

DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO

K. 006671(333)/98

DN. 657

ORD. No 3494, 266,

MAT.: Absuelve diversas consultas relativas a la obligación del empleador de otorgar el trabajo convenido; a los descuentos de remuneraciones que pueden convenirse; a la obligación de otorgar un día de descanso en domingo y a la procedencia de cumplir la obligación del aporte sindical previsto en el aumento 346 del Código del Trabajo.

ANT.: Presentación de 15.04.98, Confederación Nacional de Federaciones y Sindicatos de Trabajadores de la Industria Alimenticia, El Turismo, La Gastro-Hotelera, Derivados y Similares.

FUENTES:

Código del Trabajo, artículos 50, 70, 12, 38, 58, 311 y 346.
Código Civil, artículo 1545.

CONCORDANCIAS:

Dictamen No 5799/191, de 28.-08.91; 6251/346, de 11.11.93; 1980/96 de 08.03.96; y 648/45 de 04.02.98.

SANTIAGO, 30 JUL. 1998

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO
A : SRES. DIRIGENTES COTIACH
OLIVARES 1486
SANTIAGO/

Mediante presentación del antecedente se ha solicitado un pronunciamiento sobre las siguientes materias.

1) Si resulta jurídicamente procedente que el empleador, unilateralmente, descuenta de la asignación de pérdida de caja las pérdidas de dinero y los montos correspondientes a documentos que por falta de fondos o disconformidad de firmas son devueltos por las instituciones financieras respectivas, teniendo presente que tales documentos han tenido visto bueno por parte del trabajador de la empresa que se desempeña como verificador de documentos.

2) Si resulta jurídicamente procedente que a los trabajadores se les descuenta de sus remuneraciones sumas correspondientes a destrozos causados en los materiales de la empresa, especialmente, quebrazón de loza.

3) Si el empleador se encuentra facultado para devolver al trabajador a su domicilio ante cualquier eventualidad y descontar la remuneración correspondiente a dicho día.

4) Si resulta jurídicamente procedente que el empleador no otorgue el reajuste inicial equivalente a \$10.000, respecto de trabajadores que fueron parte del instrumento colectivo de trabajo, aduciendo que negoció en forma individual con estos trabajadores un bono por asignación de zona por encontrarse éstos laborando en Saladillo.

5) Si en el caso de los trabajadores a que se refiere el numerando anterior se encuentra facultado el empleador para dejar de pagar dicho beneficio si la faena respectiva que se realiza en Saladillo no ha terminado, o bien, si traslada arbitrariamente a los aludidos dependientes a otro sitio de trabajo sin respetar lo establecido en el artículo 12 del Código del Trabajo.

6) Si en el evento que el empleador haya convenido con los trabajadores acumular los días compensatorios de los festivos trabajados otorgándolos en día domingo, y éstos no han sido concedidos por más de un año, pueden los respectivos dependientes solicitar el beneficio del descanso en domingo en forma retroactiva.

7) Si las personas que han sido contratados en virtud de un "contrato a honorarios" se encuentran obligados a efectuar el aporte previsto en el artículo 346 del Código del Trabajo, cuando el empleador les otorga beneficios tales como movilización, colación, uniformes, aguinaldos, etc. que se encuentran contenidos en un contrato colectivo celebrado a través de un sindicato.

8) Sentido y alcance de las expresiones "mismos cargos" y "similares funciones" empleadas por el legislador en el artículo 346 del Código del Trabajo.

Al respecto, cúpleme informar a Uds. lo siguiente:

1) En relación con la primera consulta formulada, cabe precisar previamente, que dentro de nuestra legislación la asignación de pérdida de caja esta concebida como un beneficio de carácter convencional, es decir, su otorgamiento no es obligatorio si la misma no es convenida entre empleador y trabajador.

Asimismo, dicha asignación por expresa disposición del legislador, contenida en el inciso 2º del artículo 41 del Código del Trabajo, no constituye remuneración y, por ende, su monto no es imponible.

Ahora bien, la asignación de pérdida de caja es meramente indemnizatoria, y está destinada a resarcir a los cajeros y aquellos trabajadores que manejan valores de posibles pérdidas, hurtos, o extravíos de dinero.

De consiguiente, considerando el objetivo que cumple la asignación de pérdida de caja, a juicio de este Servicio, el empleador se encontraría facultado para descontar del monto del aludido beneficio, las sumas correspondientes a pérdidas, hurtos o extravíos de dinero, no siendo necesario para tales efectos el consentimiento del respectivo trabajador.

Por el contrario, en opinión de esta Repartición no resulta jurídicamente procedente que el empleador descuenta de la aludida asignación, montos correspondientes a documentos que por falta de fondos o disconformidad de firmas, son devueltos por las instituciones financieras respectivas, si tenemos presente, que de acuerdo a lo informado por los recurrentes, tales documentos han tenido el visto bueno del encargado de verificarlos.

2) Por lo que respecta a esta consulta cabe tener presente que esta Repartición ha sostenido en forma reiterada y uniforme que no resulta jurídicamente procedente que el empleador descuenta de las remuneraciones sumas correspondientes a destrozos de materiales de la empresa, tales como quebrazón de loza, salvo acuerdo de las partes con arreglo al inciso 2º del artículo 58 del Código del Trabajo, y siempre que la facultad de calificar las circunstancias que generan responsabilidad para el trabajador y el valor de los descuentos correspondientes quede entregada unilateralmente al empleador.

Con todo, en opinión de esta Repartición la fijación del grado de los daños o el valor de la reposición de los materiales de la empresa dañados, constituye una materia cuyo conocimiento y resolución corresponde en definitiva a los Tribunales de Justicia.

3) En relación a esta consulta cabe manifestar que de la disposición contenida en el artículo 7º del Código del Trabajo, que define el contrato de trabajo, se infiere que dicho contrato es un contrato bilateral que genera obligaciones para ambas partes. Tratándose del empleador, estas obligaciones consisten fundamentalmente, en proporcionar al trabajador, el trabajo convenido y en pagar por ese trabajo la remuneración estipulada, y tratándose del trabajador su principal obligación consiste en ejecutar la labor o servicio para el cual fue contratado.

De lo precedentemente expuesto resulta dable colegir, que el hecho de que el empleador impida al trabajador la entrada al trabajo por el hecho, por ejemplo, de llegar atrasado, constituye un incumplimiento de parte de aquél, de la obligación que le asiste de proporcionar el trabajo convenido.

Por otra parte, cabe considerar atendido el carácter bilateral que reviste el contrato de trabajo, que si el dependiente llega atrasado a su trabajo, no cumple durante el lapso del atraso con su obligación de prestar los servicios estipulados, trayendo como consecuencia, la extinción de la obligación de pagar remuneración por dicho lapso.

De ello se sigue, que en el caso antes indicado ha existido un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del trabajador en orden a la no ejecución del trabajo convenido durante el lapso de tiempo del atraso, y por parte del empleador de negarse a proporcionar trabajo a su dependiente durante el resto de la jornada correspondiente al día que llegó atrasado.

De consiguiente, conforme a lo sostenido por esta Dirección, entre otros, en los dictámenes N^{os} 265 de 14.01.71 y 5802 de 05.09.67, que se encuentran plenamente vigentes, si el empleador no proporciona el trabajo convenido, fuera de importar un incumplimiento del contrato de trabajo, le asiste la obligación de pagar la remuneración correspondiente al período no trabajado.

4) En relación con la consulta signada con este número, preciso es señalar que de conformidad a lo prevenido en el inciso 2^o del artículo 5^o del Código del Trabajo, para modificar un contrato individual o colectivo de trabajo, la ley exige imperativamente el acuerdo o consentimiento del trabajador.

A mayor abundamiento, cabe manifestar que la reiterada jurisprudencia de este Servicio ha sostenido que sólo resulta procedente modificar o invalidar un acto jurídico bilateral, como es el caso de un contrato o convenio colectivo de trabajo; por el mutuo consentimiento de las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil.

De esta forma, de acuerdo a lo señalado en párrafos que anteceden, forzoso resulta concluir que el empleador no puede, sin el acuerdo de sus trabajadores, dejar de dar cumplimiento a una cláusula convenida en un contrato colectivo, a cuya suscripción ambas partes concurren por cuanto en conformidad con las normas antes transcritas, toda alteración, supresión o complementación de las estipulaciones de dicho contrato, requiere el consentimiento de ambas partes.

De consiguiente, el empleador no se encuentra facultado para suprimir o rebajar en forma unilateral las remuneraciones y beneficios pactados en un contrato o convenio de trabajo, debiendo, para tales efectos, contar con el acuerdo o consentimiento de los respectivos trabajadores.

En estas circunstancias, aplicando lo expuesto a la situación en consulta, el empleador se encuentra obligado a otorgar a los trabajadores por los cuales se consulta, el reajuste inicial de \$10.000 a que tienen derecho tales dependientes por haber sido parte del correspondiente instrumento colectivo a que se hace alusión en la presentación del antecedente.

Con todo, necesario es precisar que si con posterioridad a la suscripción del aludido instrumento colectivo, las partes convinieron por la vía individual cambiar el beneficio del reajuste inicial de \$10.000 por la asignación de zona de que se trata, la situación consultada debería analizarse tomando en consideración la norma contenida en el artículo 311 del Código del Trabajo.

Al respecto, la citada norma prescribe:

"Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que corresponden al trabajador por aplicación del contrato, convenio colectivo o del fallo arbitral por el que esté regido".

Del precepto se infiere que a través de él el legislador ha querido cautelar las remuneraciones, beneficios y derechos obtenidos en una negociación colectiva, impidiendo que ellos se vean menoscabados por la vía de la negociación individual.

En otros términos, conforme a la norma en comento se pretende que los beneficios y remuneraciones alcanzados por los trabajadores en la negociación colectiva y que se contienen en un instrumento colectivo no se vean disminuidos por la negociación que pudiere realizar el dependiente con el empleador.

Aplicando lo expuesto a la situación en consulta, posible resulta concluir que si con posterioridad a la suscripción del instrumento colectivo las partes, esto es, el empleador y los trabajadores que se desempeñan en Saladillo negociaron individualmente en el sentido de reemplazar el beneficio del reajuste inicial de \$10.000 a cambio de la asignación de zona, posible es convenir que dicho acuerdo sólo resulta válido si el mismo no significa una disminución de lo que les habría correspondido impetrar por concepto de reajuste.

Por el contrario, si no ha existido la aludida negociación individual, la cual, como se dijera, debe ser posterior a la entrada en vigencia del respectivo instrumento colectivo, el empleador se encuentra obligado a otorgar ambos beneficios, vale decir, el reajuste inicial de \$10.000 y la asignación de zona respectiva.

5) En relación a esta consulta cabe reitera lo expresado en el punto anterior en orden a que por las consideraciones allí expuestas, el empleador no se encuentra facultado para suprimir o rebajar en forma unilateral las remuneraciones y beneficios convenidos en un contrato individual de trabajo o en un contrato o convenio colectivo, debiendo para estos efectos contar con el acuerdo o consentimiento del o los respectivos trabajadores.

De consiguiente, en la situación de que se trata, el empleador no puede dejar de pagar la asignación de zona en tanto la faena que se realiza en Saladillo no haya concluido.

Por lo que respecta a la consulta relativa al traslado que podría efectuar el empleador de la zonal Saladillo a otro sitio de trabajo, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 12 del Código del Trabajo el que en su inciso 1º, 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 y que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador".

Del precepto legal transcrito se infiere que el empleador en forma unilateral pueda alterar la naturaleza de los servicios siempre que las nuevas labores sean similares a las anteriores y dicho cambio no produzca menoscabo al trabajador.

Asimismo, de dicho precepto se infiere que el empleador se encuentra facultado para modificar el lugar de prestación de servicios en la medida que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad y siempre que dicho cambio no cause menoscabo para el trabajador.

De consiguiente, en la situación en consulta si el empleador modifica unilateralmente el lugar de prestación de servicios cumpliendo los requisitos señalados anteriormente, dicha medida se ajusta a derecho.

Por el contrario, el empleador no podrá modificar por su sola voluntad el sitio o recinto en que se ejecutan las labores si no se cumplen las condiciones indicados en párrafos anteriores puesto que en este evento, tal modificación necesariamente requiere acuerdo del respectivo trabajador.

En la situación anterior, el trabajador afectado puede reclamar en el plazo de 30 días hábiles ante la Inspección del Trabajo a contar de la ocurrencia del hecho, a fin de que ésta se pronuncie sobre si el nuevo sitio o recinto queda dentro del mismo lugar o ciudad, y si dicha modificación ha producido un menoscabo al trabajador.

Finalmente, en relación con esta materia cabe tener presente que esta Repartición en dictamen Nº 6251/346, de 11.11.93, sostuvo que constituye "menoscabo" todo hecho o circunstancia que determine una disminución en el nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, diversa frecuencia de turnos, etc.

6) En relación a esta consulta que incide sobre el beneficio previsto en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo relativo al derecho que tienen los trabajadores que se encuentran en alguna de las situaciones previstas en los Nros 2 y 7 del artículo 38, de impetrar un día de descanso en domingo en cada mes calendario, cabe tener presente que este Servicio ha sostenido entre otros, en los dictámenes Nº 1981/80 de 08.03.96, 647/44 y 648/45 de 04.02.98 que resulta procedente que *"el empleador pacte con sus trabajadores dependientes de establecimientos de comercio y de servicios exceptuados del descanso dominical que atienden directamente al público, compensar los días festivos efectivamente laborados por tales trabajadores y que excedan de uno en la respectiva semana laboral, otorgándoles un día de descanso compensatorio en un domingo, del mismo mes calendario, o de otro mes distinto dentro del mismo año calendario, de forma tal, que en definitiva goce de un domingo de descanso al mes"*, doctrina esta que resulta plenamente aplicable respecto de los trabajadores que se desempeñan en las labores, explotaciones o servicios a que se refiere el Nº 2 del citado artículo 38.

Como es dable apreciar la alternativa antes descrita requiere acuerdo expreso de las partes contratantes de suerte tal, que el empleador no se encuentra facultado para imponer unilateralmente esta forma de dar cumplimiento a la obligación prevista en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo.

Por otra parte, necesario es hacer presente que conforme al inciso 5º del artículo 38 modificado por la ley Nº 19.482, sólo se permite dar cumplimiento al descanso en día domingo, otorgándolo en forma acumulada dentro de un período que no exceda de 12 meses calendario, cuando se trate de trabajadores que se encuentran en alguna de las situaciones previstas en el Nº 2 del artículo 38 y siempre que éstos así lo hayan convenido.

De ello se sigue, que los trabajadores que se encuentran exceptuados del descanso dominical por desempeñarse en los establecimientos de comercio que atiendan

directamente al público y respecto de aquellos que realizan dicha atención, la ley no ha permitido otorgar los días de descanso en domingo en forma acumulada según la forma antes indicada, asistiéndole en este caso la obligación al empleador de conceder en cada mes calendario un día de descanso en domingo.

De consiguiente, en la situación que nos ocupa posible resulta sostener que el personal que presta servicios en restaurantes clubes y demás similares que atienden directamente al público, le asiste el derecho a impetrar un día de descanso en domingo en cada mes calendario, no siendo procedente en este caso que las partes contratantes convengan otorgar dicho beneficio en forma acumulada dentro de un período que no exceda de 12 meses calendario.

Por el contrario, tratándose de aquel personal que presta servicios en restaurantes y clubes que no atienden directamente al público, el cual se encuentra exceptuado del descanso dominical y en días festivos al tenor de lo prevenido en el N° 2 del artículo 38 del Código del Trabajo y que por ende, les asiste el derecho a un día domingo de descanso en el respectivo mes calendario, resulta procedente convenir entre los respectivos dependientes y el empleador que el día de descanso dominical que les corresponde impetrar a lo menos en cada mes calendario, se otorgue en forma acumulada, dentro de un período que no exceda de 12 meses calendario.

En este último caso, necesario es precisar que conforme a lo establecido en la parte final del inciso 5º del artículo 38 del Código del Trabajo, si el empleador no otorgase los días de descanso dominical en la forma acordada, sin perjuicio de las multas y sanciones que procedan por incumplimiento de lo convenido, por expresa disposición de la ley, el pacto termina de inmediato y los días domingos no otorgados deben concederse en los domingos inmediatamente siguientes al término del pacto.

Por otra parte, necesario es señalar que el inciso 4º del artículo 38 no resulta aplicable a los sistemas excepcionales de distribución de la jornada de trabajo y descansos, de suerte tal que si los trabajadores de que se trata se encuentran sujetos a un sistema excepcional de jornada, a éstos no les asiste el derecho de impetrar un día de descanso en domingo en el respectivo mes calendario.

Atendido lo expuesto en párrafos anteriores y considerando que las alternativas antes descritas que permiten cumplir la obligación de conceder un día domingo de descanso en domingo sólo puede convenirse respecto de los trabajadores a que se refiere el N° 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, para resolver la consulta formulada por los recurrentes en orden a establecer si procede exigir el cumplimiento retroactivo del beneficio en análisis, se requiere contar con mayores antecedentes, siendo necesario analizar cada caso en particular, con el

objeto de determinar respecto de qué trabajadores se suscribieron, y si los respectivos acuerdos pudieron o no suscribirse y si los mismos se encuentran ajustados a la normativa vigente.

En estas circunstancias, se solicita a los recurrentes individualizar las respectivas empresas en que no se han cumplido los acuerdos sobre la materia o no se ha otorgado a los trabajadores el día de descanso en domingo a pesar de haber transcurrido más de un año de la entrada en vigencia de la ley Nº 19.482, a objeto de que esta Repartición practique las fiscalizaciones pertinentes a fin de que se impartan las instrucciones que correspondan y eventualmente, si procediere, ordene el otorgamiento de los días de descanso no concedidos, sin perjuicio de aplicar las sanciones correspondientes.

Con todo, para su conocimiento y fines pertinentes se adjuntan los dictámenes Nºs 647/44 de 04.02.98, 648/45 de igual fecha y 1706/102 de 15.04.98, que constituyen los últimos pronunciamientos jurídicos evacuados por este Servicio relativos, a la materia consultada.

7) En relación a esta interrogante cabe manifestar en primer término que de acuerdo a lo previsto en el inciso 1º del artículo 1º del Código del Trabajo, las normas que se contienen en dicho cuerpo orgánico resultan aplicables a las personas que detentan la calidad de trabajadores y aquellas que revisten el carácter de empleadores.

Por su parte, el artículo 3º del mismo Código en su letra b) define el concepto de trabajados en los siguientes términos:

"Para todos los efectos legales se entiende por:

"b) trabajador toda persona natural que presta servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y".

De la norma precedentemente transcrita se infiere que para todos los efectos legales reviste el carácter de trabajador toda persona natural que en virtud de un contrato de trabajo ejecuta servicios personales sean estos intelectuales o materiales bajo un vínculo de subordinación o dependencia.

De esta forma, concordando lo expuesto en párrafos anteriores, posible es convenir que las normas que se contienen en el Código del Trabajo, entre las que se encuentra la contenida en el artículo 346 relativa a la obligación de efectuar el aporte sindical cuando existiere una extensión de beneficios en los términos que la misma se indica, sólo resulta aplicable a aquellas personas que detentan la calidad de trabajadores.

En estas circunstancias, atendido el hecho de que las personas que se encuentran sujetas a un contrato de prestación de servicios a honorarios, no detentan la calidad de trabajador y considerando que una relación laboral de dicha índole se rige por las normas que sobre el particular se contienen en el Código Civil, forzoso resulta concluir que respecto de los mismos no resulta aplicable la norma contenida en el artículo 346 del Código del Trabajo y, por ende, no les asiste la obligación de efectuar el aporte sindical que en dicha norma se contiene.

Con todo, necesario es tener presente, que esta Dirección en forma reiterada ha establecido que si en la práctica, respecto a las personas de que se trata se dan las manifestaciones concretas del vínculo de subordinación o dependencia, elemento éste que permite diferenciar la existencia del contrato de trabajo de otras relaciones laborales, tales como: continuidad o permanencia de los servicios prestados, obligación de asistencia del trabajador, supervigilancia en el desempeño de las funciones, la subordinación en instrucciones, etc., estaremos en presencia de una relación laboral que debe materializarse en un contrato de trabajo, aún en el evento que las partes hayan suscrito un contrato de otra índole como por ejemplo un contrato de servicios a honorarios.

De consiguiente, en la situación en consulta, resulta del todo necesario determinar previamente si respecto de las personas por las cuales se consulta concurren las manifestaciones concretas que configuran el elemento de subordinación o dependencia, a objeto de determinar si las mismas deben prestar servicios en virtud de un contrato de trabajo, caso en el cual les correspondería enterar la cotización prevista en el artículo 346 del Código del Trabajo si se dan los demás supuestos exigidos por dicha norma que hacen procedente la obligación que en la misma se contiene.

Para los efectos antes indicados, los recurrentes deberán señalar a esta Repartición los casos concretos de aquellas personas contratadas en virtud de un contrato de prestación de servicios a honorarios, a fin de analizar cada caso en particular y determinar si estamos en presencia de una relación laboral que produce los efectos propios de un contrato de trabajo o si se trata de un contrato regido por las normas del derecho civil o comercial, según corresponda.

8) Por lo que toca a esta consulta, cabe señalar que esta Repartición fijando el sentido y alcance del inciso 1 del artículo 122 de la ley N° 19.069, actualmente inciso 1º del artículo 346 del Código del Trabajo, estableció en el dictamen N° 6097/198 de 09.04.91, que en fotocopia se adjunta, que por "mismos cargos" deben entenderse "cargos iguales o parecidos" y que las expresiones "similares funciones" significan "funciones semejantes o análogas".

Agrega dicho pronunciamiento que el legislador ha establecido la obligación de cotizar sólo respecto de "aquellos trabajadores que ocupen cargos iguales o parecidos o ejerzan funciones semejantes o análogas a los de aquellos dependientes cubiertos por el instrumento colectivo cuyos beneficios hiciere extensivos del empleador".

Concluye dicho pronunciamiento jurídico, que la norma contenida en el artículo 346 no resulta aplicable a los trabajadores que no obstante haberseles otorgado los beneficios de un instrumento colectivo, no ocupen cargos o ejerzan funciones iguales o semejantes, a los de aquellos cubiertos por tal instrumento, y por ende, a dichos dependientes no les asiste la obligación de efectuar la cotización de que se trata.

Es cuanto puedo informar en relación a las consultas formuladas mediante presentación de fecha 16.04.98.

Saluda a Ud.,


30. JUL. 1998
MARIÁ ESTER FERES NAZARALA
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

MCST/sda

Distribución:

Jurídico

Partes

Control

Boletín

Deptos. D.T.

Subdirector

U. Asistencia Técnica

XIII Regiones

Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social

Sr. Subsecretario del Trabajo