

DIRECCION DEL TRABAJO  
DEPARTAMENTO JURIDICO  
K. 19544(1117)/98

ORD. NO 0005, 003

*Reconsiderado  
por Ord 876/0024  
de 04-03-03*

**MAT.:** 1) No resulta jurídicamente procedente que el empleador modifique unilateralmente, esto es, sin el acuerdo de los trabajadores, la distribución diaria o semanal de la jornada de trabajo del personal no docente de los establecimientos educacionales dependientes de Corporaciones Municipales, durante el período en que se efectúe la recuperación de horas no laboradas por los profesionales de la educación a causa de la paralización de actividades llevada a efecto por éstos.  
2) Las horas trabajadas por el mismo personal durante el referido período, constituirán jornada extraordinaria que deberá ser remunerada en la forma prevista en el inciso 3° del artículo 32 del Código del Trabajo, en la medida que con ellas se exceda la jornada máxima legal de 48 horas semanales o de la pactada por las partes si esta fuere inferior.  
3) El personal no docente de los establecimientos educacionales dependientes de una corporación municipal, se rige en materia de feriado anual por la disposición contenida en el artículo 74 del Código del Trabajo. No obstante, lo anterior, si en forma reiterada en el tiempo el empleador hubiere aplicado a dicho personal un régimen de feriado distinto, superior al legal, éste habría pasado a constituir una cláusula tácita de los contratos individuales de los respectivos dependientes, la que como tal, no podría ser modificada o alterada unilateralmente, sino con el consentimiento mutuo de las partes.

**ANT.:** Presentación de 04.11.98, de Confederación Nacional de Asociaciones de Funcionarios de Educación Municipalizada de Chile "CONFEMUCH".

**FUENTES:**  
Código del Trabajo, art. 5°, 67, 74. Código Civil, art. 1545.

**CONCORDANCIAS:**  
Dictámenes 2116/140, de 13.05.98; 101/2, de 09.01.98; y 4361/239 de 24.07.97.

SANTIAGO, 05 ENE 1999

**DE :** DIRECTORA DEL TRABAJO  
**A :** SEÑORES DIRECTIVA DE LA CONFEDERACION NAC. DE ASOCIACIONES DE FUNCIONARIOS DE EDUCACION MUNICIPALIZADA DE CHILE CONFEMUCH Y COORDINADORA NACIONAL DE TRABAJADORES DE CHILE "CONATECHI"

Mediante presentación del antecedente han solicitado un pronunciamiento de esta Dirección acerca de las

siguientes materias:

1) Procedencia de que el empleador modifique unilateralmente la distribución de la jornada de trabajo del personal paraprofesional que se desempeña en los establecimientos educacionales del sector municipal, extendiéndola al día sábado, durante el período en que se lleve a efecto la recuperación de horas no laboradas debido al paro del magisterio y en el cual dicho personal no participó, como asimismo, si el tiempo que trabajen en dicho período corresponde ser pagado como jornada extraordinaria.

2) Procedencia jurídica de que el empleador modifique unilateralmente el régimen de feriado que, en forma reiterada en el tiempo, ha aplicado a dicho personal.

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

1) En lo que respecta a la primera consulta planteada, cabe precisar que

El artículo 5° del Código del Trabajo, en su inciso 2°, dispone:

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

De la disposición legal antes transcrita se infiere que el legislador ha otorgado a las partes la facultad de modificar las cláusulas contenidas en un contrato de trabajo siempre que tales modificaciones se efectúen de mutuo acuerdo y no se refieran a materias respecto de las cuales la ley hubiera prohibido convenir.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que conforme a la uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, sólo resulta procedente modificar un acto jurídico bilateral, carácter que reviste el contrato de trabajo, por el mutuo consentimiento de las partes contratantes.

Ello en virtud de lo prevenido en el artículo 1545 del Código Civil que al efecto 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".*

Al tenor de lo expuesto preciso es convenir que el empleador no puede modificar las cláusulas establecidas en un contrato de trabajo, sin el acuerdo de los respectivos trabajadores.

Aplicando todo lo ya expresado al caso en consulta no cabe sino concluir que el empleador no se encuentra facultado para alterar unilateralmente, esto es, sin el consentimiento de los trabajadores no docentes de que se trata, la distribución diaria semanal de la jornada pactada por las partes de con el objeto de cumplir con la respectiva recuperación de clases.

Precisado lo anterior, y con el fin de absolver la segunda parte de la consulta signada con este número, se hace necesario tener presente en la especie los preceptos de los artículos 22, incisos 1°, 30 y 32, inciso 1°, 2° y 3°, del Código del Trabajo, el primero de los cuales prescribe:

*"La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de 48 horas semanales".*

A su vez el citado artículo 30 dispone:

*"Se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuere menor".*

Por último, el artículo 32 del mismo Código en sus incisos 1°, 2° y 3° establece:

*"Las horas extraordinarias deberán pactarse por escrito, sea en el contrato de trabajo o en un acto posterior.*

*"No obstante la falta de pacto escrito, se considerarán extraordinarias las que se trabajen en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador.*

*"Las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo periodo".*

Del análisis conjunto de las disposiciones antes transcritas se desprende que la duración de la jornada ordinaria de trabajo no puede sobrepasar el máximo de 48 horas semanales y que las horas de trabajo que excedan de dicho máximo o de la jornada pactada si ésta fuere inferior, constituyen jornada extraordinaria de trabajo.

De las mismas normas se infiere que las horas extraordinarias deben pactarse por escrito no obstante lo cual se consideran también como tales todas aquellas que se trabajen en exceso de la jornada convenida con conocimiento del empleador.

Finalmente, del inciso 3° del artículo 32, en comento, fluye que las horas extraordinarias deben ser remuneradas con el recargo del 50% sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria.

De consiguiente, atendido todo lo expuesto, preciso es concluir que si a consecuencia de la recuperación de horas no laboradas por los profesionales de la educación el personal no docente de que se trata labora en exceso de la jornada ordinaria de 48 horas semanales o de la pactada si fuere menor, tales horas revestirán el carácter de extraordinarias que deberán ser pagadas en la forma señalada precedentemente.

2) En lo que dice relación con la consulta signada con este número cabe señalar en forma previa que el personal de que se trata se rige en materia jurídico laboral por las normas contenidas en el Código del Trabajo, cuerpo legal que en su artículo 67 dispone:

*"Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento.*

*"El feriado se concederá de preferencia en primavera o verano, considerándose las necesidades del servicio".*

De la disposición legal transcrita se infiere que todo trabajador con más de un año de servicio tiene derecho a gozar de un descanso anual de 15 días hábiles con derecho a remuneración íntegra, el cual se concederá de preferencia en primavera o verano, en consideración a las necesidades del servicio.

No obstante lo anterior, y atendido que en la especie se trata de trabajadores que prestan servicios en establecimientos educacionales, es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 74 del Código del Trabajo, el cual prescribe:

*"No tendrán derecho a feriado los trabajadores de las empresas o establecimientos que, por la naturaleza de las actividades que desarrollan, dejen de funcionar durante ciertos períodos del año, siempre que el tiempo de la interrupción no sea inferior al feriado que les corresponda de acuerdo a las disposiciones de este Código y que durante dicho período hayan disfrutado normalmente de la remuneración establecida en el contrato".*

Del contexto de la norma anotada se colige que los trabajadores que laboran en aquellas empresas o establecimientos que, por la naturaleza de sus funciones, suspenden, sus labores durante ciertas épocas del año, no tienen derecho a impetrar el beneficio de descanso anual en la forma prevista en el artículo 67 del Código del Trabajo, siempre que el lapso de interrupción de actividades no sea inferior al feriado legal que les correspondería normalmente y que durante el mismo hayan percibido la remuneración convenida en sus respectivos contratos de trabajo.

En otros términos, el legislador entiende concedido el feriado por el hecho de que el establecimiento en que labora el dependiente suspenda sus actividades durante uno o más periodos en el año, siempre que dichas suspensiones signifiquen para el personal un descanso similar al establecido en el artículo 67 del Código, es decir, a lo menos 15 días hábiles con derecho a remuneración íntegra.

En esta forma, teniendo presente que los establecimientos educacionales a que se refiere la presente consulta, se encuadran en la situación descrita en el artículo 74 del Código del Trabajo, posible es sostener que si éstos hubieren suspendido sus actividades en el año con ocasión de las vacaciones de verano, invierno, fiestas patrias y otros y el personal no docente de ellos no hubiere laborado a causa de algunas de dichas suspensiones habiendo percibido la remuneración convenida en sus respectivos contratos de trabajo, no tendrá derecho a exigir el mencionado beneficio, salvo en cuanto existieren diferencias entre el lapso de suspensión de actividades y el número de días de feriado anual que legalmente les correspondiere.

Al tenor de lo expuesto, no cabe sino concluir que al personal de que se trata no le asiste el derecho a impetrar el beneficio de feriado específicamente en los meses de enero y febrero, y por la totalidad de dicho tiempo, salvo en cuanto existieran diferencias por tal concepto, en los términos indicados en el párrafo precedente.

Sin perjuicio de lo anterior y atendido los argumentos hechos valer por los recurrentes en orden a que en forma reiterada en el tiempo algunos de dichos dependientes habrían gozado de feriado por los meses de enero y febrero y otros, lo habrían hecho efectivo en dichos meses mediante el sistema de turnos, cabe tener presente el precepto del artículo 9° del Código del Trabajo, disposición que en su inciso 1° establece:

*"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 de trabajo es consensual, esto es, se perfecciona por el mero consentimiento o acuerdo de voluntades de las partes contratantes, con prescindencia de otras exigencias formales o materiales para la validez del mismo.

Ahora bien, 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 esta que el legislador ha exigido como requisito de prueba y no como requisito de existencia o validez.

En efecto, pese a la eventual falta de escrituración de un contrato de trabajo, este igualmente existe y produce sus efectos, y dicha omisión sólo trae como consecuencia, para el empleador, la aplicación de una sanción pecuniaria a beneficio fiscal y, además, produce el efecto de invertir el peso de la prueba, es decir, hace presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador, según lo dispone el inciso 4° del citado artículo 9° del Código del Trabajo.

De esta suerte, como el contrato de trabajo se caracteriza por ser consensual, deben entenderse incorporadas a él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito, sino, además, aquellas no escritas en el documento y que provienen 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.

Aún 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 del pago y omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, descansos, feriados, 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.

Ahora bien, atendido lo expuesto precedentemente y considerando que el contrato de trabajo vincula al empleador con cada uno de sus trabajadores individualmente considerados, no cabe sino concluir que la citada doctrina sólo debe aplicarse en cada situación particular, previa comprobación de las circunstancias que la hacen procedente.

Aplicando todo lo ya expresado al caso en consulta preciso es convenir que en el evento de que en la especie, en forma reiterada en el tiempo, el feriado del personal no docente que nos ocupa se hubiere extendido por los meses de enero y febrero, o en ciertos casos, si dicho beneficio se hubiere otorgado mediante un sistema de turnos en los aludidos meses, tales modalidades habrían pasado a constituir cláusulas tácitas de los contratos individuales de trabajo -situación de hecho que, como se dijera, es preciso analizar en cada caso particular-, y, por ende, las mismas sólo podrían ser modificadas por consentimiento mutuo de las partes o por causas legales, no siendo viable de este modo, que los empleadores modifiquen o alteren unilateralmente el régimen de feriado que por espacio de varios periodos han aplicado a su personal paradocente y que resulta mayor al legal contemplado en el artículo 67 del Código del Trabajo.

Lo anteriormente expresado guarda armonía con la reiterada doctrina de este Servicio manifestada, entre otros, en dictámenes N°s. 2116/140, de 13.05.98 y 101/002, 09.01.98, cuyas copias se adjuntan.

Finalmente, es necesario puntualizar que las conclusiones contenidas en los N°s. 1 y 2 precedentes, sólo resultan aplicables al personal no docente que presta servicios en establecimientos educacionales dependientes de Corporaciones Municipales y no así respecto de aquél que se desempeña en establecimientos educacionales administrados directamente por las municipalidades, toda vez que en tal caso la competencia para interpretar y fiscalizar la normativa que lo rige corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República.

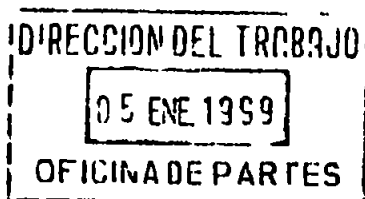
En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Uds. lo siguiente:

1) No resulta jurídicamente procedente que el empleador modifique unilateralmente, esto es, sin el acuerdo de los trabajadores, la distribución diaria o semanal de la jornada de trabajo del personal no docente de los establecimientos educacionales dependientes de Corporaciones Municipales, durante el período que se efectúe la recuperación de horas no laboradas por los profesionales de la educación a causa de la paralización de actividades llevada a efecto por éstos.

2) Las horas trabajadas por el mismo personal durante el referido período constituirán jornada extraordinaria que deberá ser remunerada en la forma prevista en el inciso 3° del artículo 32 del Código del Trabajo, en la medida que con ellas se exceda la jornada máxima legal de 48 horas semanales o de la pactada por las partes si esta fuere inferior.

3) El personal no docente de los establecimientos educacionales dependientes de una corporación municipal, se rige en materia de feriado anual por la disposición contenida en el artículo 74 del Código del Trabajo. No obstante, lo anterior, si en forma reiterada en el tiempo el empleador hubiere aplicado a dicho personal un régimen de feriado distinto, superior al legal, éste habría pasado a constituir una cláusula tácita de los contratos individuales de los respectivos dependientes, la que como tal no podría ser modificada o alterada unilateralmente, sino por el consentimiento mutuo de las partes.

Saluda a Uds.,



*Maria Ester Ferres Nazarala*  
MARIA ESTER FERRES NAZARALA  
ABOGADA  
DIRECTORA DEL TRABAJO

SMS/emoa

**Distribución:**

Jurídico, Partes, Control, Boletín, Dptos. D.T,  
Subdirector, U. Asistencia Técnica, XIII Regiones,  
Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social,  
Sr. Subsecretario del Trabajo.