



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCION DEL TRABAJO
DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
K9375(1867)15**

90 años

5124

060

ORD. : _____ / _____ /

MAT.: No resulta jurídicamente procedente ejercer las facultades del artículo 12 del Código del trabajo respecto de un dirigente sindical, en el caso de externalización de servicios de una sección de la empresa por no constituir caso fortuito o fuerza mayor.

ANT.: 1) Instrucciones de 25.08.15 del Sr. Jefe de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
2) Presentación de 29.07.15 de don Manuel Ellies Fuenzalida por Inversiones e Industrias Valle Verde S.A.

FUENTES LEGALES: Artículo 12 y 243 Código del Trabajo. Artículo 45 Código Civil.

SANTIAGO,

7 OCT 2015

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

**A : SR. MANUEL ELLIES FUENZALIDA
INVERSIONES E INDUSTRIAS VALLE VERDE S.A.
LOS CARRERA N° 444
MELIPILLA**

Mediante presentación del antecedente 2), Ud. solicita, en representación de Inversiones e Industrias Valle Verde S.A., un pronunciamiento referido a la procedencia de ejercer las facultades contempladas en el artículo 12 del Código del Trabajo respecto de un dirigente sindical que presta sus servicios en la sección de envasado de la empresa, la que será externalizada.

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

El artículo 12 del Código del Trabajo, incisos 1° y 2°, prescribe:

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

“Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.”

Por su parte, el artículo 243 del mismo cuerpo legal, incisos 1° y 2° dispone:

“Los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deban hacer abandono del mismo, o por término de la empresa.

“Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, el empleador no podrá, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de los directores sindicales las facultades que establece el artículo 12 de este Código.”

De las normas antes transcritas se colige que el empleador, salvo caso fortuito o fuerza mayor, se encuentra impedido de ejercer respecto de un dirigente sindical las facultades que le otorga el artículo 12 del Código del Trabajo de poder alterar unilateralmente la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, impedimento que se extiende desde la fecha en que éste hubiere sido elegido hasta seis meses después de haber cesado en el cargo.

Ahora bien, con el fin de determinar cuándo estamos en presencia de un caso fortuito o fuerza mayor, cabe analizar el artículo 45 del Código Civil, el cual dispone:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el 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.”

Del precepto legal antes transcrito se desprende, tal como lo ha sostenido la doctrina de este Servicio entre otros en dictámenes N°s 4.055/297 y 1412/021, de 27.09.2000 y 19.03.2010, respectivamente, que un hecho constituye caso fortuito o fuerza mayor cuando es inimputable, imprevisto e irresistible, características que deben concurrir copulativamente.

Cabe señalar que un hecho será inimputable cuando provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, es decir, que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su producción.

El segundo elemento, esto es, que se trate de un hecho imprevisto, implica que el hecho que se invoque debe ser de aquellos que no se hayan podido prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes.

En cuanto al tercer elemento constituido por la irresistibilidad, se entiende por tal la circunstancia de que no sea posible evitar sus consecuencias, en términos tales que ninguna de las partes haya podido preverlos o evitarlos, ni aun cuando se oponga al hecho imprevisto las defensas idóneas para lograr tal objetivo.

En el caso en estudio no concurre ninguno de los elementos propios del caso fortuito o fuerza mayor. En efecto, la externalización de una sección de la empresa no puede considerarse como un hecho enteramente ajeno a la voluntad de las partes pues obedece precisamente a una decisión voluntaria y consciente de la parte empleadora.

La decisión de externalizar toda una sección de la empresa tampoco puede ser considerada como un hecho imprevisto pues tal decisión es un hecho que se puede prever dentro de los cálculos ordinarios de funcionamiento de la empresa. Es más generalmente se trata de una decisión no sólo prevista por la empresa sino que debidamente respaldada por consideraciones de diversa índole, tal como Ud. mismo señala en su presentación manifestando que para llevar a efecto esta externalización de servicios se tomaron en consideración *"razones de carácter técnico, financieras, comerciales y administrativas."*

El tercer elemento de irresistibilidad tampoco concurre en la especie toda vez que ninguna empresa está obligada a externalizar parte de sus funciones, pudiendo funcionar con personal directamente contratado por la misma, tal y como ocurre actualmente en esta empresa de acuerdo a lo que Ud. señala, pues aún no ha operado la externalización de servicios.

En la especie, se consulta si resulta procedente traspasar a otra área de la empresa a un dirigente sindical que realiza sus funciones en el área de envasado, sección cuyos servicios serían externalizados.

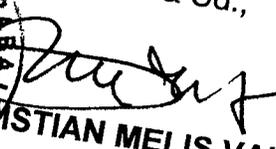
Para ello se fundamenta en lo que señala el dictamen N° 4430/175, de 22.10.03, que en lo pertinente establece: *"El cierre de uno o más establecimientos de una empresa, considerando que estos son sólo una fracción de la misma, no significa, en caso alguno, el término de ésta, ni la pérdida de alguno o la totalidad de los elementos que la configuran puesto que continuará existiendo y el empleador mantendrá su obligación de otorgar, al dependiente aforado, el trabajo convenido u otro de similares características, conservándole, en todo caso, su nivel de remuneraciones."*

Sugiere Ud. que la doctrina antes enunciada, que se encuentra referida al caso de término de un establecimiento de la empresa, se pueda también aplicar a la situación en estudio, esto es, a la externalización de servicios de una sección de la empresa, de forma tal de poder aplicar la consecuencia que en ella se señala de entender que al dependiente aforado se le debe otorgar otro trabajo de similares características, por tratarse de situaciones semejantes. En efecto, en la citada doctrina se ha establecido que en caso de término de un establecimiento de la empresa el empleador seguirá obligado a otorgar al dependiente aforado el trabajo convenido u otro de similares características, dando a entender con ello que el dirigente sindical puede ser traspasado a otro establecimiento de la empresa.

Sin embargo, analizada la situación de externalización de servicios aparece que la misma no puede ser homologada a la de término de un establecimiento por cuanto no concurren respecto de ella los tres elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor que permiten ejercer las facultades del artículo 12 del Código del Trabajo de forma unilateral por parte del empleador, razón por la que el cambio de funciones del dirigente sindical sólo podría operar por acuerdo expreso del mismo, dado el carácter prohibitivo del artículo 243 antes analizado.

Lo anterior se encuentra acorde con la doctrina de esta Dirección contenida en dictamen N° 657/54, de 04.02.98, en el cual tampoco se consideró que existiese caso fortuito o fuerza mayor cuando se trate de problemas de organización y funcionamiento de la empresa, circunstancia que si bien aparece atendible, no ha sido considerada por el legislador como suficiente para fundar en ella una excepción a la norma general contenida en el ya citado artículo 243 del Código del Trabajo, que permite aplicar el ius variandi al dirigente sindical sólo en la medida que exista caso fortuito o fuerza mayor.

En consecuencia, en mérito de las consideraciones antes expuestas, doctrina administrativa y disposiciones legales citadas, cumpla con informar que no resulta jurídicamente procedente ejercer las facultades del artículo 12 del Código del Trabajo respecto de un dirigente sindical, en caso de externalización de servicios de una sección de la empresa, por no concurrir a su respecto los requisitos copulativos del caso fortuito o fuerza mayor en los términos expuestos en el presente oficio.

Saluda atentamente a Ud.,



DIRECTOR
- CHILE -
CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO


DIRECCIÓN DEL TRABAJO
07 OCT 2015
OFICINA DE PARTES


JFCC/RGR/MSGC/msgc

- Jurídico
- Of. Partes
- Control
- Boletín
- Divisiones D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Sr. Jefe de Gabinete Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo