneraciones.

4.-Procedencia jurídica de asignar labores distintas a las pactadas, en caso de imposibilidad de otorgarles trabajos relacionados con el trato convenido.

5.- Forma de pago de las horas improductivas y de la semana corrida.

6.- Base de cálculo del feriado legal.

7.- Procedencia de laborar jornada extraordinaria de trabajo.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

1.- En lo que respecta a la primera consulta formulada, cabe precisar, en primer término, que no existe una normativa especial que regule el contrato de los trabajadores de que se trata por lo cual resultan aplicables a su respecto las normas generales que sobre el particular se establecen en el Código del Trabajo.

En cuanto a si tales trabajadores están obligados a cumplir una determinada jornada laboral, cúpleme informarle que mediante dictamen N° 5839 de 10.12.84, este Servicio estableció que los trabajadores que laboran exclusivamente a trato están afectos a la jornada ordinaria de 48 horas semanales vigente a esa época, máximo semanal que fue reducido a 45 horas por el N° 7, letra a) del artículo único de la ley N° 19.759, publicada en el Diario Oficial de 05.10.2001, disposición que entró a regir el 1° de enero de 2005 por expresa disposición del artículo 3° transitorio de la misma ley.

La aludida conclusión se fundamenta en que el personal de que se trata, por su sola condición de tal, no aparece incluido entre las exclusiones a la limitación de jornada que regula actualmente el Código del Trabajo en su artículo 22, inciso 2, por lo cual debe considerarse afecto a la norma general que hoy establece el inciso 1° del mismo precepto.

La mencionada doctrina precisa que la circunstancia de que el trabajo se realice a trato *“sólo dice relación con el sistema remuneracional de los trabajadores que laboran bajo tal modalidad, de tal manera que no podrá tener incidencia alguna en la sujeción o no a una determinada jornada de trabajo”*.

Acorde a lo ya señalado, forzoso resulta convenir que el personal por el que se consulta está afecto a la jornada ordinaria máxima legal de 45 horas semanales que prevé el inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo, la cual, en conformidad a lo preceptuado por el artículo 28 del mismo cuerpo legal no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días ni superar las 10 horas ordinarias diarias de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el inciso final del artículo 38 de dicho Código, relativo a la facultad del Director del Trabajo para autorizar la implantación de sistemas excepcionales de distribución de jornada de trabajo y descansos, en los términos previstos en dicha disposición legal.

Teniendo presente lo expuesto debe necesariamente concluirse que el empleador de dicho personal se encontrará obligado a mantener a su respecto un sistema de control de asistencia y determinación de las horas de trabajo en los términos previstos en el inciso 1° del artículo 33 del Código del Trabajo, que establece:

“Para los efectos de controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo, sean ordinarias o extraordinarias, el empleador deberá llevar un registro que consistirá en un libro de asistencia del personal o en un reloj control con tarjetas de registro”.

2.- En lo que concierne a esta consulta debo manifestar a Ud. que los antecedentes proporcionados en su presentación no son suficientes para establecer si en las situaciones planteadas los servicios serán prestados bajo un vínculo contractual de índole laboral que deba regirse por el Código del Trabajo y que se encuentren por lo tanto dentro del ámbito de competencia de este Servicio, por lo que para resolver al respecto, deberá precisarse la forma y condiciones de la referida prestación, no correspondiendo, por ahora, emitir un pronunciamiento sobre el particular.

3.- En cuanto a la consulta signada con este número, cúpleme manifestar a Ud. que la ley N° 21.281, publicada en el Diario Oficial de 28.07.2008, que modificó, entre otros, el artículo 42 del Código del Trabajo, estableció en su letra a) que el sueldo de los trabajadores afectos a una jornada ordinaria de trabajo no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual, normativa que, por lo tanto, no resulta aplicable a quienes están excluidos de la limitación de jornada. De ello se sigue que todos los trabajadores contratados a partir de esa fecha, afectos a una jornada ordinaria de trabajo, tienen derecho a gozar de un sueldo base equivalente al ingreso mínimo mensual o a su proporción, según se trate de jornada completa o parcial, pudiendo, en conformidad a la doctrina vigente de este Servicio, considerarse para enterar dicho ingreso mínimo, todo estipendio que jurídicamente pueda ser calificado como sueldo.

Es del caso señalar que respecto de los contratos vigentes al 28.08.2008, que no contemplaran un sueldo base o estableciéndolo este fuere inferior al ingreso mínimo mensual, la señalada ley estableció un plazo de seis meses para proceder a efectuar el respectivo ajuste, tomando como base para ello las remuneraciones variables de los respectivos trabajadores.

Para su mejor comprensión, se adjunta copia de Ordinario N° 3152/063 de 25.07.2008, de esta Dirección del Trabajo a través del cual se fija el sentido y alcance, entre otros, del artículo 42 a) del Código del Trabajo, en su texto fijado por la referida ley N° 20.281.

Al tenor de lo expuesto y considerando que como ya se expresara en el punto anterior los trabajadores que laboran a trato están afectos a jornada laboral de acuerdo al inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo, preciso es convenir que resulta aplicable a su respecto la normativa que sobre el sueldo base se contiene en la letra a) del artículo 42 ya citado, teniendo derecho, por ende a gozar del referido estipendio en los términos allí previstos.

En lo que respecta a la consulta relativa a las glosas que deben contener las respectivas liquidaciones de remuneraciones, cabe expresar que éstas deberán ajustarse a las disposiciones que al efecto se contienen en el inciso final del artículo 54 del Código del Trabajo, que prescribe que junto con el pago (de las remuneraciones) el empleador deberá entregar al trabajador un comprobante con indicación del monto pagado, de la forma como se determinó y de las deducciones efectuadas, lo que implica que dicho documento deberá contener el detalle del monto pagado, forma y determinación de dicho pago y de las deducciones practicadas, sean estas legales o contractuales.

Cabe agregar a lo ya señalado, la obligación que sobre la materia se contiene en el inciso 3° del artículo 54 bis del Código del Trabajo, conforme al cual las liquidaciones de remuneraciones deberán contener en un anexo -que constituye parte integrante de las mismas- los valores de cada comisión, bono, premio u otro incentivo que recibe el trabajador, junto al detalle de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo. Al respecto me permito remitir copia del Ordinario N° 4814/044 de 31.10.12 que fija el sentido y alcance de los artículos 54 bis y 55 del Código del Trabajo, incorporado y modificado, respectivamente, por ley N°20.611, publicada en el Diario Oficial de 08.08.2012.

4.- En lo que dice relación con la presente consulta referida a la posibilidad de asignar labores distintas a las pactadas en el contrato de trabajo en el evento de no ser posible darles el trabajo convenido, cabe señalar que constituyendo tal materia una estipulación mínima del contrato de trabajo, en principio, cualquier modificación al respecto debe ser fruto del acuerdo de las partes contratantes. La citada conclusión encuentra su fundamento en los artículos 10 N° 3 y 5°, inciso 3, del Código del Trabajo, el primero de los cuales prescribe:

"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".

Por su parte, el artículo 5° del citado cuerpo legal, en su inciso 3°, expresa:

"Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente".

Como es dable apreciar, de los preceptos legales transcritos se desprende claramente que la determinación de la naturaleza de los servicios constituye una cláusula mínima del contrato de trabajo, que como tal, no puede ser modificada sino por consentimiento mutuo de las partes contratantes. Corroborra lo anterior el precepto del artículo 1545 del Código Civil que, prescribe:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

De esta última norma legal se infiere igualmente que las cláusulas de todo contrato legalmente celebrado son jurídicamente obligatorias y no pueden ser modificadas sino por mutuo consentimiento o por causas legales.

Conforme a todo lo expuesto y reiterando la conclusión anterior, preciso es concluir que el empleador no se encuentra facultado para modificar en forma unilateral o por su sola voluntad la naturaleza de los servicios del trabajador pactada en su contrato, siendo necesario para ello el consentimiento o acuerdo de este último.

Acorde a lo señalado preciso es convenir que nada obsta a que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puedan acordar modificar la cláusula contractual relativa a la determinación de la naturaleza de los servicios, reemplazando la función o funciones primitivamente pactadas.

Sin perjuicio de lo expuesto en párrafos que anteceden cabe señalar que, en forma excepcional, nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla la posibilidad de que el empleador en forma unilateral introduzca alteraciones al contrato de trabajo, entre otros aspectos, en materia de funciones, pero exclusivamente dentro de los márgenes y en las condiciones previstas por el legislador. Dichas atribuciones se enmarcan dentro de lo que en doctrina se conoce como "ius variandi", definida por los tratadistas como "la facultad que tiene el empleador, derivada de su potestad o poder de dirección, para alterar unilateralmente los límites de la prestación de trabajo."

Sobre el particular y en el contexto de la consulta planteada cabe tener presente que el artículo 12 del Código del Trabajo, establece:

"El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que aquellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

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

Del precepto legal citado se infiere, en lo que concierne al caso planteado, que el empleador puede alterar unilateralmente la naturaleza de los servicios, a condición que se trate de labores similares y sin que ello importe un menoscabo para el trabajador, quien, en caso de sentirse afectado, podrá reclamar dentro de 30 días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho al Inspector del Trabajo respectivo, de cuya resolución podrá recurrirse al juez del trabajo, dentro de quinto día.

5.- En relación a esta consulta, esto es, forma de pagar las horas improductivas y la semana corrida a los referidos trabajadores, cabe señalar, respecto de la primera de dichas interrogantes, que para su resolución es necesario recurrir a los artículos 7° del Código del Trabajo y 1545 del Código Civil, este último transcrito y comentado en el punto 4 de este informe.

El citado artículo 7°, prescribe:

"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."

De las disposiciones legales precedentemente transcritas se desprende que el contrato individual de trabajo es un acto jurídico bilateral en cuanto genera obligaciones recíprocas para las partes contratantes, el cual debe ser cumplido en su integridad en tanto éstas no acuerden dejarlo sin efecto o concurra una causa legal que lo invalide.

Al respecto, la doctrina institucional ha sostenido que las principales obligaciones que la ley ha impuesto al empleador consisten en otorgar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada, agregando que éste no puede exonerarse de tales obligaciones, salvo por la ocurrencia de circunstancias que puedan ser calificadas como caso fortuito o fuerza mayor en los términos previstos en el artículo 45 del Código Civil, esto es, cuando se produzca un *“imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*

Precisado lo anterior, cabe tener presente además, la norma contenida en el inciso 2° del artículo 21 del Código del Trabajo, la cual previene:

“Se considerará también jornada de trabajo el tiempo que el dependiente permanezca sin realizar labor por causas que no le sean imputables”.

Del precepto legal transcrito se desprende que la ley considera jornada de trabajo, no solo el tiempo en que el trabajador presta efectivamente sus servicios en conformidad al contrato, sino también, el que permanece sin realizar labor cuando concurren copulativamente los siguientes requisitos:

a)-Que el trabajador se encuentre a disposición del empleador y,

b)- Que su inactividad provenga de causas no imputables a su persona, vale decir, que tal inactividad tenga su origen en causas ajenas a su voluntad.

Sobre la base del análisis de dichas normas, este Servicio ha resuelto que dándose tales circunstancias, se configuraría una jornada pasiva que, como tal, obligaría al empleador a remunerarla al igual que la jornada activa, esto es, cuando existe una efectiva prestación de servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, cúpleme informarle que para dar una respuesta definitiva sobre el particular se requeriría contar con los antecedentes que permitan resolver en forma fundada la situación específica de que se trate, no correspondiendo emitir pronunciamientos genéricos al respecto.

En cuanto al otro aspecto comprendido en esta consulta, esto es, la forma de pago del beneficio de semana corrida a los aludidos dependientes, cúpleme remitir a Ud. copia de los dictámenes N° s 3266/066, de 05.08.2008, 129/002 de 12.01.09 y 110 /001, de 08.01.09, de este Servicio, que inciden sobre el particular.

6.- Respecto a la consulta signada con este número, referida a la base de cálculo del feriado legal, cabe señalar que el personal de que se trata debe regirse por las normas generales que al efecto se contemplan en los artículos 67 y siguientes del Código del Trabajo, la primera de las cuales consagra el derecho de todo trabajador con más de un año de servicio a gozar de 15 días hábiles por tal concepto, con remuneración íntegra.

A su vez, el artículo 71 del mismo cuerpo legal, establece la forma de determinar la remuneración íntegra que debe percibir el trabajador durante el período en que hace uso de feriado legal, considerando para ello el sistema remuneracional a que se encuentra afecto.

Así, tratándose de dependientes con remuneración fija, la remuneración íntegra a que alude dicho precepto, estará constituida por el sueldo; para aquellos sujetos a remuneración variable, será el promedio de las remuneraciones variables durante los últimos tres meses laborados y para aquellos afectos a un sistema de remuneración mixto, la remuneración íntegra estará conformada por el referido promedio más el sueldo convenido.

Al respecto, se adjunta copia de Ord. N°s 2921/055, de 21.07.11 y 3740/35 de 27.08.12, que inciden sobre la materia.

7.- En lo que respecta a la última consulta formulada, vale decir, la posibilidad de que el personal de que se trata labore horas extraordinarias, cabe precisar primeramente que en conformidad a lo prevenido por los artículos 30 y 31 del Código del Trabajo se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal de 45 horas semanales o de la pactada contractualmente si esta fuere inferior, como también, que en las faenas que, por su naturaleza, no perjudiquen la salud del trabajador, podrá convenirse hasta un máximo de dos por día.

Del artículo 32 del mismo Código se desprende además, que las horas extraordinarias deberán pactarse sólo para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, debiendo suscribirse un pacto al respecto que tendrá una vigencia transitoria no superior a tres meses, pudiendo renovarse por acuerdo de las partes.

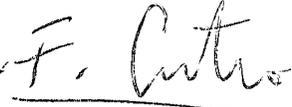
Del mismo precepto fluye que tales horas deberán ser pagadas con el recargo del 50% de recargo sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y que en caso de que no exista sueldo convenido o que éste sea inferior al ingreso mínimo mensual, éste deberá constituir la base de cálculo del respectivo recargo.

Ahora bien, teniendo presente lo ya señalado en orden a que el referido personal no se encuentra excluido de la limitación de jornada de trabajo, preciso es convenir que podrá laborar horas extraordinarias en las condiciones y cumpliendo con los requisitos indicados en párrafos precedentes. Para su mayor información acompaño copia de Ordinario N° 332/23, de 30.01.2002, que se pronuncia sobre la materia consultada.

Finalmente cúmpleme manifestar a Ud. que en el Portal Institucional de la Dirección del Trabajo aparecen publicados los dictámenes

emitidos por este Servicio a partir del año 1995, pudiendo acceder a tal información a través de la página Web [www.dt.gob .cl](http://www.dt.gob.cl).

Saluda a Ud.



JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO
DIRECCION DEL TRABAJO



RGR/SMS

Distribución:

-Jurídico, Partes, Control