

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL

# **LAS CLAUSULAS TACITAS EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO**

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.

AUTORES:

**KARIN BUSTAMANTE ALVIAL**

**EDUARDO ROJAS ABELLO**

PROFESOR GUIA: RICARDO JURI SABAG



<b>RESUMEN .</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCION: .</b>	<b>3</b>
<b>1.- BREVE RESEÑA SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERPRETACION DEL DERECHO DEL TRABAJO EN CHILE. . .</b>	<b>7</b>
<b>2.- NOCIONES SOBRE INTERPRETACION JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA DEL DERECHO LABORAL CHILENO . .</b>	<b>11</b>
<b>3.- EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO Y SUS CLAUSULAS. .</b>	<b>19</b>
<b>4.- CLAUSULAS TACITAS .</b>	<b>27</b>
<b>4.1 Definición.- . .</b>	<b>28</b>
<b>4.2.- Alcances.- .</b>	<b>29</b>
<b>4.2.1.- Presupuestos Doctrinarios.- .</b>	<b>29</b>
<b>4.2.2.- La voluntad en los actos jurídicos bilaterales. .</b>	<b>29</b>
<b>4.2.3.- Voluntad en el Contrato Individual de Trabajo. . .</b>	<b>30</b>
<b>4.3.-Consideraciones .</b>	<b>31</b>
<b>4.3.1.- Principio de la Primacía de la Realidad. . .</b>	<b>31</b>
<b>4.3.2.- Declaraciones de Voluntad Tácitas Versus Declaraciones de Voluntad Expresas. .</b>	<b>33</b>
<b>4.3.3.- Extensión en la aplicación de la Cláusula Tácita. . .</b>	<b>34</b>
<b>4.4.-Requisitos. .</b>	<b>36</b>
<b>4.4.1.- La Voluntad. .</b>	<b>37</b>
<b>4.4.2.- Otorgamiento y Goce de Beneficios. .</b>	<b>37</b>
<b>4.4.3.- Prácticas de Trabajo. .</b>	<b>38</b>
<b>4.4.4.- La Reiteración en el Tiempo. . .</b>	<b>39</b>
<b>4.4.5.- Aquiescencia de ambas partes. .</b>	<b>40</b>
<b>5.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS CLÁUSULAS TÁCITAS .</b>	<b>43</b>
<b>6.-CONDUCTAS LABORALES QUE NO CONSTITUYEN CLAUSULAS TACITAS. .</b>	<b>47</b>
<b>6.1 Regla de la Conducta .</b>	<b>47</b>
<b>6.2.-Poder de Dirección de la Empresa. .</b>	<b>49</b>

6.3.-Ius Variandi <sup>33</sup> .	51
7.-ANALISIS DE DICTAMENES DE LA DIRECCION DEL TRABAJO .	55
7.1.- Existencia de Cláusulas Tácitas en materia de Beneficios. . .	57
7.2.- Existencia de Cláusulas Tácitas en materia de Remuneraciones. . .	68
7.3.- Existencia de Cláusulas Tácitas en materia de Jornada de Trabajo . .	75
8.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA JUDICIAL <sup>36</sup> . .	81
9.-PROPUESTA DE NUEVA REGULACION .	87
10.- CONCLUSION. . .	91
11.-BIBLIOGRAFIA .	95

<sup>33</sup> Dictámenes de la Dirección del Trabajo.

<sup>36</sup> Jurisprudencia Judicial, base de datos Lexis Nexis.

## RESUMEN

La presente memoria de prueba se plantea como principal meta, el lograr un análisis íntegro acerca de las llamadas cláusulas tácitas, las cuales a su vez vendrían a integrar y complementar las diversas estipulaciones contenidas en los contratos individuales de trabajo.

Actualmente el tema que nos hemos planteado no ha sido abordado por el Código del Trabajo, ni por ninguna ley laboral, encontrándose su regulación dispersa en la jurisprudencia, quien ha sido en definitiva quien mayormente ha abordado el tema, en especial la denominada Jurisprudencia Administrativa. Produciéndose de esta manera una sensible laguna en nuestro Derecho Positivo

Nuestro objetivo es lograr uniformar conceptos y criterios referentes a las llamadas Cláusulas Tácitas. Debiendo para esto analizar el Contrato Individual de Trabajo con sus aspectos más relevantes y sobretodo su carácter consensual, esto es que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes involucradas, lo que da la posibilidad de que existan manifestaciones tácitas de voluntad, las que justamente originarían las denominadas por la doctrina, como Cláusulas Tácitas que, como su nombre lo señala, no están expresamente consideradas en la escrituración de los Contratos Individuales de Trabajo.

En la parte central de nuestra memoria de prueba desarrollaremos la idea de lo que se entiende actualmente por Cláusula Tácita y sus distintos aspectos, como son alcances, consideraciones, requisitos, las ventajas y desventajas que esta institución nos entrega y aquellas figuras que, aunque se asemejan a ella, no llegan a constituir una Cláusula Tácita.

Además analizaremos la escueta doctrina publicada; los criterios utilizados por nuestros tribunales; y sobretodo la jurisprudencia administrativa, siendo esta última la más prolífica en cuanto a lo que la Cláusula Tácita se refiere.

Con esto esperamos lograr un concepto preciso de Cláusula Tácita, que la distinga de las demás figuras jurídicas que se puedan asociar a ella, e incluso confundir. Determinando a la vez los elementos que la componen, y sobretodo lograr distinguir en que momentos procedería aplicar esta institución, al caso concreto. Llegando finalmente a una propuesta de regulación de la Cláusula Tácita que se adecue a las exigencias que el moderno mundo laboral requiere y que se adecue a los principios protectores y sociales que marcan el norte de nuestro Derecho Laboral.



---

## INTRODUCCION:

La presente memoria de prueba se plantea como principal meta, el lograr un análisis íntegro acerca de las llamadas **cláusulas tácitas**, las cuales a su vez vendrían a integrar y complementar las estipulaciones, formales y expresas, contenidas en los contratos individuales de trabajo.

No es raro que en la práctica existan trabajadores e incluso empleadores que se sujeten a determinadas practicas laborales o reciban ciertos beneficios, los cuales no están escriturados ni considerados dentro de las cláusulas formales del contrato individual de trabajo. El problema surge en el momento en que una de las partes pone fin en forma unilateral a los mencionados beneficios o prácticas, esto sin la voluntad de la otra parte de la relación laboral, o incluso en contra de esa voluntad. Planteándose las lógicas interrogantes de si es jurídicamente procedente esta cesación, de si es sólo el término de una liberalidad, de si caben dentro de la potestad de alguna de las partes que accedieron a ellas; o si por el contrario esas practicas y/o beneficios están protegidos e incluso garantizados por el ordenamiento jurídico laboral, constituyéndose lo que se denomina por la doctrina y jurisprudencia como **cláusula tácita**.

**Lo anterior es producto del carácter consensual del Contrato Individual de Trabajo, esto es que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes involucradas. Y a su vez este consentimiento esta conformado por el libre “acuerdo de voluntades”.**

**Al estudiar la “Teoría del Acto Jurídico” vemos que la voluntad puede llegar a manifestarse de distintas formas, así hablamos de un consentimiento expreso, el**

**cual puede ser escrito o verbal, y un consentimiento tácito. Este consentimiento tácito es el que justamente originaría las Cláusulas Tácitas que, como su nombre lo señala, no están expresamente consideradas en la escrituración de los Contratos Individuales de Trabajo. En todo caso el hecho de que el consentimiento o la voluntad se manifiesten en forma tácita, no quiere decir que no exista voluntad, ni tampoco que obedezcan a un silencio absoluto. La voluntad tácita obedece a una voluntad que se manifiesta a través de actos (e incluso omisiones) que demuestran que hay inequívocamente una voluntad dirigida en una dirección determinada, un ejemplo en materia civil sería el consumir un bien que se ha ofrecido; de este acto se puede inferir clara e inequívocamente la intención de aceptar la oferta.**

Ante las interrogantes relativas a la cláusula tácita, surge la necesidad de contar con una uniformidad respecto del tema planteado.

Es decir ante el problema de que, en la relación laboral, se den ciertos beneficios o prácticas y luego ellos sean cancelados unilateralmente. Se requiere que exista uniformidad de criterios al momento de decidir, por ejemplo, si es posible hablar de cláusula tácita en el caso concreto; que elementos deben concurrir para que estemos en presencia de ellas; e incluso decidir si realmente existe en nuestro sistema jurídico la cláusula tácita o alguna figura semejante. Dicha uniformidad no es posible encontrarla en ninguna de las fuentes legales formales o positivas, a las cuales puedan recurrir los directamente interesados, (es decir trabajadores y empleadores), ambas partes se encuentran enfrentadas a un gran silencio por parte del Código del Trabajo y las diversas leyes laborales.

El problema que surge con las cláusulas tácitas puede ser considerado una laguna legal, ya que dentro del ordenamiento positivo laboral no existe una regulación específica respecto al tema. Pero es justo decir que no se puede pensar que la cláusula tácita constituya una laguna de “derecho”, esto gracias a que dentro del propio ordenamiento jurídico, considerando a sus diversos componentes, se logra encontrar los mecanismos que reconocen y aplican esta institución, dando solución a los diversos problemas que surgen en la práctica de las relaciones laborales.

Lo anterior significa que la solución a los problemas que se plantean en la praxis de las relaciones laborales, debe ser buscado dentro de todo el ordenamiento jurídico, desarrollándose un proceso de “interpretación” de la ley laboral.

Así son los tribunales del trabajo, y sobretudo la autoridad administrativa laboral, compuesta por las diversas inspecciones y direcciones del trabajo, quienes más han tratado y desarrollado (a través de la jurisprudencia judicial y administrativa) esta institución. Y no podría ser de otra manera ya que, como es obvio, la cláusula tácita surge primordialmente de la realidad de la relación laboral; y es generalmente esta autoridad administrativa, la que está empíricamente más cercana a la relación empleador trabajador.

Muy ligado a lo anterior surge el tema de como se interpreta la legislación laboral, ósea el cómo al aplicar las disposiciones y principios pertinentes, se llega a la conclusión de si procede o no constatar la existencia de las cláusulas tácitas dentro del contrato individual de trabajo. Por esto se hace necesario abordar en primer lugar y someramente



la problemática de la interpretación del derecho del trabajo, acotándola y abocándola al tema que nos preocupa.

Acto seguido se debe analizar la doctrina existente acerca del tema. Además de revisar diversos fallos judiciales y dictámenes de la Dirección del Trabajo. Todo ello con el objetivo de lograr dar una coherencia y forma determinada a la cláusula tácita.

Así se establecerá una definición completa de cláusula tácita, de la cual se analizarán los requisitos que la constituyen; las ventajas y desventajas que posee; y la función práctica que actualmente cumple dentro de la relación laboral.



# 1.- BREVE RESEÑA SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERPRETACION DEL DERECHO DEL TRABAJO EN CHILE.

Las Cláusulas Tácitas, como la generalidad de los diversos problemas que se plantean en el campo fáctico de las relaciones, no tan solo laborales si no que en general, deben ser solucionadas a la luz del ordenamiento jurídico vigente. Pero esto supone todo un proceso cognoscitivo y de creación, en el cual un sujeto, denominado interprete, aplica el derecho al caso concreto.

El interprete debe establecer que normas, disposiciones, principios; y todo lo que el ordenamiento jurídico le proporcione, son pertinentes para la solución del conflicto producido en la relación laboral. Hecho esto, se debe llegar a la solución más justa, a través de estas herramientas. Este proceso se denomina interpretación de la ley.

Lo anterior puede ser mas o menos difícil para el interprete, dependiendo de varios factores como lo es la complejidad del asunto a resolver, las partes que en él intervienen (según cantidad y calidad de estas), etc.

Uno de los factores más importante es establecer la existencia, o inexistencia, de una, o varias normas o disposiciones que solucionen el problema en forma clara y

determinada. Esto no ocurre en lo referente a las cláusulas tácitas, ya que ellas no son abordadas, ni siquiera tangencialmente por ninguna de las normas positivas de nuestro derecho laboral.

Pero la falta en el derecho positivo de una solución expresa no justificaría que el interprete no arribe a una solución del problema. Esto por que se lo impide el principio (de rango constitucional) denominado Principio de Inexcusabilidad. Este principio significa que el juez, que cumple la función de interpretar el derecho, no puede abstenerse de dar solución al conflicto presentado ante él (siendo un conflicto de su competencia y presentado con las formalidades correspondientes) ni aun a falta de norma que se refiera al caso concreto.

El Principio de la Inexcusabilidad se basa en que el ordenamiento jurídico, mirado como un “todo” amplio y coherente, le entrega al interprete las herramientas y principios para que llegue a una solución conforme a derecho. De aquí que se niegue la posibilidad de que puedan existir en nuestro sistema las denominadas lagunas “de derecho”

En la doctrina nacional se ha sostenido mayoritariamente que la interpretación en el derecho chileno, cualquiera sea su rama y cualquiera sea su interprete, se encuentra sujeta a las normas sobre interpretación que nos entrega el Código Civil en sus artículos 19 a 24.<sup>1</sup>

En la dogmática laboral se ha mantenido, hasta cierto punto, este criterio para la interpretación de las normas del Derecho del Trabajo. Pero hay autores quienes sostienen que también es posible utilizar otras directivas interpretativas por diversas razones<sup>2</sup> como lo serian:

El dar cumplimiento a los fines y objetivos tutelares del Derecho del Trabajo;

En atención a las características propias del Derecho del Trabajo, en particular el ser el derecho laboral protector de los trabajadores dependientes y establecer normas de orden publico;

Por la intervención estatal en la relación jurídica laboral;

Por el predominio del factor ético y humano, sobre los contenidos puramente formales o externos de la ley;

Por la formación histórica de la legislación laboral.

Así es muy importante tener en cuenta el carácter tutelar del derecho laboral, sosteniéndose por la doctrina que este Derecho “busca impedir abusos derivados del desnivel de poder socioeconómico entre los trabajadores asalariados y sus empleadores”<sup>3</sup>. Así se ha justificado la inclusión de diversas directivas interpretativas propias del derecho laboral. Tal como lo son los principios del derecho del trabajo desarrollados por

---

<sup>1</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo 1. Segunda Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 121.

<sup>2</sup> PLA RODRIGUEZ, Americo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Buenos Aires, Editorial De Palma, 1991.

<sup>3</sup> THAYER, William. Introducción al Derecho del Trabajo, Segunda Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p.192.

el prestigioso jurista uruguayo Americo Plá Rodríguez <sup>4</sup> . E incluso se puede hablar de construcciones dogmáticas propias del Derecho Laboral chileno, como lo son por ejemplo la denominada “Regla de Conducta” y la mismísima “Cláusula Tácita”.

A pesar de lo anterior, ello no significa que en el área del Derecho Laboral se haya abandonado completamente la forma clásica de interpretar la ley, ni de comprender esa interpretación. Si no que “al amparo de la propia ideología del Derecho del Trabajo se ha intentado, quizás inadvertidamente, un esfuerzo de aplicación del Derecho, que avanza en el sentido correcto” <sup>5</sup> .

De este modo, en la interpretación judicial y administrativa de la ley laboral, es el Código Civil el que aporta los cuatro elementos clásicos de interpretación, desarrollados por la doctrina, y en especial por el jurista alemán Von Savigny, que a saber son: el elemento “gramatical”, que se basa en el significado de las palabras que utiliza el legislador; el elemento “lógico”, que se basa en la relación lógica de la propia ley; el elemento “histórico”, que se basa en las causas fácticas y jurídicas que constituyen la génesis de la ley; y el elemento “sistemático”, que se basa en la íntima relación que debe existir entre todos los elementos del ordenamiento jurídico en general.

Los elementos anteriores no son excluyentes entre sí, ni tampoco excluyen los demás factores que pudiera tomar en consideración el interprete. Por el contrario estos elementos muchas veces son complementarios entre sí y con los modernos criterios de interpretación que han ingresado con fuerza en nuestro derecho.

Con todo lo anteriormente expuesto, nos podemos dar cuenta que la especial forma de la interpretación de la ley laboral asume un rol fundamental para la solución práctica de múltiples conflictos, cuya solución no esta en los textos positivos, o no se encuentra claramente establecida en la ley. Por lo que se requiere de una mayor libertad para el interprete, quien gracias a esta libertad puede llegar a la construcción de las denominadas “construcciones dogmáticas” dentro de las cuales, como ya se dijo, se encuentra la Cláusula Tácita.

---

<sup>4</sup> PLA RODRIGUEZ, Americo. Obra citada.

<sup>5</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales de la empresa, Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile, 1998. pp. 35-37.



## 2.- NOCIONES SOBRE INTERPRETACION JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA DEL DERECHO LABORAL CHILENO

La interpretación de la ley posee una gran clasificación, la cual dependerá del sujeto o fuente de la interpretación. Así podemos distinguir:

Interpretación “legal o auténtica”, que es aquella que realiza el propio órgano que dictó la ley a interpretar. Así es el mismo poder legislativo quien, a través de una ley interpretativa, aclara los puntos oscuros o dudosos de la ley interpretada. Este tipo de interpretación posee fuerza obligatoria absoluta y general, es decir, vincula a todos los que se encuentran en los supuestos de hecho que se contienen en ella. Esto es así ya que la ley interpretativa, como ley que es, posee rango y fuerza de “ley, y además por una ficción legal que entiende que la ley interpretativa se encuentra incorporada a la ley interpretada formando una sola con ella. Es importante resaltar que el legislador no puede ni debe vulnerar o modificar una ley so pretexto de interpretarla, ya que con ello se estaría desconociendo la esencia de la ley interpretativa, usándola para un fin distinto del que le corresponde y en definitiva convirtiéndola en una ley derogatoria, además de burlar el principio de irretroactividad de la ley, ya que la ley interpretativa se entiende vigente desde la vigencia de la ley interpretada (claro que sin vulnerar derechos

adquiridos en el intermedio), o sea son leyes retroactivas.

Interpretación “doctrinal”, que es aquella que realizan los estudiosos del derecho a través de sus obras, tratados y cátedras. Este tipo de interpretación no posee fuerza que vincule a los sujetos de derecho a seguirla. Pero en la práctica es la más importante debido a su riqueza intelectual y jurídica, lo que hace que este sea un vital elemento para la evolución del derecho. Y a pesar de no poseer lo que históricamente se denominó “*potestas*”, o sea la fuerza que se obtiene de la autoridad constituida, la interpretación doctrinal es la que mayormente posee lo que se conoció como “*autoritas*”, o sea la fuerza que le dá el prestigio del autor que la ha creado y los argumentos racionales y jurídicos que exhibe.

Interpretación “forense”, es aquella creada por las partes de un proceso judicial y por sus abogados, sirviendo como argumento a las diferentes posiciones durante el desarrollo de la “*litis*”. No teniendo ninguna fuerza obligatoria, sólo una función persuasiva.

Interpretación “judicial”, aquella realizada por los tribunales al momento de aplicar el derecho al caso sometido a su decisión. Este tipo de interpretación tiene fuerza obligatoria, pero sólo respecto de la causa en la cual se pronuncia (artículo 3, inciso segundo del Código Civil), de manera tal que vincula solamente a los que han sido partes en la “*litis*” (o sea tiene fuerza relativa) y al juez que ha dictado la sentencia (ya que en virtud del principio del desasimiento del tribunal, el juez que dictó una resolución o sentencia no puede volver a dictar ninguna resolución que desconozca o modifique la que ya dictó)

Interpretación “administrativa”, que es la que realizan algunos órganos de la administración del Estado, especialmente facultados para ello. Ejemplos de este tipo de órganos en Chile son el Director del Servicio de Impuestos Internos, en materia tributaria (artículo 26, inciso primero, del Código Tributario), y el Director del Trabajo en materia laboral (artículo 5, letra “b”, del D.F.L. 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1967). Este tipo de interpretación junto a la “judicial” son denominadas por cierta parte de la doctrina como interpretación “operativa”<sup>6</sup>, esto ya que ellas llevan la interpretación al caso concreto, operando como la solución fáctica a los conflictos de orden temporal y jurídico que se presentan ante su competencia.

Todos estos tipos de interpretación constituyen un proceso de creación donde lo que se crea es una norma jurídica individual.

Lo anterior significa que los entes que cumplen la función de interpretar (como lo son en materia laboral esencialmente los Tribunales de Justicia y la Dirección del Trabajo) a partir de una norma de carácter general y absoluta, como lo es la ley que se va a interpretar, concretizan esta norma en una de carácter individual aplicable al caso concreto.

Así la norma de carácter general no es una norma directamente aplicable al plano fáctico, sino que necesita de los órganos de aplicación del Derecho, quienes a través de un proceso de creación, como lo es la interpretación de la ley, realizan dos operaciones

---

<sup>6</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis. Obra citada. p.56.



simultáneas, que a saber son, primero calificar jurídicamente los hechos, o sea determinar si estos hechos caben dentro de los supuestos fácticos contenidos en la norma general, y en segundo lugar establecer las normas jurídicas generales que son aplicables. Con estos dos presupuestos se debe tratar de llegar a la solución mas justa posible y que se concilie con el ordenamiento jurídico vigente.

Hecho lo anterior tenemos que, de la norma jurídica general se ha creado una norma de carácter individual que es directamente aplicable a la solución del caso concreto.

La norma particular que resulta de todo este proceso de interpretación de la ley, es una extensión de la norma general que le sirvió de base, además de significar un aporte que siempre agrega algo nuevo a la norma general de la cual obtiene su validez<sup>7</sup>. De no ser así la sentencia judicial o el dictamen de la autoridad administrativa, carecerían de todo sentido, ya que bastaría con referirse a los preceptos de la ley general y establecer si los hechos caben en sus supuestos o no, para dar por solucionado el conflicto. Pero la solución al caso concreto no es así de simple, si no que se requiere del trabajo del órgano que interpreta y aplica el Derecho, cuya labor puede revestir una mayor o menor complejidad, pero siempre constituirá un elemento de “creación”, y por lo tanto de evolución del Derecho, pudiendo aportar a nuestro sistema instituciones propias que surjan por la necesidad de resolver conflictos cuyos supuestos no se encuentren solucionados específicamente en la norma general, pero cuya solución se encuentre en el espíritu de nuestro ordenamiento.

Este es el caso de la Cláusula Tácita, la cual se hace cargo de una situación que no esta prevista en la norma general, pero que a través de la norma particular, que emana de los órganos de aplicación e interpretación de la ley (en especial del órgano administrativo), es creada para la solución de aquellos conflictos que no encuentran una solución específica dentro de la ley. Si no se recurriera a esta figura la solución que se les podría dar no sería la más acorde con los principios generales, la equidad y el espíritu del ordenamiento jurídico laboral.

De esta manera tenemos que se incluye a un órgano administrativo dentro de una actividad clásicamente judicial, como lo es la de a partir de normas generales, crear normas individuales que se apliquen al caso concreto, y esto se debe gracias a las facultades que el propio ordenamiento le otorga al gobierno (como cabeza de la administración del Estado) para interpretar la legislación laboral y fiscalizar su cumplimiento a través de la Dirección del Trabajo.

Así en palabras de KELSEN “la función del órgano administrativo superior, el gobierno, reside en la participación que la constitución le delega en la legislación; en el ejercicio de las facultades otorgadas por la constitución de celebrar tratados con otros Estados; en la promulgación conforme a la constitución, de ordenanzas y resoluciones administrativas dirigidas a los órganos administrativos inferiores y a los súbditos, es decir en la producción y aplicación de normas jurídicas generales e individuales”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis. Obra citada. P.57.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, p. 253.

En la práctica la Dirección del Trabajo a través de fiscalizaciones periódicas constata infracciones a la legislación laboral, y mediante resoluciones administrativas cursa las correspondientes multas. Además, por medio de dictámenes, el Director del Trabajo puede fijar el alcance y sentido de la legislación laboral, de manera general y absoluta. Este dictamen que emana de la autoridad administrativa, para la doctrina, al contener una nueva norma jurídica general, es también una fuente formal del derecho chileno<sup>9</sup>.

Dentro de la interpretación administrativa es importante destacar que en materia laboral el ente encargado de generarla es la Dirección del Trabajo, junto con las distintas Inspecciones del Trabajo, quienes son los delegados territoriales de la primera.

La Dirección del Trabajo es un servicio público descentralizado con patrimonio y personalidad jurídica propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y que se encuentra regido por el Código del Trabajo y por su propia ley orgánica, como lo es el Decreto con fuerza de ley N°2 del Ministerio del Trabajo y previsión Social, de 1967.

Según el artículo 1° del mencionado D.F.L. n°2, las funciones de la Dirección del Trabajo son entre otras:

La fiscalización de la aplicación de la ley laboral;

Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo;

La divulgación de los principios técnicos y sociales de la legislación laboral;

La supervigilancia del funcionamiento de las organizaciones sindicales;

La realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo.

Además el Código del Trabajo en su artículo N° 467 nos señala que “la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponden a la Dirección del Trabajo...”

Evidentemente todas las funciones de la Dirección del Trabajo son importantes y están relacionadas entre sí, pero una de las más importantes, y que para nuestro objetivo nos interesa es la función interpretativa.

Esta función interpretativa de la ley, que poseen además de la Dirección del Trabajo otros organismos de la administración del Estado con facultades fiscalizadoras, como por ejemplo el Servicio de Impuestos Internos, en materia tributaria; o el Servicio Nacional de Aduanas, en materia aduanera; constituye lo que se denomina interpretación administrativa.

En este tipo de interpretación nos encontramos frente a un ente de carácter administrativo, facultado para interpretar leyes, ya no de carácter propiamente administrativas o públicas (en el sentido de normas que regulan las relaciones del Estado, en su rol de autoridad soberana, con los particulares, quienes están sometidos a esta autoridad), si no que leyes, mas bien, de carácter privado, o sea aquellas que están dirigidas a regular situaciones de particulares entre sí, o entre particulares y el Estado,

---

<sup>9</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, obra citada. P.61.

pero este último en su carácter de ente privado y no como autoridad.

Los profesores Luis Lizama y José Luis Ugarte definen la interpretación administrativa como “aquella que realizan ciertos servicios públicos que cumplen funciones fiscalizadoras con el objeto de dar coherencia y uniformidad a la supervigilancia de la aplicación correcta de las normas interpretadas”

De la definición anterior podemos observar que “la realizan ciertos servicios públicos”, pero no todos los servicios públicos, sino que se refiere sólo a aquellos servicios que tengan funciones fiscalizadoras y cuya misión sea el velar por la “aplicación correcta” de las normas que la misma ley les faculta.

Pero la función interpretadora tiene un límite y éste se produce cuando un asunto esta siendo sometido a la competencia de los Tribunales del Trabajo, es decir el poder judicial previene en el conocimiento de las causas laborales a la autoridad administrativa, de manera tal que si una causa se esta ventilando ante los tribunales laborales, le esta vedado a la Dirección del Trabajo el conocimiento actual o posterior del mismo asunto, pero esta circunstancia debe ser notificada a la autoridad administrativa.

En todo la situación anterior no opera a la inversa ya que, aunque el asunto comience a ser conocido por la autoridad administrativa e incluso cuando ya haya sido resuelto por ésta, siempre queda a salvo el derecho de las partes para recurrir a los tribunales, cualquiera sea la decisión que haya tomado la administración.

Lo anterior debe entenderse considerando siempre el efecto relativo de las sentencias judiciales, es decir que sólo obligan a los que han sido partes en la “litis”, de manera tal que una sentencia judicial no puede obligar a la Dirección del Trabajo a modificar la interpretación que se haya hecho de una norma, ni la calificación que se le haya dado a los hechos.

Ahora bien, una vez que la Dirección del Trabajo ha interpretado una norma en tal sentido, esta decisión debe ser respetada por todos los integrantes del espectro laboral y si alguno de ellos no lo hiciere se deben tener los medios coactivos para compelerlo a cumplir con lo resuelto (sin perjuicio del derecho a ejercer alguna acción ante tribunales).

Lo anterior quiere decir que la interpretación administrativa tiene carácter de obligatorio, o como se denomina por la dogmática jurídica es una interpretación “necesaria”, al igual que la legal o autentica contenida en una ley interpretativa (interpretación necesaria y general), o la judicial contenida en las sentencias y demás resoluciones judiciales (interpretación necesaria y no general). Distinguiéndose así de la interpretación “no necesaria”, como lo serían por ejemplo la interpretación forense o la doctrinal, las que no tienen fuerza obligatoria, o sea no vinculan a las partes involucradas.

La misma norma nos dice que corresponde a la Dirección del Trabajo “fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo” (artículo 1°, letra “b”, del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social) es la que sirve como fuente mediata de su obligatoriedad. Ya que al facultar al administrador para interpretar la ley laboral, esta revistiendo de obligatoriedad el dictamen que surge de esta interpretación.

En todo caso la obligatoriedad de los dictámenes es una propiedad conferida a las

decisiones de la Dirección del Trabajo no como un privilegio para que se ejerza discrecionalmente; al contrario es un derecho de los particulares quienes lo pueden exigir mediante el ejercicio del derecho de petición <sup>10</sup> .

Así a través del derecho de petición se puede solicitar la evacuación de consultas legales (artículo 11, letra “c” del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social) y efectuar denuncias en caso de infracciones a la ley laboral (artículo 220 del Código del Trabajo), con el objeto de que la autoridad administrativa se pronuncie y restablezca el derecho.

Todo lo que hemos señalado en estas páginas nos muestra que la interpretación administrativa de la ley laboral sobrepasa ampliamente el concepto que se tiene generalmente de la interpretación, ya que no sólo fija el exacto sentido y alcance de una disposición legal oscura, ambigua o poco clara, si no que además reformula el derecho laboral integrando vacíos jurídicos, resolviendo antinomias de normas y generando nuevas formas de argumentación jurídica, dentro de las cuales se encuentran las Cláusulas Tácitas.

A todo este conjunto de funciones que la Dirección del Trabajo realiza a través de sus dictámenes, se les califica como una clara manifestación del desarrollo del Derecho <sup>11</sup> .

Se ha sostenido que “la interpretación y el desarrollo del Derecho no deben verse como esencialmente diferentes, sino sólo como distintos grados del mismo pensamiento. Esto quiere decir que ya la simple interpretación (...), en tanto es la primera o se aparta de la interpretación anterior, supone un desarrollo del Derecho, aunque muchas veces (...) todavía no es consciente de ello” <sup>12</sup> .

De la manera anterior entendemos que la interpretación del Derecho y su desarrollo están más que ligadas, el segundo no es sino la continuación natural de la primera.

Y si la autoridad administrativa tiene facultades para interpretar la ley y desarrollar el Derecho, estas facultades “también se han conferido para la resolución de aquellos casos que no tienen una regulación legal” <sup>13</sup> .

De manera tal que a través del dictamen administrativo se llenan las lagunas legales que existen en el orden positivo legal. Para esto se recurre a herramientas tales como la analogía, la equidad, los principios generales del Derecho y en especial los principios característicos del Derecho Laboral. Llegándose incluso a la construcción dogmática de figuras propias del ordenamiento laboral, como por ejemplo la Cláusula Tácita.

En todo caso la Dirección del Trabajo insiste en sostener que sólo se limita a fijar el exacto sentido y alcance de la legislación laboral. Lo anterior debido al arraigado

---

<sup>10</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE, José Luis, obra citada, p.81.

<sup>11</sup> LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Cuarta Edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A. 1994. Pp.359-363.

<sup>12</sup> Idem. pp.359-360.

<sup>13</sup> LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis, obra citada, p. 91.

---

pensamiento, que posee nuestra dogmática, de que la interpretación se limita a un acto de mero conocimiento en la búsqueda de la “única solución correcta”<sup>14</sup>; y que el desarrollo y la creación del Derecho son labor exclusiva y excluyente del legislador (en forma general) y los jueces (en el ámbito particular).

<sup>14</sup> SQUELLA, Agustín. La Cultura Jurídica Chilena, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1988, pp.40-43.



## 3.- EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO Y SUS CLAUSULAS.

El contrato de trabajo es definido por el artículo 7° del Código del Trabajo como “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

Lo primero que observamos en la definición que nos entrega el Código es que el contrato de trabajo es una “convención”, sabido es que todo contrato es una convención, siendo este el género y aquél la especie, así que primero que todo debemos decir que convención es el acto jurídico bilateral, en virtud del cual se crean, extinguen o modifican derechos y obligaciones; y contrato se define como el acto jurídico bilateral en virtud del cual “se crean” derechos subjetivos.

Los elementos del contrato de trabajo son:

El acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador;

La prestación de servicios personales por parte del trabajador;

La remuneración;

El vinculo de dependencia y subordinación de parte del trabajador;

Por otro lado las principales características del Contrato de Trabajo son las siguientes:

Es **bilateral**, por que produce obligaciones para ambas partes;

Es **oneroso**, por que su objetivo es que ambas partes obtengan un beneficio económico;

Es **sinagmatico**, ya que genera contraprestaciones recíprocas, y además estas se miran como equivalentes entre sí (conmutativo) por lo menos teóricamente;

Es **típico**, o sea que está regulado específicamente en la legislación laboral;

Es un clásico ejemplo de contrato de **tracto sucesivo**, ya que las obligaciones recíprocas se realizan a través del tiempo en forma sucesiva y continua. El carácter de temporal o indefinido del contrato no afecta esta característica.

Es un contrato **dirigido**, es decir el legislador fija en forma específica ciertos contenidos mínimos o máximos de la relación laboral, como por ejemplo el sueldo mínimo mensual en la jornada ordinaria de trabajo o las horas máximas de la misma jornada.

Esta característica es muy especial ya que vulnera el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual las partes discuten y acuerdan libremente las cláusulas del contrato, y que es uno de los principios rectores del Derecho Privado.

Lo anterior se debe a que el legislador se ve obligado a proteger a los trabajadores quienes constituyen la parte de la relación laboral que tiene menor poder para negociar, y que históricamente a sido explotada por el empleador, quien constituye la parte mas fuerte de la relación, ya que posee el poder económico y generalmente una mayor preparación para este tipo de negociaciones.

Actualmente existen voces que sostienen que la solución a los problemas de cesantía en el país es la flexibilización laboral, esto significa en la práctica relajar esta característica de “dirigido” del contrato de trabajo. La verdad es que la flexibilización laboral difícilmente puede llegar a ser una herramienta para el aumento de las plazas laborales, sin que esto signifique la disminución de la calidad del empleo, lo que con los niveles económicos actuales (sobretudo lo que a distribución del ingreso se refiere) iría en contra de la justicia y equidad, careciendo sobretudo de lo que se denomina solidaridad social.

Es un contrato de **adhesión**, esto significa que el trabajador se limita a aceptar en bloque las cláusulas del contrato que el empleador le ofrece, sin existir una verdadera negociación sobre ellas, o sea el trabajador acepta todo el contrato o sencillamente no lo acepta <sup>15</sup>.

Esta característica también vulnera la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo, y es una de las razones más importantes por la que el legislador debe intervenir en favor de la parte más débil, asegurando un mínimo y un máximo en muchos de los aspectos del contrato de trabajo (contrato dirigido).

Es un contrato **consensual**, es decir se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, esto quiere decir que una vez que las voluntades individuales de las partes llegan a un acuerdo, transformándose en consentimiento, el contrato de trabajo comienza a

---

<sup>15</sup> Supra. p.71



### 3.- EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO Y SUS CLAUSULAS.

---

existir, sin que sea necesario ningún otro requisito, formalidad o solemnidad. Gracias a esta característica la dirección del Trabajo y los Tribunales pueden llegar a la construcción de las Cláusulas Tácitas.

Por su relación con nuestro tema nos detendremos un poco mas en esta última característica del contrato individual de trabajo.

Según el artículo 1443 del Código Civil, “el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando esta sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el sólo consentimiento”

Esta clasificación dice relación con el momento de nacimiento o formación del contrato y con los requisitos que hay que cumplir en ese instante.

De esta manera los contratos solemnes son aquellos que se perfeccionan, o sea se entiende que existen y comienzan a generar sus efectos desde que, como nos dice el Código Civil, se cumple con “ciertas formalidades especiales” aunque sería mas propio referirse a una solemnidad, ya que existen variadas formalidades y sólo unas pocas, denominadas solemnidades, tienen el efecto de perfeccionar o hacer nacer un acto jurídico o contrato. Ejemplo de este tipo de contrato es la compraventa de bienes inmuebles, que para perfeccionarse requiere que el contrato se reduzca a escritura pública “inscrita” en el Conservador de Bienes Raíces competente, formalidad sin la cual el contrato se entiende que aún no genera ningún efecto.

Los contratos reales a su vez son los que, según el Código, para entenderse perfeccionados requieren de la “tradición de la cosa a que se refiere”, esta parte del artículo 1443 del Código Civil es uno de los ejemplos que nos muestran la confusión de Bello en cuanto a la “tradición” ya que utiliza el término equivocadamente pues no se refiere a transferir el dominio ni ningún otro Derecho real sobre la cosa, lo que constituiría tradición, si no que se refiere simplemente a la “entrega” o traspaso de la mera tenencia sobre el bien objeto del contrato. Todos estos contratos generan la obligación de restituir, por lo que la previa entrega de la cosa que ha de restituirse es indispensable.

Ejemplo de este tipo de contrato es el depósito, que se entiende que existe y comienza a generar sus efectos sólo desde la entrega real o simbólica de la mera tenencia de la cosa al depositante.

Y por último tenemos a los contratos consensuales. Según el artículo 1443 del Código Civil, el contrato consensual es aquel que “se perfecciona por el solo consentimiento”. Así las partes de la relación contractual, en virtud de la autonomía privada, son libres para contratar y para pactar las cláusulas que consideren pertinentes, una vez que se llega a un acuerdo contractual se forma lo que se denomina consentimiento, y en los contratos consensuales sólo basta este consentimiento para que el contrato se entienda perfeccionado, o sea que nazca a la vida del Derecho y comience a producir sus efectos jurídicos.

La regla general es que los contratos sean consensuales, así aunque en la práctica haya una tendencia a formalizar los contratos no se debe entender que todas estas

formalidades cumplen el fin de dar nacimiento al contrato, ya que ellas tienen objetivos distintos y diversos, como por ejemplo preconstituir alguna prueba, dar publicidad de los contratos a terceros a quienes les pudiese interesar, habilitar a incapaces relativos para realizar ciertos contratos, etc.

Así por ejemplo en el caso del contrato de trabajo el legislador nos señala, en el artículo 9°, del Código de Trabajo, que el contrato “deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante”.

Esto quiere decir que en el contrato individual de trabajo se exige la escrituración del mismo, pero esta escrituración es una formalidad de prueba o *ad probationem*, o sea si no se ha escriturado se dificulta probar la existencia del contrato y de sus cláusulas.

Pero el contrato de trabajo tiene plena existencia real y jurídica, ya que se ha perfeccionado desde el momento en que las partes han llegado a un acuerdo y por ende se ha formado el consentimiento.

Tal como ha dicho el profesor Luis Lizama “bajo ninguna circunstancia la escrituración puede ser considerada una formalidad objetiva o *ad solemnitatem* por que de ello se derivaría que su omisión acarrearía la nulidad absoluta del contrato de trabajo y nuestro Código de Trabajo no contempla tal posibilidad”<sup>16</sup>

En todo caso es indudable que la importancia práctica de la escrituración del contrato de trabajo es altísima, ya que si hubiese discusión acerca de la existencia del contrato y/o sus cláusulas, quien alegue la existencia de estas o aquellas se vera fuertemente favorecido si hubiere un documento escrito donde se haya plasmado el contrato y al contrario a falta de contrato escrito será mucho mas difícil el poder probar lo que se alega.

Debido a lo anterior es que el legislador laboral en el artículo 9° del Código del Trabajo nos indica que es responsabilidad del empleador el escriturar el contrato de trabajo en un plazo de quince días (que se disminuye a cinco en el caso de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días), bajo el apercibimiento de ser sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales.

Además el mismo artículo 9° en la parte final de su inciso quinto, nos señala la segunda sanción a la que se expone el empleador por la falta de escrituración del contrato de trabajo en los siguientes términos “la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador”. Esta parte del artículo 9° contiene una presunción legal que provoca la inversión de la carga de la prueba, y que se producirá cuando el empleador no haya escriturado el contrato de trabajo o no haya enviado a la Inspección del Trabajo respectiva el proyecto que el dependiente se rehusó firmar, dentro del plazo de quince días contados desde la incorporación del trabajador.

Esta sanción no debe ser interpretada como si del sólo hecho de no existir contrato

---

<sup>16</sup> LIZAMA PORTAL, Luis, Derecho del Trabajo, Editorial Lexis Nexis. P.34

escrito el empleador se ve obligado a aceptar la efectividad de la relación laboral además de la veracidad de las estipulaciones declaradas por el trabajador como hechas en el contrato. Esta situación sería a todas luces injusta, ya que el trabajador por su sola declaración estaría estableciendo una presunción legal a su favor, difícil de rebatir. Así que para una correcta interpretación del artículo 9°, inciso quinto, parte final, del Código del Trabajo, se debe entender que abarca sólo a las “estipulaciones” que el trabajador haga del contrato de trabajo, pero nunca llegaría a abarcar la existencia misma de la relación laboral o del contrato de trabajo.

De esta manera la carga de probar la existencia del contrato y de la relación laboral vuelve a las reglas generales, es decir, las obligaciones o su extinción deben ser probadas por quien alega estas o aquellas, y en este caso es el trabajador a quien interesa probar la existencia de la relación laboral.

Sólo una vez que se ha establecido que existe un contrato de trabajo que no se ha escriturado opera la presunción del artículo 9° inciso quinto. Para esto el trabajador cuenta con todos los medios de prueba que le franquea la ley, especialmente la de testigos, aunque en la práctica el contrato de trabajo escrito es una prueba irremplazable para el trabajador.

También hay que tener en cuenta que la presunción de la que hablamos es de carácter simplemente legal, o sea que admite prueba en contrario. Por lo que, aunque no haya contrato de trabajo escrito, y se pruebe por cualquier otro medio la existencia de la relación laboral, el empleador a su vez puede probar que las estipulaciones declaradas por el trabajador no son efectivas.

La situación analizada en los párrafos precedentes tiene mucha semejanza a lo que sucede con las Cláusulas Tácitas.

Así en la Cláusula Tácita se alega que existe una cláusula no escriturada, pero que ha sido acordada por las partes de la relación laboral, no en forma expresa (ni escrita, ni verbalmente) sino que en forma tácita, es decir existe una voluntad determinada en cierta dirección, que se puede deducir de uno o mas comportamientos que denotan inequívocamente aquella voluntad, y si tal voluntad no existiera no se habría podido producir el comportamiento del cual se deduce.

En cambio el artículo 9° del Código del Trabajo se refiere a una situación un tanto distinta, primero por que la voluntad involucrada no es necesariamente tácita, puede tratarse perfectamente de una voluntad expresa, pero que no esta reducida a un contrato escriturado; así se puede tratar de declaraciones verbales, que para efectos del contrato de trabajo (de naturaleza consensual), son suficientes para perfeccionar el acto.

En segundo lugar, el Código del Trabajo se refiere a la situación de que no se haya escriturado “el contrato” mismo; en este caso el artículo 9° inciso 5° nos señala que se presume legalmente que las estipulaciones que declara el trabajador son efectivamente las del contrato de trabajo.

En cambio en la cláusula tácita hay un contrato de trabajo el cual puede o no estar escriturado, pero sobre el cual no hay duda ni discusión acerca de si es efectivo o no; lo que se discute o desconoce es la existencia de una cláusula que no esta, ni puede estar,

escrita (si lo estuviera ya no estaríamos en presencia de una cláusula “tácita”), pero que emana de la reiteración a través del tiempo de determinadas prácticas laborales o del otorgamiento de beneficios en forma reiterada y constante, las cuales (prácticas o beneficios) se han otorgado o realizado con el conocimiento y la aquiescencia de la otra parte de la relación laboral.

En todo caso, no hay duda acerca de que el artículo 9° del Código del Trabajo mas la consensualidad del contrato de trabajo, son los ejes sobre los cuales se apoya la figura de la Cláusula Tácita. Así en palabras del profesor Luis Lizama “una de las conclusiones más significativas del carácter consensual del contrato de trabajo es que deben entenderse incorporadas a él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito, si no que además las **Cláusulas Tácitas**, esto es, aquellas no escritas en el documento respectivo, pero que emanan del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, manifestado en forma libre y espontanea, consentimiento este que es de la esencia del contrato, y por ende, requisito de existencia y valides del mismo”.<sup>17</sup>

Incluso se ha entendido que las cláusulas escrituradas en el contrato de trabajo pueden ser complementadas e incluso modificadas por la aplicación práctica que las partes hagan de ellas, pero aquí estaríamos en presencia de otra moderna figura de la doctrina laboral denominada “**regla de la conducta**”.

Así en definitiva podemos decir que en virtud de la consensualidad del contrato de trabajo la formación del consentimiento puede emanar de una manifestación de voluntad expresa o una tácita, a menos que la ley por razones de seguridad jurídica exija que opere la primera de ellas.

En cuanto a las cláusulas del contrato individual de trabajo diremos que aparte de las cláusulas que siempre deben estar en el contrato de trabajo (ya que son las que contendrían los derechos laborales que señala el Código del ramo, y que tienen el carácter de irrenunciable). La doctrina clásicamente a señalado tres tipos de cláusulas que a saber son<sup>18</sup> :

Las **Cláusulas Permitidas**; son aquellas que las partes pueden acordar libremente, pero sin que ello signifique una renuncia de los Derechos establecidos por las leyes laborales. Así lo establece el propio Código del Trabajo al decirnos en su artículo (10.7) que el contrato de trabajo debe contener los “demás pactos que acordaren las partes”

En segundo lugar encontramos a las **Cláusulas Prohibidas**; que son las que están expresamente prohibidas por el Código en su artículo (5.2.), esto es aquellas que signifiquen la renuncia de los derechos establecidos a favor del trabajador por la ley.

Y por último encontramos a las **Cláusulas Presuntas**, estas son las que se derivan del carácter consensual del contrato de trabajo. Gracias a esto es que la doctrina y jurisprudencia (judicial y administrativa) aceptan, como ya hemos dicho, la teoría de que se puede incorporar nuevas cláusulas o modificar las cláusulas existentes de los contratos de trabajo, esto por medio de la reiteración de ciertas prácticas que son

---

<sup>17</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. Obra citada, p.34.

<sup>18</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. Obra citada p.43-44. Editorial Lexis Nexis.

constitutivas de una expresión de voluntad presunta.

En estas últimas (Cláusulas Presuntas) podemos distinguir dos clases:

La primera es la **regla de la conducta**, esta es una construcción dogmática que se basa en el artículo 1564, inciso final, del Código Civil, que establece que las cláusulas de un contrato se interpretan “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra”. Esto se traduce en que la forma en que las partes, de la relación laboral, han cumplido reiteradamente en el tiempo una determinada estipulación puede modificar o complementar el acuerdo inicial.

La segunda manifestación de las cláusulas presuntas son justamente las **Cláusulas Tácitas**.



## 4.- CLAUSULAS TACITAS

Como ya hemos dicho, existen en el ámbito práctico de las relaciones laborales ciertas situaciones fácticas habituales y cotidianas, que no obedecen al cumplimiento de ningún acuerdo escrito, ni siquiera a un pacto verbal, sino que nacen de un consentimiento tácito. Estas situaciones fácticas son las que se conocen con el nombre de Cláusulas Tácitas.

Así de la manera anterior se plantean regularmente el otorgamiento de beneficios, o la realización de prácticas o procedimientos laborales que no responden a ninguna estipulación ni cláusula escrita o verbal, y que las partes, por diversas razones, aplican a su quehacer laboral.

Como es lógico, aquí surge la interrogante de si son válidos estos beneficios y prácticas, además de si son eficaces como para exigir su cumplimiento en forma compulsiva.

Sobre este punto existe cierta doctrina que fundamenta la cláusula tácita con el argumento de que, “en la realización de la relación laboral no cabe admitir que se otorguen prestaciones *animus donandi* ... y que cuando tales prestaciones se otorgan en forma permanente y estable, en el hecho las partes tácitamente han modificado o complementado el contrato de trabajo, por lo cual su otorgamiento se ha transformado para el trabajador en un derecho exigible”<sup>19</sup>.

Por lo planteado y por las características del Derecho Laboral de ser un

---

<sup>19</sup> THAYER, William. Manual del Derecho del Trabajo, Tomo II, p.165.

Derecho informal, flexible y en constante evolución, es que podemos sostener que la doctrina conocida como de las Cláusulas Tácitas es una de las de mayor desarrollo e innovación en el ámbito laboral, especialmente por parte de la autoridad administrativa laboral.

Es así como en efecto, las Cláusulas Tácitas encuentran en la Dirección del Trabajo su principal fuente de creación y de evolución jurisprudencial, ayudados también por los Tribunales del Trabajo y su jurisprudencia judicial, aunque en este último campo es una medida aun muy tímida.

### 4.1 Definición.-

Como hemos visto en capítulos anteriores no existe un concepto legal de lo que conocemos como Cláusula Tácita, incluso dentro de la dogmática jurídica no es fácil encontrar una definición clara de ella. Aún así podemos rescatar algunas aproximaciones al concepto que buscamos como la hecha por el profesor Luis Lizama Portal, quien nos dice que la Cláusula Tácita esta 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...”<sup>20</sup> Idéntica definición nos da gran parte de la jurisprudencia administrativa, la que está conformada por los dictámenes de las Dirección del Trabajo, y quien ha sido, como ya se ha dicho, la que más ha aportado a la evolución del tema que hoy nos preocupa.

Otra definición de Cláusula Tácita es la que nos da Christian Mellis Valencia, quien nos dice que “cuando en un contrato las partes reiteradamente en el tiempo, han establecido y dado cumplimiento a obligaciones no consignadas de manera expresa, es decir cuando se configuran situaciones no contempladas originalmente, estamos frente a una Cláusula Tácita”<sup>21</sup>.

Pensamos que estos conceptos no tocan aún la esencia de la definición que buscamos, ya que más que decirnos que es la Cláusula Tácita en sí, nos hablan de los elementos que la constituyen.

Antes de aventurarnos en presentar una definición que consideremos más cercana al real concepto de la Cláusula Tácita, analizaremos aquellos aspectos esenciales que se deben tener a la vista para lograr llegar a la esencia de la Cláusula Tácita.

---

<sup>20</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. Obra citada. P.43.

<sup>21</sup> MELLIS VALENCIA, Christian. Doctrina, Estudios y Comentarios, Agosto N° 5.



## **4.2.- Alcances.-**

### **4.2.1.- Presupuestos Doctrinarios.-**

---

Como se dijo en el capítulo anterior, podemos encontrar el fundamento doctrinario de las Cláusulas Tácitas, por una parte en la teoría de la voluntad y la característica del contrato individual de trabajo de ser un acto “consensual”, y por la otra en el principio de la “primacía de la realidad” que es especialmente característico del Derecho del Trabajo.

La teoría de la voluntad es aquella que nos dice que la voluntad es el elemento esencial de todo acto jurídico, siendo una condición de existencia o validez del mismo. Así para algunos un acto realizado sin voluntad, genera un acto absolutamente nulo, y si ésta voluntad estuviere viciada el acto sería nulo relativo. Para la otra gran parte de la doctrina (que acepta la teoría de la inexistencia en nuestro derecho) el acto sería inexistente, es decir, no nacería a la vida del derecho, la nada jurídica.

Lo anterior nos indica la importancia de la voluntad en el contrato de trabajo, y en el acto jurídico en general. Así es imprescindible que exista una voluntad y que no se encuentre viciada, y la forma en que nos damos cuenta de la efectividad de ésta voluntad es por que uno de sus requisitos es que ella debe manifestarse a los demás, o sea debe exteriorizarse, lo que se puede hacer de varias formas, expresas o tácitas.

### **4.2.2.- La voluntad en los actos jurídicos bilaterales.**

---

El acuerdo de voluntades en los actos jurídicos bilaterales (como lo serían, por ejemplo, todos los contratos) se denomina “consentimiento”, y para producir efectos jurídicos la voluntad que lo genera debe reunir dos requisitos copulativos, ser seria y exteriorizarse.

Cuando decimos que debe ser serio nos referimos a que se debe tratar de un consentimiento que se encuadre dentro de un contexto mínimo de seriedad, es decir, que se de con la intención de obligarse y que sea mínimamente plausible considerar como cierta y real la oferta hecha y la aceptación recíproca, así por ejemplo no sería seria una oferta de compraventa hecha al público siguiendo un guión teatral, o la oferta de comprar el sol.

Para determinar si una oferta es seria o no, no es posible recurrir a reglas de carácter general y absoluto, sino que, como muchas veces en derecho, la única vía razonable es recurrir al “criterio”, este será en un principio el de las propias partes, y en caso de conflicto los llamados a darlo serán los jueces a través de su “sana

crítica”, y por último, en el caso específico de las controversias laborales, se incluye además el aporte de la administración a través de los dictámenes de la Dirección del Trabajo.

Y cuando decimos que debe exteriorizarse, nos referimos a que para producir efectos jurídicos y específicamente para ser capaz de generar un acto jurídico, debe salir del fuero interno del individuo y ser comunicado de alguna manera a los demás.

La voluntad se puede exteriorizar de distintas formas, en virtud de este factor se puede clasificar en voluntad “expresa”, esta es la que se logra a través de la palabra escrita, o en forma verbal; y en segundo lugar la voluntad puede ser “tácita”, esto es aquella que se deduce de circunstancias, hechos o actos que conducen necesariamente a concluir que provienen de determinada voluntad y que no podrían tener otra significación si faltara esa misma voluntad.

En la voluntad tácita los hechos que la constituyen deben ser pues, concluyentes, es decir que conduzcan a la voluntad tácita y no a otra diversa.

En nuestro derecho la regla general es que la voluntad pueda manifestarse en cualquiera de las formas señaladas en los párrafos precedentes, bastando para ello sólo que se haga conocida para la otra parte, sin importar si es una manifestación tácita, escrita o verbal, pero esta regla tiene un límite y este se da en los actos donde es el propio legislador quien exige que la manifestación de voluntad sea expresa, o más aun cuando exige alguna formalidad determinada, como por ejemplo en el caso del contrato colectivo de trabajo.

### 4.2.3.- Voluntad en el Contrato Individual de Trabajo.

---

En todo caso es importante precisar que al decir que el contrato individual de trabajo es un acto consensual, nos estamos refiriendo a que sólo basta con la voluntad de las partes para perfeccionar el contrato, pero esta voluntad debe de todas maneras ser manifiesta, esto da cabida a que el contrato del que tratamos se pueda perfeccionar de varias formas, en primer lugar en virtud de una voluntad expresa, la que a su vez puede ser escrita o verbal; y en segundo lugar, se puede perfeccionar en virtud de una voluntad tácita.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que estas formas de manifestar la voluntad sean idénticas, ni siquiera similares, y a decir verdad la posibilidad de que un contrato de trabajo se forme a través de la voluntad tácita es muy pequeña, ya que generalmente por lo menos hay un acuerdo verbal que sirve de base primigenia de la relación laboral.

Se ha señalado por cierta doctrina que un ejemplo en que la voluntad tácita estaría presente desde la formación misma del contrato de trabajo sería aquel en que las partes, sea por escrito o verbalmente convengan en celebrar un contrato distinto al de trabajo (por ejemplo un contrato civil de arrendamiento de servicios), pero que en la práctica estemos frente a una relación laboral con todas sus características, en especial que exista una remuneración a cambio de un servicio

de carácter personal, el cual se presta bajo vínculo de subordinación y dependencia. En este caso estaríamos ante un ejemplo en el que se puede presumir la existencia de un contrato de trabajo que se manifiesta en virtud de una voluntad tácita.

Cosa distinta es que la voluntad que se ha expresado verbalmente y que ha sido negada por alguna de las partes de la relación laboral, sólo por una cuestión de prueba, se haga tangible a través de la repetición constante de ciertos hechos que probándose su ocurrencia logran acreditar la existencia de la voluntad expresa. Pero no se puede confundir esta situación fáctica con lo que sucede con la voluntad tácita, ya que esta última no sólo se prueba por los hechos que la conforman, si no que se constituye propiamente tal, por estos mismos hechos.

No obstante lo anterior, no se puede discutir que en la práctica es muy difícil distinguir entre la voluntad expresa y la tácita, mas aún cuando sus efectos son los mismos (es decir crear un acto jurídico), por esto la Dirección del Trabajo generalmente les da un mismo tratamiento.

La teoría de las Cláusulas Tácitas se aplica solamente al contrato “individual” de trabajo, y no al “colectivo”, ya que el primero no requiere de ninguna solemnidad, y su requisito de escrituración es sólo una formalidad “ *ad probationem* ”, que no altera su característica de ser un contrato consensual, a diferencia del contrato colectivo en que la escrituración es un requisito objetivo o “ *ad solemniaten* ”, esto hace que deje de ser un contrato consensual y pase a ser uno solemne.

## 4.3.-Consideraciones

Para un estudio completo del tema que nos preocupa debemos analizar ciertos elementos o consideraciones dogmáticas que, en mayor o menor grado, han sido los causantes de que hoy en día las Cláusulas Tácitas sean una realidad que, a pesar de no estar considerada en nuestro derecho positivo, es reconocida y aplicada por la administración laboral y los Tribunales del Trabajo en la solución de los tangenciales conflictos que puedan surgir en la relación laboral.

### 4.3.1.- Principio de la Primacía de la Realidad.

---

En primer lugar analizaremos un importante principio del derecho laboral, el cual esta íntimamente ligado a la Cláusula Tácita generándose con ella una relación de género a especie, siendo el principio que abordaremos el género y la Cláusula Tácita la especie. Nos referimos al principio llamado principio “de la Realidad” o “de la Primacía de la Realidad”.

Este principio inunda todo el derecho laboral y según el concepto del profesor Americo Plá Rodríguez significa que “en caso de discrepancia entre lo que ocurre

en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos”<sup>22</sup> .

Para el profesor Mario de la Cueva este principio constituye lo que ha denominado “un Contrato – Realidad, puesto que existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y que es ésta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia.” Agrega además que “...resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor”<sup>23</sup> .

Así lo que sucede en la *praxis* es lo que debe prevalecer al momento de analizar la relación laboral, definiendo y delimitando de esta manera el contenido del contrato de trabajo.

Este es el principio, propio y característico del Derecho laboral, que le da el verdadero sentido y justificación a las Cláusulas Tácitas. Esto se debe a que otros factores como la consensualidad del contrato de trabajo, o la teoría de la voluntad, que también justifican las manifestaciones tácitas de voluntad, son aplicables indistintamente a diversas ramas del Derecho, incluyendo entre ellas a la rama del Derecho Laboral.

El principio que hace único el tratamiento dado por el Derecho Laboral a las manifestaciones tácitas de voluntad es justamente este principio de la Primacía de la Realidad, el cual justifica el valor que poseen las que, en derecho del trabajo, llamamos Cláusulas Tácitas, que serían una manifestación de dicho principio.

Basándose en este principio, la Dirección del Trabajo ha logrado desarrollar dos tesis importantísimas para la aplicación del derecho laboral. Una de ellas es la Cláusula Tácita, cuyo estudio y desarrollo es el objeto de la presente tesis; la otra es la denominada Regla de Conducta<sup>24</sup> .

A primera vista la regla de la conducta podría confundirse fácilmente con la Cláusula Tácita, ya que en ambas lo que hay es una voluntad tácita que se manifiesta en virtud de la realización reiterada de determinadas prácticas o del otorgamiento de ciertos beneficios. Pero hay un elemento diferenciador que las hace claramente distinguibles, este elemento es la función que cumple cada una de ellas.

Así mientras en la cláusula tácita estamos en presencia de una manifestación de voluntad, que se expresa a través de determinados hechos realizados por las partes, y que viene a cumplir la función de modificar o complementar las cláusulas escritas de un contrato de trabajo. En la regla de conducta esta manifestación

---

<sup>22</sup> PLA RODRIGUEZ, Americo. Los principios del Derecho del Trabajo. Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial De Palma, 1990 p. 243.

<sup>23</sup> DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. p. 381.

<sup>24</sup> Supra p.77

tácita de voluntad y los hechos que la conforman cumplen la función de fijar o precisar el verdadero sentido y alcance que se le debe dar a una cláusula del contrato; es decir que de la aplicación que las propias partes han dado al contrato y a sus cláusulas, se interpretará el mismo.

En otras palabras mientras en la cláusula tácita se crea una nueva estipulación que complementa el contrato de trabajo o que derechamente lo modifica dejando sin efecto parte de él. En la regla de conducta no se altera para nada el acuerdo original, siendo el mismo contrato antes y después de aplicada la regla, pero aclarándose el verdadero sentido que se le debe dar a ciertas estipulaciones obscuras o dudosas, cuya aplicación ha sido determinada por la conducta que las partes han tomado respecto de ellas.

De esta manera observamos que, aunque entre ambas instituciones existen varios puntos de convergencia, estos no llegan al nivel de confundirlas, por el contrario es fácil ver que se trata de dos instituciones totalmente diversas entre sí, por esto no sería del caso otorgarles un tratamiento idéntico a cada una de ellas ni mucho menos el considerar a cualquiera de las dos como una especie de la otra.

#### **4.3.2.- Declaraciones de Voluntad Tácitas Versus Declaraciones de Voluntad Expresas.**

---

Con lo visto hasta este momento podemos apreciar que, dado el carácter consensual del contrato de trabajo, mas la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, la aplicación práctica de la relación laboral que se haga de común acuerdo por las partes, puede no sólo constituir lo que conocemos como Cláusulas Tácitas, sino que además pueden perfectamente llegar a existir casos en que la declaración tácita de voluntad este confrontada derechamente con una declaración expresa de voluntad.

Lo anterior significa que una de las grandes áreas de análisis en lo que son las declaraciones de voluntad tácita es (aparte de la “creación” de cláusulas contractuales), la “modificación” de las estipulaciones manifestadas expresamente dentro del Contrato de Trabajo.

Una lógica pregunta que debemos hacernos es si es posible modificar en parte, o incluso reemplazar totalmente, a una cláusula escrita por medio de una manifestación de voluntad tácita.

De acuerdo a lo que hemos estado desarrollando hasta ahora, y siendo coherentes con lo analizado sobre los principios que inundan el Derecho del Trabajo, (la teoría de la voluntad y la naturaleza consensual del contrato individual de trabajo), debemos arribar a una conclusión afirmativa acerca de la problemática planteada en el párrafo anterior.

De esta manera concluimos que es posible la modificación de una cláusula expresa por una manifestación de voluntad tácita posterior, y con mayor razón sucederá lo mismo cuando la manifestación posterior sea a su vez también

expresa.

Ahora en el caso contrario, es decir ante la pregunta de si una manifestación o cláusula tácita del contrato de trabajo, puede ser modificada por una cláusula expresa posterior o incluso por una nueva cláusula tácita, la respuesta sigue siendo afirmativa ya que no existe razón jurídica ni lógica que lo impida.

En todas estas situaciones planteadas, la diferencia con la cláusula tácita propiamente tal es que, en vez de estar ante una voluntad tácita complementaria, estaríamos ante una voluntad tácita modificatoria, puesto que no se trata de agregar una cláusula nueva al contrato de trabajo (es decir complementar el contrato), sino que estamos frente a situaciones en donde lo que sucede es que esta manifestación de voluntad tácita posterior viene a modificar el contrato existente dejando sin efecto parte del acuerdo inicial.

Así de acuerdo a nuestros argumentos, se debe concluir que la presencia de cláusulas escritas en el contrato individual de trabajo, no impide la posibilidad de que surjan cláusulas tácitas que complementen e incluso modifiquen la convención. Obviamente lo anterior tiene los límites de no vulnerar la naturaleza jurídica del contrato (por ejemplo convirtiéndolo en un contrato civil de arrendamiento de servicios), o de significar la vulneración de alguno de los derechos del trabajador establecidos en el Código del Trabajo, ya que estos tienen el carácter de irrenunciables.

El problema que surge para esta voluntad tácita modificatoria se plantea al momento de su prueba. Así los hechos que la conforman deben ser lo suficientemente claros, concluyentes, nítidos y evidenciables, como para que no quepa duda acerca de la existencia y la dirección de la voluntad que los genera, esto por que se enfrentan a las cláusulas escritas, las cuales cuentan, como nos dice Americo Plá, “inicialmente con la presunción a su favor de reflejar la voluntad común de las partes”<sup>25</sup>.

Vale la pena recordar que, en aquellos casos en que estemos en presencia de una modificación del contrato originado por una manifestación de voluntad expresa, pero verbal, y sobre la cual hay discusión y desconocimiento por una de las partes, la diferencia entre esta voluntad verbal y una voluntad tácita es en el terreno práctico casi imperceptible. De manera tal que, aunque en sus fundamentos jurídicos sean completamente distintos, el tratamiento que les dará el fiscalizador o el juez será prácticamente el mismo, ya que para ellos será casi imposible, y en realidad innecesario, discriminar entre una y otra.

Lo anterior se produce por que en ambos casos la forma de exteriorizarse será la reiteración en el tiempo de los hechos que constituyen la manifestación de la voluntad, sea esta tácita o verbal.

### 4.3.3.- Extensión en la aplicación de la Cláusula Tácita.

---

<sup>25</sup> PLA RODRIGUEZ, Americo. Obra citada, p. 262.

---

En este punto analizaremos si la cláusula tácita es aplicable sólo a las situaciones que favorecen al trabajador, o si por el contrario esta institución se aplica indistintamente a favor o en contra del trabajador siendo necesaria para que entre en escena sólo la concurrencia de los elementos fácticos que la componen.

En cuanto a la problemática planteada parece lógico suponer que a través de las Cláusulas Tácitas no sólo se pueden agregar al contrato individual de trabajo estipulaciones tácitas que constituyan prácticas laborales y beneficios para el trabajador, sino que también se puede tratar de omisiones de esta misma clase de beneficios o prácticas. Es decir, la cláusula tácita no sólo puede operar a favor del trabajador sino que también en su contra. Esto por que a primera vista los mismos argumentos que sirven para justificar la inclusión de la cláusula tácita a favor del trabajador (consensualidad del contrato individual de trabajo, factibilidad de manifestaciones tácitas de voluntad, principio de la autonomía de la voluntad en el derecho privado, etc.) se pueden aplicar también cuando la cláusula tácita favorece al empleador.

Sin embargo creemos que el tema necesita un análisis un poco más profundo, sobretudo si tomamos en cuenta que en la cláusula tácita, como en todo acto jurídico, el elemento esencial es la voluntad, ya que se ve bastante lejana la posibilidad de que el trabajador voluntariamente, o por lo menos libre y conscientemente, acuerde tácitamente con su empleador la omisión de un beneficio. Es decir no habría una voluntad, o por lo menos no una voluntad exenta de vicios.

Además de lo anterior debemos recordar el carácter protector o tutelar del Derecho del Trabajo, esto se traduce en que este Derecho velará por el bienestar de la parte más débil de la relación laboral, es decir por el trabajador. De esta manera la cláusula tácita sólo puede actuar en beneficio del trabajador y no en su contra, creando beneficios pero no omitiéndolos, ya que de lo contrario la institución de la cláusula tácita iría en contra de este carácter tutelar, o principio *pro operario*, que es uno de los rectores del Derecho Laboral.

Asimismo el propio Americo Plá Rodríguez al referirse sobre el principio de la primacía de la realidad (base doctrinaria de las Cláusulas Tácitas) nos dice que "... este principio..., se ha establecido fundamentalmente en beneficio del trabajador". "de modo que si excepcionalmente el documento indica un nivel de protección superior al que corresponde a la práctica, el trabajador tiene derecho de exigir el cumplimiento del contrato"<sup>26</sup>.

A pesar de todo lo anterior la solución mas arriba descrita podría parecer que no es la más justa, sobretudo si se mira desde la perspectiva del empleador, quien podría argumentar que si la Cláusula Tácita beneficia al trabajador complementando el contrato escrito, nada obsta a que lo pueda beneficiar también a él, bastando para ello con que se cumplan los requisitos de la cláusula tácita, en este caso que se hayan omitido beneficios del trabajador que estaban

---

<sup>26</sup> MELLIS VALENCIA, Christian, Cláusulas Tácitas, Agosto N° 7.

expresamente pactados reiteradamente a través del tiempo, o que se hayan realizado prácticas laborales que signifiquen un beneficio para el empleador (lo que por lógica se traducirá generalmente en un desmedro para el trabajador).

Pero debemos recordar que en el derecho laboral existe la llamada irrenunciabilidad de los derechos laborales, que no son más que aquellos derechos establecidos por el Código del Trabajo en favor de los trabajadores. De esta manera aunque la Cláusula Tácita se aplique indistintamente sin discriminar, siempre habrá un límite que protegerá a los trabajadores, no pudiendo en ninguna forma vulnerar los derechos que ampara el Código del Trabajo.

Es decir que, aunque se entendiera que la Cláusula Tácita está establecida en favor y desmedro de ambas partes, o mejor dicho, que en virtud de ella se pueden crear beneficios y omitirlos, existe un nivel de beneficios y derechos que no pueden ser vulnerados por cláusulas expresas ni tácitas ya que se trata de derechos irrenunciables e indisponibles para las partes, que constituyen un límite a las vulneraciones de los derechos del trabajador, provengan estas por la vía que sea.

Para concluir este análisis acerca de la extensión que se debe dar a la Cláusula Tácita diremos que, por la finalidad que se tuvo en cuenta al momento de su nacimiento, por los principios que informan el Derecho Laboral, y por que pensamos que si se pudiesen omitir derechos laborales a través de esta vía se desvirtuaría claramente la institución, convirtiéndose en una herramienta que serviría para perpetuar graves e innumerables abusos contra los trabajadores (llegando a ser peor el remedio que la enfermedad), es que consideramos que la Cláusula Tácita debe ser entendida en un solo sentido, y este no puede ser otro que aquel que beneficia a la parte más débil de la relación laboral, es decir se que puedan crear y exigir beneficios y prácticas laborales que favorezcan al trabajador.

De todas maneras en la situación contraria, es decir si se llegase a aplicar en forma amplia la cláusula tácita, la aplicación que resulte desfavorable al trabajador debería ser hecha en forma rigurosamente restringida, ya que el principio que debe primar en el Derecho Laboral es el “ *pro operario* ”, y ante esta situación la cláusula tácita que favorece al empleador es equiparable a las normas excepcionales que son aquellas inspiradas en principios antitéticos y contrapuestos al ordenamiento común y que por tal motivo son aplicadas restrictivamente, cuestión que en el caso de las cláusulas tácitas quedaría a la sana crítica de los jueces del trabajo.

### 4.4.-Requisitos.

En este punto nos dedicaremos a analizar los requisitos propios de las Cláusula Tácitas, es decir aquellos componentes o elementos esenciales que no deben faltar en ellas.

Para esto recordaremos que en el primer punto de este capítulo vimos algunas



aproximaciones a la definición de cláusula tácita, pero en su momento observamos que ellas no tocaban la esencia de la misma, sino que más que decirnos que es la Cláusula Tácita, nos hablaban de los elementos que la constituirían.

Así que para revisar los mencionados elementos o requisitos de las cláusulas tácitas nos serviremos, por lo clara y pedagógica, de la definición de ella que nos entregó el profesor Luis Lizama, quién nos dice que la Cláusula Tácita esta 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...”

De la definición anterior y como nos percatáramos anteriormente es fácil distinguir los elementos que conformarían la cláusula tácita siendo estos los siguientes:

#### **4.4.1.- La Voluntad.**

---

En primer lugar tenemos que mencionar a un elemento de la esencia de todo acto jurídico que, tal vez por obvio, no esta considerado en la definición del profesor Lizama. Este elemento es la voluntad, que en el caso particular de las cláusulas tácitas es oficioso destacar, ya que posee propias y especiales características, las cuales ya se han tratado más arriba en este trabajo y a las que nos remitimos.

#### **4.4.2.- Otorgamiento y Goce de Beneficios.**

---

Un segundo elemento de la cláusula tácita es el otorgamiento y goce de beneficios laborales, estos pueden ser definidos como aquellos provechos o utilidades que recibe el trabajador y que, para los efectos de la cláusula tácita, no estaban considerados inicialmente en el contrato de trabajo.

La palabra “beneficio” puede ser considerada en dos formas. En primer lugar, en un sentido restringido, el beneficio laboral puede ser entendido como aquel provecho adicional de carácter económico que recibe el trabajador, (como lo sería por ejemplo la obtención de un bono especial), también se incluirían ciertos elementos que le dan un aumento en la calidad de vida del trabajador y que, aunque no estén directamente ligados a los servicios que presta, se deriven de su calidad de trabajador en la empresa, como por ejemplo actividades recreativas para él y su familia, regalos por fechas especiales, etc.

En segundo lugar se puede entender al “beneficio” en un sentido más amplio que abarcaría todo lo que al trabajador le signifique un mayor bienestar incluyendo, además de los factores mencionados en el párrafo precedente, la disminución total o parcial de cualquiera de sus obligaciones, o el incremento de sus derechos o garantías laborales. Los beneficios laborales entendidos en este sentido amplio incluirían lo que conoceremos mas adelante como prácticas de trabajo.

Pensamos que, a pesar de que cualquier aumento en el nivel de vida del trabajador sea el que sea le significaría ciertamente un beneficio, esta forma amplia

de entender la palabra “beneficio” no es la que se le debe dar, ya que, es necesario delimitar el concepto para que este no se desvirtúe llegando a desnaturalizar la relación laboral, y convirtiéndose en una figura sin forma que ciertamente serviría como caldo de cultivo para futuros conflictos laborales, esto por que se trataría de exigir por la vía de la Cláusula Tácita cualquier hecho, cosa o elemento que me haya significado, aún subjetivamente, un mayor bienestar o provecho, como por ejemplo cierto color o material de los muebles o algún plato específico a la hora de colación, cuestiones que escapan absolutamente de lo que se entiende por relación laboral.

### 4.4.3.- Prácticas de Trabajo.

---

En tercer lugar la cláusula tácita esta constituida por la reiteración a través del tiempo de determinadas prácticas de trabajo.

Las prácticas de trabajo no son mas que aquella particular forma en que las partes cumplen con sus distintas obligaciones.

Así la relación laboral esta compuesta en el terreno fáctico por diversos actos que realizan el trabajador y el empleador en cumplimiento del contrato de trabajo. Pero por muy detallado que se encuentre el contrato nunca abarcará completamente la manera en que se deben realizar estos actos, dejando así siempre un margen a la discrecionalidad de la parte que actúa para cumplir con sus obligaciones.

Cuando estas prácticas configuran un uso reiterado a través del tiempo, el cual significa para el trabajador un mayor bienestar, puede llegar a constituir una cláusula tácita.

Así serían ejemplos de este tipo de cláusula tácita, la práctica de terminar la jornada laboral al medio día o a cualquier otra hora que signifique una reducción de la jornada, en aquellos días anteriores a feriados emblemáticos (como Año Nuevo o Navidad) sin ningún tipo de descuento en el salario del trabajador.

Otro ejemplo más específico sería el contenido en el dictamen N° 1441/77 de 17.03.99 de la Dirección del Trabajo, el cual trata de la práctica de la Compañía Minera... S.A. en orden a que esta empresa cancelaba a sus trabajadores como si lo hubiesen trabajado el lapso que mediaba entre el término de una licencia medica y el tiempo que se demoraba el trabajador en volver a sus faenas, debido al largo viaje desde su hogar a la mina. En este caso hay una práctica laboral que significa un claro beneficio para el trabajador, ya que lo normal sería que el trabajador se reincorpore a sus labores inmediatamente después de haber terminado su licencia médica si su turno de origen se encuentra trabajando, o al término del ciclo de descanso si su turno se encuentra haciendo uso del mismo, siendo imputable al trabajador todo plazo adicional para presentarse al trabajo.

En el ejemplo anterior claramente hay una cláusula tácita que puede ser exigida por los trabajadores cuando el empleador pretenda terminar con la práctica laboral mencionada, en forma unilateral.

---

#### 4.4.4.- La Reiteración en el Tiempo.

---

El cuarto elemento que podemos observar es la “reiteración en el tiempo” que sería necesaria para que las prácticas de trabajo o beneficios de que hemos tratado logren constituir una cláusula tácita.

Aquí debemos considerar dos puntos ligados entre sí y que son a saber, por un lado, la extensión del periodo de tiempo que sería necesario para estar frente a una cláusula tácita, y por el otro, la frecuencia con que deben concurrir las prácticas laborales o beneficios otorgados para que podamos hablar de Cláusula Tácita.

En ninguna de ellas hay un acuerdo unánime, por esto en lo referente a la reiteración, a falta de definición legal, recurriremos a la del diccionario, el que nos dice que reiterar es la acción de “repetir una cosa; volverla a decir o ejecutar”. De esta manera bastaría que una práctica o beneficio se realice por una segunda vez para que estemos en presencia de su reiteración.

Y en cuanto a la extensión del tiempo podemos encontrar opiniones diversas que, por ejemplo, nos hablan de seis meses, y otras más numerosas que consideran un periodo de tres meses.

Pero por nuestra parte consideramos que la postura correcta debería ser aquella que distinga entre el momento en que nace la cláusula tácita, con el tiempo necesario para probar su existencia.

Así partiendo de la base de que la voluntad tácita con la expresa son iguales en cuanto a sus efectos y, tomando en cuenta que la voluntad expresa nace al momento de manifestarse, no habría ninguna razón de peso para darles un tratamiento distinto.

En virtud de lo anterior concluimos que, desde que se realice cualquier acto que denote una intención inequívoca en un determinado sentido, y siendo dable concluir que estos actos se prolongarán en el tiempo, ya se puede establecer que estamos en presencia de una Cláusula Tácita, pese a que aún no exista la referida reiteración en el tiempo.

De esta manera creemos que el problema de establecer los límites a la prolongación del tiempo necesario para estar en presencia de una cláusula tácita y a la frecuencia en que se deben dar los demás elementos que la constituyen, es indiferente al punto de si existe o no la mencionada cláusula tácita, ya que esta sólo requiere de que se haya formado un acuerdo de voluntades entre las partes integrantes de la relación laboral, el que es tal desde la primera manifestación de la voluntad tácita, que es el elemento esencial de ella.

Un punto a parte es poder probar la existencia de una Cláusula Tácita. Referente a ello nos parece que, a pesar de que jurídicamente es innegable la existencia de la Cláusula desde el primer momento en que se manifiesta la voluntad tácita que la fundamenta, tampoco se puede desconocer que para poder exigir el cumplimiento de una cláusula debe primero probarse su existencia. Y en este

sentido el parámetro para su prueba es justamente demostrar que los actos que constituyen la cláusula tácita se han realizado “reiteradamente a través del tiempo”, y por lo tanto es necesario saber a que extensión de tiempo nos estamos refiriendo.

En esta problemática consideramos que cualquier regla de carácter general necesariamente carecería de justificación. A pesar de esto, debemos reconocer que un plazo de carácter general establecido a priori por el legislador, si bien es cierto siempre será discutible, tiene la ventaja de dar la seguridad jurídica a las partes, necesaria para que estas puedan saber de antemano si la cláusula tácita puede o no ser exigible.

Pero el problema es determinar que tiempo y con que frecuencia se deberán realizar estos hechos, esto no es fácil de hacer, dado la diversa naturaleza que puede contener una y otra cláusula tácita. Así por ejemplo, si estamos frente a un bono que el empleador da anualmente a sus trabajadores por motivo de alguna fecha en especial, que por poner un caso, sería el aniversario de la empresa, se necesitaría como mínimo un período de dos años para que estemos frente a la “reiteración” del beneficio; en cambio si se tratara de otro tipo de práctica, como la de limitar la jornada laboral del último día hábil de la semana sólo hasta el medio día, cada vez que haya un fin de semana largo por feriado, el tiempo mínimo para que estemos ante la “reiteración” de esta práctica será sustancialmente menor al caso anterior bastando generalmente con unos cuantos meses.

Por esto es que creemos que se debe optar por dejar la solución a la autoridad administrativa o al juez del trabajo, quienes a través del análisis realizado a todas las circunstancias del caso concreto deberán determinar el tiempo mínimo necesario durante el cual se deben haber realizado los hechos constitutivos de la cláusula tácita como para que se tenga por probada su existencia. Esto significa sacrificar la seguridad jurídica por la justicia y equidad que significa dar solución caso por caso, pero este sacrificio a la larga se ve minimizado por la regularidad de la doctrina administrativa, ya que la Dirección del Trabajo, al ser un órgano administrativo con una organización jerarquizada dentro de él, tiende a fallar de una manera parecida al precedente, es decir que, a casos semejantes la solución será semejante.

### **4.4.5.- Aquiescencia de ambas partes.**

---

Como ya hemos visto, las Cláusulas Tácitas al igual que cualquier otro acto jurídico o estipulación del mismo, sea escrito, verbal o tácito, se genera por el acuerdo de voluntades.

Esto significa que las partes del contrato deben estar de acuerdo en los elementos de la cláusula o del acto jurídico que con, su voluntad, están generando. Para llegar a esto es necesario que ellas aparte de tener la capacidad contractual necesaria, estén en completo conocimiento del acto que están realizando (es decir exentos de error o dolo), y de sus consecuencias, además de actuar en forma libre

sin coacciones de ningún tipo (fuerza).

Este acuerdo de voluntades recibe el nombre jurídico de consentimiento, y reviste peculiares características en lo que respecta a la cláusula tácita ya que, como hemos visto, la manifestación de la voluntad, necesaria para formar el consentimiento, puede ser expresa (escrita o verbal) o puede ser tácita.

Vale la pena recordar que, el que una manifestación de voluntad sea tácita no significa, como se podría pensar, que la voluntad se deduzca de la inacción o silencio de las partes, sino que por el contrario las partes deben adoptar una actitud activa realizando actos o hechos de los que se infiera inequívocamente que existe una declaración de voluntad.

Así por ejemplo si en una empresa se ha otorgado por varios años el día 31 de diciembre como día libre para sus trabajadores, sin que esto obedezca a ninguna cláusula expresa (escrita ni verbal) de los contratos de trabajo de ninguno de ellos, estaríamos frente a un acuerdo tácito, no por que haya un silencio de las partes o una inacción de los trabajadores y empleador, sino por que éste último esta realizando una acción que es la de otorgar ese día determinado como feriado, paralizando sus labores, y los a su vez trabajadores realizan un hecho, como es el tomarse el día como libre, no concurriendo a trabajar el 31 de diciembre de cada año.

De todo lo anteriormente dicho podemos definir a la voluntad tácita como aquella que se desprende de acciones o hechos, que inequívocamente denotan la intención de celebrar un acto jurídico. En otras palabras la voluntad tácita es aquella que “se deduce de circunstancias o hechos que conducen necesariamente a ella y que no podrían tener otra significación si faltara la voluntad”<sup>27</sup> .

Como la manifestación de la voluntad tácita se hace a través de actos o hechos que denotan una voluntad en determinada dirección, es el análisis de estos actos o hechos el que nos dirá si se generó o no el consentimiento de las partes y por consiguiente si existe o no la cláusula tácita.

Respecto al punto que nos ocupa, lo más importante es que las acciones o hechos realizados por las partes sean concluyentes, esto quiere decir que los hechos conduzcan necesaria a una voluntad tácita determinada y no a otra. Así en el ejemplo que dimos anteriormente en que la empresa otorga como día libre los 31 de diciembre de cada año, si a esto se le agregaran otros factores, como por ejemplo que ese día específico, por cualquier motivo, no estuviesen a disposición de la empresa las materias primas que son necesarias para el funcionamiento de la empresa, o que por problemas de movilización no se pueda acceder con la misma facilidad del resto del año a los lugares de las faenas, etc. Una vez que estos inconvenientes cesen o dejen de existir permanentemente, el empleador podría no seguir otorgando el beneficio, ya que los hechos que supuestamente generarían la cláusula tácita no son concluyentes, pues se puede interpretar que la voluntad

<sup>27</sup> LEON HURTADO, Avelino. La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 4° edición, 1991, p. 27.

implícita en ellos no es la de otorgar un beneficio a los trabajadores sino que la de sortear problemas como los planteados y una vez que estos desaparecen la práctica laboral deja de tener sentido y fundamento.

De todas maneras quien califica el carácter de concluyente que puedan tener las acciones o hechos, en que supuestamente se funda la posible cláusula tácita, son la Dirección del Trabajo o los Tribunales de Justicia quienes fallan de acuerdo a la sana crítica, es decir según lo que su prudencia y equidad les aconseje.

## 5.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS CLÁUSULAS TÁCITAS

Una de las principales ventajas de las cláusulas tácitas se refiere a la desformalización de la relación laboral, esto por que permite a ambas partes (tanto empleador como trabajador), complementar o modificar el contrato individual de trabajo sin necesidad de escriturar cada una de estas alteraciones, acercando el contrato a la realidad objetiva en que el trabajador desarrolla cierta función principal que involucra muchas otras funciones secundarias, prácticas y beneficios que no siempre están escrituradas en el contrato individual de trabajo, pero no por eso dejan de ser parte integrante de él y por ende de la relación laboral.

Además, al ser estas prácticas reiteradas en el tiempo pasan a ser derechos adquiridos que integran el patrimonio del trabajador por lo cual no pueden ser dejados sin efecto unilateralmente por el empleador alegando su falta de escrituración, puesto que en la práctica sí existen y el trabajador goza de ellos.

Es útil consignar que, en la *praxis* se hace muy difícil detallar en forma taxativa y precisa todas las funciones que un trabajador debe realizar con ocasión de un determinado desempeño laboral, es por ello que en el contrato respectivo que se celebra entre las partes, en general sólo se consigna la labor primordial y esencial a desarrollar por el trabajador. Sin embargo, no cabe duda alguna de que, subyacen a esta función primordial un sinnúmero de quehaceres de distinta entidad, pero ligados de tal modo a la función principal que conforman con ella una unidad férrea y en su conjunto el objeto por

el cual la persona fue contratada.

Todo lo cual debe aquilatarse de acuerdo con las reglas de la Sana Crítica, en concordancia con el Principio de la Realidad Objetiva, de manera que, el hecho que no se especifique por escrito de un modo particular ni pormenorizado cada una de las funciones concomitantes a la labor básica del trabajador, no lo exonera de su obligación innominada, puesto que ésta es ínsita a su vínculo con el empleador, ya que pertenece a la esfera misma de su función nominal.

Vale la pena recordar en este punto que, lo expresado anteriormente se aplica igualmente al goce de ciertos beneficios otorgados por el empleador que no han sido escriturados pero que se han reiterado en el tiempo<sup>28</sup>, por ejemplo, el pago de un bono de producción, que pasa a ser parte integrante del contrato individual a pesar de no expresarse en dicho contrato puesto que siendo el contrato de trabajo consensual se perfecciona por el solo consentimiento de las partes y la escrituración es solo exigible en materia de prueba y no de existencia o validez.

El principal límite a la falta de escrituración de ciertas cláusulas del contrato es el Orden Público, ya que existen en materia laboral una serie de derechos irrenunciables que no pueden ser vulnerados por las partes ni aun tácitamente, ejemplo de esto es el salario mínimo, la jornada máxima etc.

Además es necesario mencionar que para gran parte de la doctrina el contrato de trabajo es un contrato de **adhesión**<sup>29</sup>, esto por que no existe igualdad negociadora entre las partes, y siendo el empleador la parte más fuerte es éste quien impone las cláusulas del contrato y el trabajador sólo se limita a aceptar en bloque la oferta de trabajo.

En la práctica las partes firman un contrato **tipo** que contiene las cláusulas mínimas exigidas por la ley, como derechos irrenunciables del trabajador, pero que no se refieren a cuestiones accesorias a la relación laboral ni accidentales a ella como prácticas laborales o beneficios.

Por lo anterior, la ventaja que otorga al trabajador la teoría de las cláusulas tácitas se traduce en que, su contrato de trabajo puede ser complementado o modificado sin necesidad de celebrar un nuevo contrato, requiriéndose sólo con su consentimiento y el de su empleador. Además el empleador no puede excusarse de cumplir con lo complementado o modificado del contrato alegando su falta de escrituración, o dejar sin efecto unilateralmente cualquiera de sus cláusulas; siempre y cuando se cumplan con los requisitos mencionados en capítulos anteriores para que estemos en presencia de una cláusula tácita.<sup>30</sup>

Otra ventaja que nos proporciona la cláusula tácita es, el hecho de que constituye una importante herramienta en virtud de la cual la nueva dogmática laboral y la jurisprudencia administrativa y judicial, logran evitar situaciones que resultan claramente

<sup>28</sup> Infra. pp. 58-59.

<sup>29</sup> Infra. p. 27

<sup>30</sup> Infra. pp. 57 y ss.



injustas, protegiendo así a los trabajadores de abusos de parte de sus empleadores. Esto significa en pocas palabras que la cláusula tácita es una herramienta a través de la cual, inspectores de la Dirección del Trabajo y jueces laborales, buscan lograr una mayor justicia y equidad en la relación laboral.

Lo anterior se produce, ya que en la realidad de la relación laboral, es innegable el hecho de que, en la mayoría de los casos si el empleador otorga un beneficio a su trabajador, este último no se atreverá a exigir además su escrituración, ya que lo más probable es que eso nunca suceda e incluso llegue a perder el beneficio. Estando las cosas así, sin la existencia de las cláusulas tácitas, el empleador podría en cualquier momento, y en forma absolutamente arbitraria, poner fin en forma unilateral a la práctica o al beneficio otorgado.

De esta manera el trabajador sería despojado, incluso sin siquiera una expresión de causa por parte del empleador, de los beneficios otorgados, los que muchas veces pueden haber sido recibidos por años. Esta situación ha sido frenada, primero por la Dirección del Trabajo, y en los últimos años también por los Tribunales Laborales, gracias a la aplicación de la cláusula tácita, la que ha venido a llenar un importante vacío legal, y a cumplir una función claramente protectora de la parte más débil de la relación laboral, siguiendo de esta manera a los principales principios del Derecho del Trabajo.

En cuanto a las desventajas, al no existir una regulación orgánica y uniforme referente a las cláusulas tácitas en el contrato individual de trabajo, los problemas que surgen en materia de interpretación son numerosos, la Dirección del Trabajo a tratado de uniformar la doctrina al respecto, sin embargo siempre existen argumentos a favor y en contra de la aplicación de esta teoría.

A nuestro juicio la principal desventaja en la aplicación de la teoría de las cláusulas tácitas la encontramos en materia de prueba puesto que resulta muy difícil probar la existencia de una práctica laboral o el otorgamiento de cierto beneficio cuando no existe documento alguno en donde conste dicha práctica o beneficio, solo queda recurrir a la prueba testimonial con los problemas y limitaciones que esta tiene. Incluso aunque existiese algún antecedente escrito referido a la práctica o beneficio aludido que pruebe o ayude a probar la existencia del beneficio o práctica, es difícil probar además su reiteración en el tiempo.

**Así los hechos que conforman la voluntad tácita deben ser lo suficientemente claros, concluyentes, nítidos y evidenciables, como para que no quepa duda acerca de la existencia y la dirección de la voluntad que los genera, esto por que se enfrentan a las cláusulas escritas, las cuales cuentan, como ya lo hemos anotado, inicialmente con la presunción a su favor de reflejar la voluntad común de las partes**<sup>31 32</sup>.

Otra desventaja igualmente importante, se refiere al Principio de Seguridad Jurídica, puesto que al pertenecer al contrato no sólo lo expresamente escriturado, sino todo

---

<sup>31</sup> Americo Plá Rodríguez "Los Principios del Derecho del Trabajo", p. 262.

<sup>32</sup> Infra. p.52.

aquello que las partes hallan tácitamente acordado y que se halla reiterado en el tiempo, resulta muy difícil establecer cual es la real extensión de la relación laboral, sólo las partes pueden conocer esa real extensión, pero existen ciertos casos en que es importante para terceros conocer la real dimensión de determinada relación laboral, es decir conocer las funciones de determinado trabajador, sus beneficios, que puede o no puede hacer dentro de la esfera de sus atribuciones etc.

Esto es importante por ejemplo en materia extracontractual para establecer la responsabilidad del empleador respecto del hecho de sus dependientes, la que solo se extiende a los hechos que causen daño a terceros realizados dentro del ejercicio de sus funciones por parte del trabajador. Aquí sería importante para quien sufrió el daño determinar la real extensión del contrato lo que sería muy difícil existiendo cláusulas tácitas.

## 6.-CONDUCTAS LABORALES QUE NO CONSTITUYEN CLAUSULAS TACITAS.

### 6.1 Regla de la Conducta

Basándose en el principio de la Primacía de la Realidad, la Dirección del Trabajo ha logrado desarrollar dos tesis importantísimas para la aplicación del derecho laboral. Una de ellas es la Cláusula Tácita, cuyo estudio y desarrollo es el objeto de la presente tesis; la otra es la denominada Regla de la Conducta.

La Regla de la Conducta es un postulado teórico jurídico, que cumple la función práctica de ser una regla de interpretación de los contratos. De esta manera su fundamento legal lo encontramos en el título XIII, del libro IV, del Código Civil, denominado justamente “de la interpretación de los contratos”, y más precisamente en el inciso tercero del artículo 1564, que al efecto señala que “las cláusulas de un contrato se interpretarán”... “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

Así esta regla lo que hace es determinar el verdadero sentido y alcance que las partes han querido darle a una cláusula en aquellos casos en que ambas partes de común acuerdo han cumplido sus obligaciones y exigido sus derechos recíprocos,

en forma aparentemente distinta a las que aparecen expresamente consignadas en las cláusulas escritas del contrato.

A primera vista la regla de la conducta podría confundirse fácilmente con la Cláusula Tácita, ya que en ambas lo que hay es una voluntad tácita que se manifiesta en virtud de la realización reiterada de determinadas prácticas o del otorgamiento de ciertos beneficios. Pero hay un elemento diferenciador que las hace claramente distinguibles, este elemento es la función que cumple cada una de ellas.

Así mientras en la cláusula tácita estamos en presencia de una manifestación de voluntad, que se expresa a través de determinados hechos realizados por las partes, y que viene a cumplir la función de modificar o complementar las cláusulas escritas de un contrato de trabajo. En la regla de conducta esta manifestación tácita de voluntad y los hechos que la conforman cumplen la función de fijar o precisar el verdadero sentido y alcance que se le debe dar a una cláusula del contrato; es decir que de la aplicación que las propias partes han dado al contrato y a sus cláusulas, se interpretará el mismo.

En otras palabras mientras en la cláusula tácita se crea una nueva estipulación que complementa el contrato de trabajo o que derechamente lo modifica dejando sin efecto parte de él. En la regla de conducta no se altera para nada el acuerdo original, siendo el mismo contrato antes y después de aplicada la regla, pero aclarándose el verdadero sentido que se le debe dar a ciertas estipulaciones obscuras o dudosas, cuya aplicación ha sido determinada por la conducta que las partes han tomado respecto de ellas.

De esta manera observamos que, aunque entre ambas instituciones existen varios puntos de convergencia, estos no llegan al nivel de confundirlas, por el contrario es fácil ver que se trata de dos instituciones totalmente diversas entre sí, por esto no sería del caso otorgarles un tratamiento idéntico a cada una de ellas ni mucho menos el considerar a cualquiera de las dos como una especie de la otra.

Dos efectos importantes de lo anterior son, en primer lugar, el hecho de que la regla de conducta, como regla de interpretación de los contratos que es, en ningún caso puede llevarnos a una modificación o alteración del contrato a interpretar, ya que una de las reglas básicas del intérprete es que no caiga en este vicio que en el fondo destruye lo que se va a interpretar y a la larga convierte al intérprete en legislador, sobrepasando al proceso de creación que, como dijimos en capítulos anteriores, es propio de toda interpretación.

En segundo lugar, el otro efecto importante de destacar es que la regla de conducta, al interpretar el contrato y no modificarlo (ni complementarlo en ningún sentido), a diferencia de la cláusula tácita, si se puede aplicar indistintamente a contratos de trabajo sean estos individuales o colectivo, de hecho la regla de conducta es aplicable a todo tipo de contratos de derecho privado, sean estos civiles, comerciales, etc. y por cierto también laborales.

A pesar de lo anterior existen dictámenes de la Dirección del Trabajo que sostienen que la regla de conducta si modificaría un contrato de trabajo, es el caso del dictamen

2826/154 referente a la facultad de determinada empresa de, sin el acuerdo de sus trabajadores dejar de cumplir una cláusula del contrato colectivo aun cuando dicha empresa lo haya venido haciendo en forma reiterada en el tiempo (aquí aplicaríamos lo anteriormente dicho acerca de que la cláusula tácita cede en beneficio del trabajador).

En la argumentación de este dictamen al referirse a la regla de conducta señala: "De la norma legal preinserta se colige que un contrato puede ser interpretado por la aplicación práctica que las partes o, una de ellas con aprobación de la otra, han hecho de sus disposiciones, es decir, la manera como ellas han entendido y ejecutado el contrato; De suerte que tal aplicación puede legalmente llegar a suprimir, modificar o complementar cláusulas expresas de un contrato. Tal es la denominada doctrinariamente **"regla de la conducta"**.

En otros términos, la aplicación práctica que se haya dado de las estipulaciones de un contrato, fija en definitiva la interpretación y el verdadero alcance que las partes han querido darle a la misma. De esta suerte, la forma como las partes han cumplido reiteradamente en el tiempo una determinada estipulación, puede modificar o complementar el acuerdo inicial y tal aplicación constituirá un elemento básico para la delimitación de dicha norma contractual; Siendo esencial, de este modo, para la utilización de la regla de la conducta, la existencia de un acuerdo formal entre las partes, limitándose el efecto de la práctica a fijar su alcance, sea precisando su sentido o bien alterando las condiciones iniciales fijadas para el cumplimiento de la misma".

**Por lo anteriormente mencionado, reviste importancia el que, al momento en que los tribunales laborales o la Dirección del Trabajo apliquen la cláusula tácita o la regla de conducta, lo hagan indistintamente sin confundir a las funciones y propiedades de una con la de la otra.**

## 6.2.-Poder de Dirección de la Empresa.

El artículo 3° del Código del Trabajo en su inciso 3°, dispone:

"Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales o inmateriales, ordenadas bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada".

De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que para los efectos laborales el término empresa involucra los siguientes elementos:

Una organización de personas y de elementos materiales e inmateriales.

Una dirección bajo la cual se ordenan dichas personas y elementos.

La prosecución de una finalidad que puede ser de orden económico, social, cultural o benéfico y,

Que dicha organización esté dotada de una individualidad legal determinada.

En relación con el elemento a que se refiere la letra b) precedente, esto es “una **dirección** bajo la cual se ordenan dichas personas y elementos”, cabe señalar que para los efectos de precisar el sentido y alcance de la expresión "DIRECCIÓN" utilizada por el legislador, se hace necesario recurrir a la norma de hermenéutica legal que se contiene en el artículo 20 del Código Civil, conforme al cual “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”.

Ahora bien, de acuerdo a la reiterada y uniforme jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, el sentido natural y obvio es aquel que da a las palabras el Diccionario de la Real Academia Española, texto que define la expresión “dirección” como la acción y efecto de dirigir. A su vez, la palabra “dirigir”, aparece definida como encaminar la intención y las acciones a determinado fin, o bien gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión.

Lo anteriormente expuesto autoriza para sostener que corresponde al empleador la dirección, orientación y estructuración de la empresa organizando el trabajo en sus múltiples aspectos: económico, técnico, personal, etc. Lo que se traduce en una facultad de mando esencialmente funcional, para los efectos de que la empresa cumpla sus fines, la cual, en caso alguno es absoluta, toda vez que debe ser ejercida por el empleador con la responsabilidad que le atañe en la realización del trabajo, con vista a que su éxito sirva a los inversionistas, trabajadores y a la comunidad en general.

En cuanto a los distintos aspectos del trabajo por los cuales debe velar el empleador y específicamente, con el que dice relación con el personal, en opinión de la Dirección del Trabajo, ello implica, entre otras circunstancias, determinar los medios a través de los cuales se va a efectuar la difusión de sus productos o servicios en el mercado como la utilización de logotipos, accesorios especiales, uniformes o colores que lo caractericen, distinguiéndolo del resto de las empresas.

Todo lo anteriormente expuesto se refiere a que las cláusulas o modificaciones en la relación laboral establecidas por el empleador y aceptadas por el trabajador que digan relación con aspectos propios por los cuales debe velar el empleador y que estén insertos dentro de su **poder de dirección**, aun cuando se prolonguen en el tiempo no constituyen cláusulas tácitas incorporadas a los contratos individuales de trabajo sino que se encuentran comprendidas dentro de las atribuciones que le competen al empleador en orden a organizar y dirigir el trabajo desde un punto de vista económico, técnico, personal, etc.

Ejemplo de lo anterior es un dictamen de la Dirección del Trabajo (3090/235), que rechaza la procedencia de una cláusula tácita referente al uniforme utilizado por la empresa... S.A. que ésta habría proporcionado a sus trabajadoras prolongadamente en el tiempo y que en virtud de su facultad de dirección el empleador decidió cambiar, concluyendo la Dirección del Trabajo que la empresa se encuentra facultada para cambiar dicho uniforme.

Otro caso (5445/361) se refiere al otorgamiento reiterado de feriado colectivo a parte de los trabajadores de la sociedad Pro ayuda al Niño Lisiado, por un periodo no inferior a 20 días hábiles durante el mes de febrero, lo que constituye una facultad unilateral del empleador sobre la base de lo señalado en el artículo 76 de Código del Trabajo que

prescribe:

“Los empleadores podrán determinar que en sus empresas o establecimientos, o en parte de ellos, se proceda anualmente a su cierre por un mínimo de quince días hábiles para que el personal respectivo, haga uso del feriado en forma colectiva.

En este caso deberá concederse el feriado a todos los trabajadores de la respectiva empresa o sección, aún cuando individualmente no cumplan con los requisitos para tener derecho a él, entendiéndose que a éstos se les anticipa.”

Del precepto legal preinserto se infiere que el empleador está facultado para decidir si otorgará feriado colectivo a sus trabajadores, o cumplirá con dicha obligación de conformidad al artículo 67 del Código del Ramo, esto es, otorgando el aludido feriado en forma individual, de preferencia en primavera o verano, según sean las necesidades del servicio.

En conclusión el otorgamiento del feriado colectivo es una facultad propia del empleador y, por ende, éste puede determinar unilateralmente la oportunidad en que desea concederlo y no resulta jurídicamente procedente considerar que se ha configurado una cláusula tácita a su respecto.

### 6.3.-Ius Variandi <sup>33</sup>

La ley permite que en ciertos casos el contrato de trabajo sea modificado en algunos aspectos con **la sola voluntad del empleador**. En efecto, en virtud del poder de dirección de la empresa, al cual nos referimos en el párrafo anterior, se le reconoce al empleador la facultad de alterar unilateralmente los límites de la prestación de servicios para enfrentar situaciones imprevistas o difíciles.

Esta facultad es conocida como ***ius variandi*** y en nuestra legislación está reconocida en el artículo 12 inciso 1° del Código del Trabajo el que dispone: “El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o sitio o recinto en que ellos deben prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar, sin que ello importe menoscabo para el trabajador”.

Ahora bien, el *ius variandi* puede manifestarse en tres formas, a saber;

Modificación de la naturaleza de los servicios,

Alteración del sitio o recinto donde se prestan los servicios

Y por último, alteración de la distribución de la jornada de trabajo.

Por su parte, los requisitos en cada caso son los siguientes:

Modificación de la Naturaleza de los Servicios:

Debe tratarse de labores similares, entendiéndose por tales las que requieren de

---

<sup>33</sup>

Dictámenes de la Dirección del Trabajo.

idéntico esfuerzo intelectual o físico, que se desarrollen en condiciones ambientales similares y que la nueva modalidad de prestación de servicios no signifique un mayor grado de subordinación jerárquica dentro de la empresa.

Las nuevas labores no pueden significar un detrimento o perjuicio para el trabajador, es decir, una disminución del ingreso o la necesidad de incurrir en mayores gastos para prestar los servicios de que se trate.

Tampoco puede significar un detrimento moral para el trabajador, vale decir, mayor subordinación o condiciones ambientales adversas. La Corte Suprema en sentencia de 22 de octubre de 1992 ha expresado respecto de esta materia lo siguiente: "El menoscabo a que se refiere la disposición contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo se refiere en forma integral a la persona del trabajador, no sólo desde el punto de vista económico sino que también social y moral.

Existe menoscabo económico, pues la falta de infraestructura necesaria para la atención de la clientela hace fácil deducir que ello dará lugar a un merma en los ingresos de los vendedores.

Hay menoscabo moral y social en la medida que los trabajadores tenían, antes del cambio de recinto de trabajo, mejores condiciones que con posterioridad, debiendo considerarse, además, que otros vendedores continúan en el anterior lugar de trabajo y (por lo tanto) se hacen diferencias entre el personal referido en esa materia"

Alteración del Sitio o Recinto donde se prestan los servicios:

El nuevo sitio o recinto debe estar situado dentro de la misma ciudad o localidad.

La alteración no debe significar menoscabo para el trabajador. Respecto de este requisito la Dirección del Trabajo ha señalado: Ord. N° 6570/291, de 23 de octubre de 1995 "... el nuevo sitio o recinto debe forzosamente quedar ubicado dentro de la ciudad donde primitivamente se prestan los servicios o dentro del mismo predio, campamento o localidad, en el caso de faenas que se desarrollen fuera del límite urbano".

Alteración de la Distribución de la Jornada de Trabajo:

La alteración debe fundarse en circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento, o alguna de sus unidades o conjuntos operativos.

Dichas circunstancias deben afectar a la globalidad de la empresa o establecimiento, o bien, a alguna de sus unidades o conjuntos operativos y no a trabajadores en particular.

El tiempo máximo de anticipación o postergación de la hora de ingreso deberá ser de 60 minutos.

El empleador deberá dar un aviso al trabajador de al menos 30 días.

Cabe tener presente que, con respecto a los Dirigentes Sindicales, no procede la aplicación del *ius variandi*, en el período de duración del fuero sindical, salvo caso fortuito o fuerza mayor. Lo anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 243 del Código del Trabajo, el que en su inciso 2° dispone lo siguiente: "Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente 8° sea, desde la fecha de la elección y hasta 6 meses después de haber cesado en el cargo), 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".

Ahora bien, nuestra legislación establece un procedimiento especial de reclamación para el trabajador que estime que el ejercicio del *ius variandi* ha sido arbitrario. En efecto, el artículo 12 en su inciso final dispone que "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 incumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro del quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes".

Por lo anteriormente descrito, el derecho a reclamo que asiste al trabajador tiene los siguientes requisitos, a saber:

Debe interponerse ante la Inspección del Trabajo respectiva, o sea, aquella que tiene jurisdicción donde el trabajador presta servicios.

El Inspector del Trabajo recabará los antecedentes, emitiendo la respectiva resolución que acogerá o rechazará el reclamo interpuesto por el trabajador.

El plazo para deducir el reclamo es de treinta días hábiles contados desde la ocurrencia del hecho en el caso de alteración de la naturaleza de los servicios o del sitio o recinto en que deben prestarse, o bien, desde la notificación del aviso en el caso de alteración de la distribución de la jornada de trabajo.

La resolución emitida por el Inspector del Trabajo podrá ser reclamada ante el tribunal competente, dentro del plazo de cinco días contados desde su notificación. El juez resolverá en única instancia, sin forma de juicio u oyendo a las partes.

Finalmente, hay que tener presente que, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 29 del Código del Trabajo, una última forma de ejercicio del *ius variandi* consiste en la facultad otorgada al empleador para extender la jornada diaria de trabajo con el objeto de evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena en las siguientes situaciones:

Que sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito.

Que deban impedirse accidentes.

Que deban efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

Como se aprecia, las circunstancias que facultan al empleador para hacer uso de esta facultad, se refieren a situaciones límites o extremas que exigen una acción de parte del personal a fin de evitar daños en la empresa o en su funcionamiento.

En este caso no estamos en presencia de cláusulas tácitas toda vez que es necesaria la sola voluntad del empleador.

### 6.4.-Situación del Contrato "Colectivo" de Trabajo.

El artículo 344, inciso 3° del Código del Trabajo, nos señala que "el Contrato Colectivo de Trabajo deberá constar por escrito", esto convierte al Contrato Colectivo en

un acto solemne, en donde la formalidad de la escrituración, ya no es un requisito sólo de prueba, sino que es exigida como un requisito de validez del acto.

En otras palabras el contrato “colectivo” de trabajo requiere necesariamente que la voluntad de las partes se exprese a través de un documento escrito, no siendo suficiente que esta voluntad este manifestada en forma expresa, ni mucho menos en forma tácita.

Lo anterior hace que nada de lo que hayamos señalado, ni de lo que se señale de aquí en adelante, referente a la teoría de las Cláusulas Tácitas, sea aplicable al Contrato “Colectivo” de Trabajo, esto por que faltaría una de las premisas esenciales para que pueda aplicarse esta teoría. Y esta premisa es que estemos frente a un contrato consensual.

Como se dijo en el párrafo precedente, la teoría de las Cláusulas Tácitas se aplica solamente al contrato “individual” de trabajo, y no al “colectivo”, ya que el primero no requiere de ninguna solemnidad, y su requisito de escrituración es sólo una formalidad “*ad probationem*”, que no altera su característica de ser un contrato consensual, a diferencia del contrato colectivo en que la escrituración es un requisito objetivo o “*ad solemniam*”, esto hace que deje de ser un contrato consensual y pase a ser uno solemne<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Supra. p.89

## 7.-ANALISIS DE DICTAMENES DE LA DIRECCION DEL TRABAJO

En primer lugar nos referiremos a las facultades de la Dirección del Trabajo para fiscalizar estableciendo la existencia de *cláusulas tácitas*.<sup>35</sup>

La Corte de apelaciones de Santiago con ocasión de un recurso de protección (Rol 4808-1999 Santiago, 10 mayo 2000) interpuesto en contra de una instrucción impartida por una fiscalizadora de la Inspección del Trabajo, se ha pronunciado reconociendo la facultad de la Dirección del Trabajo en orden a establecer la existencia de *cláusulas tácitas* estando dicha práctica dentro del ámbito de sus atribuciones propias de fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral, conforme a las cuales está posibilitada de impartir instrucciones respecto de una situación que haya considerado estar fuera del orden laboral.

Al plantear el recurso, la empresa señaló a la Corte que la instrucción revestía caracteres de arbitrariedad e ilegalidad, conculcando las garantías constitucionales a la libertad de trabajo (art. 19 n° 16) y a la libre administración de la empresa de su propiedad (art. 19 n° 24).

El fallo que rechaza en primera instancia el recurso, parte de la base de la indubitada existencia de la facultad de la Dirección del Trabajo con relación a la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral, función ejercida por medio de las Inspecciones del

---

<sup>35</sup> FARIAS OLGUIN, Cecilia.

Trabajo de las cuales dependen directamente los funcionarios fiscalizadores.

Otro de los elementos del fallo, dice relación con la institución jurídica de las *cláusulas tácitas*, nacidas del carácter consensual asignado por el legislador al contrato individual de trabajo, las que constituyen manifestaciones no expresas de la voluntad de los contratantes, y, que, en todo caso, se materializan en situaciones concretas de la vida real.

Finalmente, el fallo revela el carácter de ministro de fe de los fiscalizadores del trabajo (denominados "*Inspectores*" en su ley orgánica, DFLN°2 de 1987, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social) carácter con el cual están llamados a hacer la constatación práctica de la existencia de cláusulas que pese no encontrarse escrituradas, se desprenden existir a la luz de elementos de hecho cuya apreciación es propia de la gestión de fiscalización.

A continuación analizaremos distintos dictámenes de la dirección del trabajo en relación con su facultad de establecer la existencia de *cláusulas tácitas*, pero primeramente señalaremos los argumentos legales y el criterio utilizado por la Dirección del Trabajo.

*El inciso 1° del artículo 9° del Código del Trabajo, 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 de las partes contratantes y que, no obstante su carácter consensual, debe constar por escrito y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante, formalidad ésta que, en todo caso, ha sido exigida por el legislador como requisito de prueba y no de existencia o validez.

En efecto, la falta de escrituración del contrato de trabajo 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, hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador, según lo dispone el inciso final del citado artículo 9° del Código del Trabajo.

Ahora bien, como el contrato de trabajo tiene carácter consensual, se entienden incorporadas a él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito sino que, además, aquellas no consignadas en el documento respectivo y que emanen del acuerdo de voluntad 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 referencia 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 este modo, no obstante que la estipulación contenida en un contrato de trabajo que excluya el otorgamiento de cualquier beneficio que no se haya convenido expresamente en el contrato de que se trata, preciso es señalar que ello es sin perjuicio que la práctica reiterada en el tiempo respecto al otorgamiento de algún beneficio por parte del empleador en favor de sus trabajadores, podrá constituir una cláusula tácita, según ya se manifestara precedentemente.

De consiguiente para que se verifique la existencia de una cláusula tácita en el contrato de trabajo es necesario que se verifiquen los siguientes elementos, a saber:

a) Reiteración en el tiempo de una determinada práctica de trabajo que otorgue, modifique o extinga algún beneficio, regalía o derecho de la relación laboral.

b) Voluntad de las partes, esto es, del comportamiento de las partes debe desprenderse inequívocamente que estas tengan un conocimiento cabal de la modificación del contrato que se estaba produciendo, así como de haber prestado su aquiescencia tácita a la modificación del mismo.

c) Esta modificación no puede referirse a materias de orden público ni tratarse de los casos en que el legislador ha exigido que las modificaciones al contrato se estipulen de manera expresa.

De todo lo expuesto, 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 también deben entenderse como cláusulas incorporadas a éste las que derivan de la reiteración de pago u omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un período 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 que debe entenderse como parte integrante del respectivo contrato, no pudiendo ser modificada unilateralmente por alguna de las partes sobre la base de lo establecido en el artículo 1545 del código civil, que establece: " Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Ahora pasaremos a aplicar estos criterios a los diferentes casos presentados ante la Dirección del Trabajo que se traducen en los diferentes dictámenes dictados por esta entidad reconociendo la existencia de cláusulas tácitas.

### **7.1.- Existencia de Cláusulas Tácitas en materia de Beneficios.**

ORD.: N° 1.441/077

Materia: Planilla complementaria. Cláusula tácita.

Resumen del dictamen:

El pago del beneficio denominado planilla complementaria por parte de la Sociedad Educacional Santa Lucía a la Sra. Juana Rojas constituye una cláusula tácita que debe entenderse incorporada a su respectivo contrato individual de trabajo. Se ha solicitado a la Dirección su pronunciamiento acerca de, entre otras, la siguiente materia: Si constituye una cláusula tácita la circunstancia de haberse pagado de manera periódica una suma de dinero por concepto de planilla complementaria a la trabajadora de que se trata, no concurriendo, a su respecto, el requisito que la ley prevé para su procedencia.

En la especie el Inspector Provincial del Trabajo del Maipo constata una disminución de la remuneración de la trabajadora de que se trata, como consecuencia de la discontinuidad del pago del beneficio de planilla complementaria; el mismo ministro de fe verificó, además, que este beneficio se pagó al trabajador periódicamente hasta el mes de octubre de 1998, siendo oportuna y debidamente denunciado el no pago de la misma.

De lo señalado por el Inspector Provincial se evidencia de manera clara que las partes llegaron a un acuerdo tácito para generar el beneficio del pago de la planilla complementaria a favor del trabajador, al tiempo que se constata la negativa de este dependiente ante la pretensión del empleador de suprimirlo, razón por la cual resulta forzoso concluir que el pago del beneficio de la planilla complementaria efectuado por la Sociedad Educacional Santa Lucía a la Sra. Juana Rojas constituye una cláusula tácita, que la citada Empresa no puede dejar sin efecto unilateralmente.

En consecuencia, en mérito de los antecedentes invocados y disposiciones legales citadas, es posible concluir lo siguiente:

El pago del beneficio denominado planilla complementaria por parte de la Sociedad Educacional Santa Lucía a la Sra. Juana Rojas constituye una cláusula tácita que debe entenderse incorporada a su respectivo contrato individual de trabajo.

ORD.: N° 2.520/137

Materia: Cláusula tácita.

Resumen del dictamen:

Mediante presentación ordinaria se solicita un pronunciamiento de esta Dirección acerca de la legalidad de las estipulaciones contenidas en las cláusulas del contrato de trabajo acompañado a la referida presentación. En la materia que nos ocupa, la cláusula sexta.

Con relación a la cláusula SEXTA del contrato en análisis, relativa al pago de beneficios, la cual estipula que "El empleador no cancelará ni suministrará ningún beneficio que no se haya expuesto en forma explícita en el presente contrato",

De este modo, no obstante que la estipulación contenida en la cláusula en estudio excluye el otorgamiento de cualquier beneficio que no se haya convenido expresamente en el contrato de que se trata, preciso es señalar que ello es sin perjuicio que la práctica reiterada en el tiempo respecto al otorgamiento de algún beneficio por parte del

empleador en favor de sus trabajadores, podrá constituir una cláusula tácita, según ya se manifestara en acápites precedentes.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas y consideraciones formuladas, resulta ser que las cláusulas segunda, tercera, quinta, sexta, séptima, novena, undécima y duodécima del contrato de trabajo celebrado entre la Empresa Constructora Solari S.A. y uno de sus trabajadores, no se ajustan a derecho.

ORD.: N° 1715/145

Materia: asignaciones de colación y movilización.

Resumen del dictamen:

Mediante presentación de la empresa... S.A. se ha requerido el pronunciamiento de la Dirección del Trabajo en orden a determinar si la circunstancia de haberse otorgado en forma reiterada en el tiempo las asignaciones de colación y movilización durante el periodo en que los dependientes hacen uso del feriado legal constituye una cláusula tácita de los contratos de trabajo respectivos.

Del art. 71 Del código de Trabajo se infiere que aparte de la remuneración íntegra correspondiente al feriado, el empleador debe pagar también al dependiente que se encuentra haciendo uso de sus vacaciones cualquier otra remuneración o beneficio que este haya devengado y cuya fecha de pago coincida con tal periodo.

Ahora bien, según se ha sostenido por la jurisprudencia de este servicio, las asignaciones de colación y movilización tienen un eminente carácter compensatorio, toda vez que pretenden resarcir al dependiente de los gastos de alimentación y traslado en que debe incurrir con ocasión de su concurrencia al trabajo, por ende es preciso sostener que si durante el feriado el trabajador se encuentra liberado de prestar servicios, habrá desaparecido la causa que genera el beneficio, no encontrándose por tanto el empleador obligado a pagarlo.

Lo anterior, no obsta a lo que las partes puedan pactar al respecto, en virtud de la autonomía de la voluntad.

En el caso en estudio habría existido un acuerdo tácito de voluntades entre empleador y trabajadores respecto de pagar las remuneraciones correspondientes al feriado legal a que tienen derecho, incluyendo las asignaciones de movilización y colación.

De ello se sigue que la modalidad reiterada de pagar los aludidos beneficios en la situación antedicha no ha podido ser dejada sin efecto o modificada sino por el consentimiento mutuo o por causas legales (artículo 1545 Código Civil). En consecuencia, esta práctica constituye una cláusula tácita de los contratos individuales que no puede ser modificada unilateralmente.

ORD. N° 2539 / 192

Materia: beneficio vacaciones progresivas.

Resumen del dictamen:

La empresa Calzados y Curtidos Calvo y Cía. S.A., se encuentra facultada para suprimir el denominado beneficio vacaciones progresivas de sesenta años respecto de los trabajadores que no se encontraban gozando del mismo a la fecha de su supresión, constituyendo dicho beneficio una cláusula tácita de los respectivos contratos de trabajo de aquellos dependientes que a esa fecha lo percibían.

Analizado el caso que nos ocupa a la luz del precepto legal en comento y consideraciones expuestas en párrafos que anteceden, preciso es convenir que la modalidad aplicada por la empleadora en forma reiterada en el tiempo, cerca de 20 años, en orden a otorgar a los trabajadores que han cumplido sesenta años, un feriado legal de 35 días corridos, manteniéndolo en la actualidad para aquellos que ya lo estaban percibiendo, constituye una cláusula tácita incorporada a los respectivos contratos individuales como una condición más de la relación laboral.

Ahora bien, configurando dicha modalidad una estipulación tácita, preciso es convenir que ella no puede ser dejada sin efecto, sino por consentimiento mutuo de las partes contratantes o por causas legales, de conformidad a lo prevenido por el artículo 1545 del Código Civil.

Cabe advertir finalmente, que la conclusión anterior no resulta aplicable al personal que a la fecha en que la empleadora procedió a suprimir el citado beneficio no había cumplido sesenta años, ya que en tanto no se haya cumplido la edad para gozar de él, se hace imposible a su respecto verificar el requisito de hallarse reiterado en el tiempo, por cuanto el trabajador en particular jamás ha gozado de él.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, la empresa Calzados y Curtidos Calvo y Cía. S.A., se encuentra facultada para suprimir el denominado beneficio vacaciones progresivas de sesenta años respecto de los trabajadores que no se encontraban gozando del mismo a la fecha de su supresión, constituyendo dicho beneficio una cláusula tácita de los respectivos contratos de trabajo de aquellos dependientes que a esa fecha lo percibían.

ORD. N° 2739 / 218

Materia: beneficio de estacionamiento.

Resumen del dictamen:

No resulta jurídicamente procedente que la empresa Comunidad Hospital del Profesor, proceda a suprimir unilateralmente el beneficio de estacionamiento que ha otorgado en forma reiterada en el tiempo a 27 de sus trabajadores, por constituir ésta una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de aquellos dependientes.

En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial del informe emitido con fecha 07.05.99, por la fiscalizadora Margarita Alvarez Urbina, se desprende, que la empresa Comunidad Hospital del Trabajador, por años, hasta marzo de 1999 otorgó estacionamiento gratuito a sus trabajadores y público en general, y que a contar de abril de 1999, dispuso el cobro de dicho estacionamiento por un valor de \$2.000 diarios a cada trabajador, cantidad diversa a la que se cobrará al público en general que asciende a \$200 por hora a partir de la segunda hora.

Igualmente se encuentra acreditado que al momento en que la empleadora dispuso



el cobro de estos estacionamientos, sólo 27 trabajadores de un total de 500 que laboran para ésta hacían uso de los 100 estacionamientos con que cuenta la empresa, según consta de nómina de trabajadores que se tuvo a la vista.

Analizado el caso que nos ocupa a la luz del precepto legal en comento y consideraciones expuestas en párrafos que anteceden, preciso es convenir que la modalidad aplicada por la empleadora en forma reiterada en el tiempo, más de tres años, en orden a otorgar el beneficio en comento, constituye una cláusula tácita incorporada a los respectivos contratos individuales como una condición más de la relación laboral.

Ahora bien, configurando dicha modalidad una estipulación tácita, preciso es convenir que ella no puede ser dejada sin efecto, sino por consentimiento mutuo de las partes contratantes o por causas legales, de conformidad a lo prevenido por el artículo 1545 del Código Civil.

Cabe advertir finalmente que la conclusión anterior no resulta aplicable al personal que a la fecha en que la empleadora procedió a suprimir el citado beneficio, no hacía uso de él, por cuanto a su respecto no se verifica el requisito de hallarse reiterado en el tiempo.

En consecuencia, sobre la base de lo expuesto, jurisprudencia administrativa consultada y disposiciones legales citadas, no resulta jurídica-mente procedente que la empresa Comunidad Hospital del Profesor, proceda a suprimir unilateralmente el beneficio de estacionamiento que ha otorgado en forma reiterada en el tiempo a 27 de sus trabajadores, por constituir ésta una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de aquellos dependientes.

ORD. N° 4017 / 295

Materia: Cláusula Tácita. Día del Trabajador Radial.

Resumen del dictamen:

Resulta jurídicamente improcedente que los empleadores de la radiodifusión sonora nacional, afiliados a la Asociación de Radiodifusores de Chile, supriman unilateralmente el derecho a esparcimiento del que han gozado, por décadas, los trabajadores de dicho sector, el día 21 de septiembre de cada año.

En la especie, es un hecho público y notorio que desde hace mucho tiempo es habitual que las radioemisoras del país se silencien el día 21 de septiembre de cada año. Tal es así, que para realzar y reconocer esta fecha ante la ciudadanía, por Decreto Supremo N° 259, de 16.09.91, se declaró como Día Nacional del Trabajador de la Radiodifusión Sonora, el 21 de septiembre de cada año. Asimismo, como derivación lógica y natural de lo anterior, en este día, tradicionalmente estos dependientes se encuentran liberados de concurrir a sus labores, situación que se ha visto alterada por una decisión unilateral de la Asociación de Radiodifusores de Chile, que en virtud de un acuerdo de fecha 10 de agosto de 2000, dejó en libertad de acción a los dueños de las emisoras afiliadas a esta entidad, para que éstas resolvieran otorgar o no este día libre a los trabajadores.

En estas condiciones, aquellos trabajadores del sector de la radiotelefonía nacional, con contrato de trabajo vigente y que hayan gozado anteriormente del día 21 de

septiembre, sin necesidad de concurrir a sus labores, conforme a lo señalado precedentemente, han incorporado a sus contratos individuales de trabajo -tácitamente- el derecho a esparcimiento en esta fecha.

Lo anterior, encuentra su fundamento -además- en la disposición contenida en el artículo 1545 del Código Civil.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales invocadas y jurisprudencia administrativa hecha valer, resulta jurídicamente improcedente que los empleadores de la radiodifusión sonora nacional, afiliados a la Asociación de Radiodifusores de Chile, supriman unilateralmente el derecho a esparcimiento del que han gozado, por décadas, los trabajadores de dicho sector, el día 21 de septiembre de cada año.

ORD. N° 5311 / 358

Materia: Dirección del Trabajo. Facultades.

Resumen del dictamen:

En esta presentación se ha solicitado la reconsideración de las Instrucciones N° 2000-3244, de 31.10.2000, impartidas por la Inspección Provincial del Trabajo de Punta Arenas, que ordenó a la Corporación ocurrente a pagar el "Bono Extraordinario de Fiestas Patrias", correspondiente a septiembre de 2000, por estimar dicha entidad administradora que esas instrucciones exceden la esfera de las atribuciones de la Dirección del Trabajo y, en todo caso, por no existir en la especie infracción a los artículos 7° y 55 del Código del Trabajo, precisando latamente en su escrito impugnatorio la carencia de facultades de la Dirección del Trabajo para fiscalizar la existencia y cumplimiento de cláusula tácitas o interpretar los contratos individuales de trabajo, y explicando la supuesta inexistencia de cláusula tácita.

En la especie, se discute por la Corporación empleadora la facultad de la Dirección del Trabajo para instruir el pago del beneficio por los valores históricos, sobre la base de la existencia de una cláusula tácita en atención al pago reiterado y en montos ascendentes desde 1997, que reconoce la misma entidad empleadora, estimando la ocurrente además que la Dirección del Trabajo carece de competencia para interpretar cláusulas contractuales y, en todo caso, que no ha existido infracción a los artículos 7 y 55 del Código del Trabajo ni ha existido cláusula tácita respecto del beneficio en cuestión.

De acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista y, especialmente, lo señalado por la propia Corporación ocurrente, en opinión de la suscrita, los funcionarios dependientes de la Dirección Regional del Trabajo de Magallanes y Antártica Chilena han actuado dentro de la competencia que los artículos 1° letras a) y b) y 23 del D.F.L. N° 2 de 1967, orgánico de la Dirección del Trabajo, reconoce e impone a dicho organismo fiscalizador, limitándose a instruir según la jurisprudencia administrativa sobre la materia dictada por esta entidad fiscalizadora.

Ello aparece reconocido por la misma Corporación afectada, quien señala haber cumplido con las instrucciones impugnadas sólo que discrepa del monto del pago del beneficio en cuestión, circunstancias estas que resultan suficientes para desestimar la solicitud de impugnación de las instrucciones impartidas en su oportunidad por la

Inspección Provincial del Trabajo de Punta Arenas.

En consecuencia, con el mérito de lo expuesto y citas legales, se encuentran ajustadas a derecho las instrucciones N° 2000-3244 de 31.10.-2000, impartidas por la Inspección Provincial del Trabajo de Punta Arenas, que ordenan a la Corporación Municipal de Punta Arenas a pagar el Bono Extraordinario de Fiestas Patrias, al personal que se desempeña en la Administración Central de esa entidad.

Recházase la solicitud de impugnación de esas instrucciones.

ORD. N° 3049 / 0146

Materia: Cláusula Tácita. Beneficios.

Resumen del dictamen:

La Sociedad Educacional e Investigaciones Pedagógicas Ltda. no puede suprimir unilateralmente el beneficio denominado " jefe Carrera" otorgado en forma reiterada a la profesional de educación Sra. Ana Rojas Gallardo, por constituir eta una cláusula que se encuentra incorporada tácitamente a su contrato individual de trabajo.

En la especie, de los antecedentes aportados, aparece que la Sociedad empleadora le ha pagado el beneficio denominado "Jefe de Carrera" en forma ininterrumpida desde el 1 de marzo de 1998 hasta el mes de marzo de 2001, aun cuando éste nunca se ha consignado por escrito en su contrato.

Si se analiza el caso en estudio, a la luz de las conclusiones doctrinarias anotadas en párrafos precedentes, no cabe sino sostener que ha existido un acuerdo tácito de voluntades entre empleador y trabajadora en orden a otorgarle el beneficio en cuestión, lo que se ha traducido, a la vez, en una cláusula que se encuentra incorporada tácitamente en su contrato individual de trabajo.

De ello se sigue que la referida estipulación tácita no puede ser dejada sin efecto sino por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales, en conformidad a lo prevenido por el artículo 1545 del Código Civil.

En consecuencia, la Sociedad Educacional e In-vestigaciones Pedagógicas Ltda. no puede suprimirle unila-teralmente el beneficio deno-minado "Jefe Carrera", que le ha sido otorga-do en forma reiterada por cons-tituir éste una cláusula que se encuentra incorporada táci-tamente a su respectivo con-trato individual de traba-jo.

ORD.:2933 - 81

Materia: Cláusula Tácita. Beneficios.

Resumen del dictamen:

1) El pago de una suma de dinero por concepto de colación y movilización que, en forma reiterada en el tiempo, se ha otorgado a algunos trabajadores de la empresa Distribuidora de Combustibles Ruiz Quiroz S.A. constituye una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de trabajo de los mismos, de manera tal que dicha empleadora no se encuentra facultada para alterar o modificar unilateralmente tal modalidad o forma de concesión de dichos beneficios, debiendo, para ello, contar con el consentimiento o acuerdo de los involucrados.

Cabe tener presente que de los antecedentes aportados aparece que la empresa recurrente, en forma reiterada en el tiempo, ha otorgado a algunos de sus trabajadores, por concepto de movilización y colación, una suma determinada de dinero, situación que a la luz de la disposición legal citada y consideraciones expuestas en párrafos que anteceden permite sostener que la concesión de dichos beneficios, en las condiciones señaladas, configura una cláusula tácita que debe entenderse incorporada al contrato individual de trabajo de los respectivos dependientes.

Lo precedentemente expuesto determina que la empresa recurrente no se encuentra facultada para cambiar unilateralmente, en los términos indicados, la forma de concesión de los referidos beneficios.

ORD : N° 5366/248

Materia: cláusula tácita. Beneficios.

Resumen del dictamen:

Por la circunstancia de haberse eximido al personal que nos ocupa de prestar servicios en jornada diurna, los incorporada tácitamente a sus contratos individuales, razón por la cual no resulta jurídicamente procedente que el empleador haya procedido unilateralmente a la supresión de tal beneficio, requiriendo para ello el acuerdo de los trabajadores de que se trata.

Si constituye cláusula tácita del contrato de trabajo la circunstancia de haber existido siempre y hasta el año 2001, un acuerdo con el empleador consistente en no laborar en jornada diurna el día 31 de diciembre de cada año.

Lo anterior, por cuanto, el 31 de diciembre del año 2002, los trabajadores por cuya situación se consulta, fueron obligados a laborar en turnos fijados por la empresa en horario diurno, sin que se respetara la práctica de los años anteriores ya señalada.

Por último, en lo que atañe a la práctica habitual alegada por los recurrentes, consistente en no laborar los días 31 de diciembre de cada año, en jornada diurna, el empleador expresa que desde el 15 de septiembre de 2000, fecha en que la empresa Antonio Martínez y Cía. asumió la concesión del Casino Municipal de Viña del Mar, iniciándose el vínculo laboral con los trabajadores de dicho establecimiento, éstos han cumplido durante cada temporada de verano, en que naturalmente se incluye el día 31 de diciembre, turnos en jornada diurna y nocturna, lo que no ha sido observado por el Sindicato recurrente, destacando, por ello, que no es efectivo lo afirmado por dicha organización cuando expresa que siempre ha existido entre empleador y trabajadores una cláusula tácita en tal sentido.

Ahora bien, consta del informe de fiscalización ya citado que durante los días 31 de diciembre de 2000 y 2001, el personal que se desempeña como *croupier* en el referido Casino Municipal, fue citado a trabajar a partir de las 22:00 horas. No obstante, el día 31 de diciembre de 2002, por la circunstancia de haberse inaugurado el Hotel del Mar, que es parte integrante del establecimiento donde funciona el referido Casino, la situación anterior fue modificada unilateralmente por el empleador, citando al personal de salas de juego a prestar a laborar en jornadas diurnas.

De este modo, aplicando lo ya señalado a la consulta planteada, no cabe sino

convenir que si el empleador de que se trata, en forma reiterada en el tiempo, esto es, durante los días 31 de diciembre correspondientes al año 2000 y 2001, eximió al personal que se desempeña como *croupier* de salas de juego, de prestar servicios en jornada diurna en dichas fechas, debiendo concurrir a laborar sólo a partir de las 22:00 horas, tal conducta configuraría una cláusula que se habría incorporado tácitamente a sus contratos de trabajo, razón por la cual no sería jurídicamente viable que el empleador procediera unilateralmente a su modificación, supresión o alteración, requiriendo para ello el acuerdo de los trabajadores de que se trata.

ORD.:Nº 2736/122

Materia: Cláusula tácita. Beneficios.

Resumen del Dictamen:

La forma de distribución de la propina que aplicó el Hotel Hyatt Regency Santiago durante aproximadamente cinco años constituye una cláusula que se encuentra incorporada tácitamente a los contratos individuales de trabajo de los respectivos dependientes, no pudiendo, en consecuencia, ser suprimida o modificada unilateralmente por el empleador.

Para absolver la presente consulta, el Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo solicitó informe a la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor Oriente sobre la forma cómo operaba el sistema de distribución de propina en el mencionado establecimiento hotelero con anterioridad a la modificación del mismo a que alude la recurrente y la forma cómo opera el sistema que se utiliza en la actualidad. Además, dando aplicación al principio de bilateralidad que utiliza este Servicio a objeto de dar a las partes la posibilidad de dar a conocer sus apreciaciones o puntos de vista sobre las presentaciones que les afectarán, solicitó al Hotel Hyatt Regency Santiago, su opinión sobre la materia consultada y la remisión de todos los antecedentes que fuere del caso.

Sobre este particular, el informe emitido por la fiscalizadora actuante, señorita Sandra Ortiz Silva, el 17 de marzo de 2004, reiterado por medio de informe complementario de 2 de junio del presente año, expresa que en el hotel de que se trata durante aproximadamente cinco años la propina se distribuyó entre garzones, barman, caja, anfitriona y personal de cocina, en un porcentaje que varía entre un 18 y un 20%, sin injerencia de la empresa y dejándose constancia en un registro diario de propinas. Al final de cada turno, el cajero emitía un resumen de la propina de cada garzón, quién la recibía y firmaba el correspondiente comprobante.

De los mismos antecedentes consta que en marzo del presente año la empresa solicitó incorporar al régimen de distribución de propina a los supervisores y a un gerente, lo que ocasionó un conflicto y la llevó a requerir a los diferentes outlets que le hicieran llegar propuestas de distribución de propina, incorporando a los supervisores y al gerente del restaurant Atrium. Finalmente, según se expresa en los informes de fiscalización antes aludidos y en las declaraciones juradas de dos trabajadores acompañadas, la empresa habría impuesto en forma unilateral distribuir la propina incluyendo a supervisores y al gerente mencionado.

De todo lo expuesto en párrafos anteriores y ya concluido 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 también deben entenderse como cláusulas incorporadas a éste las que derivan de la reiteración de pago u omisión de determinados beneficios o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un período 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 que debe entenderse como parte integrante del respectivo contrato.

En la especie, de los antecedentes e informes de fiscalización ya señalados aparece que Hotel Hyatt Regency Santiago, en forma reiterada en el tiempo aplicó un procedimiento para la distribución de la propina correspondiente a los trabajadores que prestan servicios para él diverso al que la empresa habría impuesto para los mismos efectos a partir de marzo del presente año.

Analizada tal circunstancia a la luz del precepto legal en estudio (artículo 9° Código del Trabajo) precedentemente transcrito y comentado y las consideraciones expuestas en párrafos anteriores, forzoso resulta concluir que la forma de distribución de la propina aplicada hasta el mes de marzo recién pasado por el establecimiento hotelero de que se trata, constituye una cláusula que se encuentra incorporada tácitamente a los contratos de trabajo de los respectivos trabajadores, la que, como tal, no puede ser dejada sin efecto o alterada unilateralmente por el empleador, siendo necesario para ello el acuerdo de los trabajadores afectados.

ORD.:N° 3882/152

Materia :Cláusula Tácita. Beneficios.

Resumen del Dictamen:

Resulta jurídicamente procedente considerar incorporado tácitamente a los contratos de trabajo de los dependientes de la empresa Kaufmann S.A. el “bono voluntario” que la empresa citada ha pagado reiteradamente en el tiempo.

Ahora bien, de los antecedentes reunidos en torno a la situación que nos ocupa, en especial de la nota de la empresa citada e informe de fiscalización emanado de la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Poniente, consta que la empresa Kaufmann S.A. ha pagado voluntariamente durante los últimos 10 años, en los meses de mayo o junio, el denominado “bono voluntario” consistente en una cantidad tope fijada por la empresa, sólo condicionando su pago a que el trabajador tenga contrato indefinido, una antigüedad mínima de 12 meses al mes del otorgamiento de aquél y encontrarse con contrato de trabajo vigente a la fecha del pago del referido bono.

Consta asimismo de los referidos antecedentes, que al personal con derecho al bono se le paga el equivalente a un sueldo base con un tope establecido por la empresa, lo que implica que trabajadores con sueldo base inferior al tope perciben un bono voluntario igual a su sueldo base. Este valor ha sido reajustado anualmente conforme a la variación experimentada por el IPC en dicho período. Así, en junio del 2003 se pagó el citado bono voluntario con un valor tope de \$ 286.861 y en junio del 2004 con un tope de \$ 288.640.

A la vez, se ha podido establecer que a la fecha la empresa no ha modificado la forma y condiciones de pago del Bono en referencia en el curso del año 2004, toda vez que éste se pagó conjuntamente con las remuneraciones del mes de junio próximo pasado por un valor tope, como se expresó, de \$288.640 y a los trabajadores con sueldo base inferior a esta cifra por su sueldo base.

En estas circunstancias, aplicando en la especie la doctrina enunciada en los párrafos que anteceden, no cabe sino concluir que si la Empresa Kaufmann S.A. en forma reiterada en el tiempo ha procedido a pagar el denominado “bono voluntario”, tal conducta ha configurado una cláusula que se ha incorporado tácitamente a los contratos de trabajo de los dependientes de la misma, por lo cual no sería jurídicamente viable que, eventualmente, dicha empresa procediera unilateralmente a su modificación, supresión o alteración, requiriendo para ello el acuerdo de los respectivos trabajadores.

ORD.:Nº 5316/204

Materia: Cláusula Tácita. Beneficios.

Resumen del Dictamen:

La circunstancia de que la Corporación Nacional Forestal XII Región haya otorgado al personal de guardaparques que labora en las Áreas Protegidas del Estado, una cuota de carne mensual para alimentación y víveres por un monto equivalente a \$ 20.000 mensuales y al personal de mantenimiento, alimentación completa, en forma voluntaria y reiterada en el tiempo, configura a su respecto una cláusula tácita incorporada a sus contratos individuales de trabajo, la que como tal, no puede ser suprimida o modificada unilateralmente por el empleador, requiriendo para ello, el consentimiento o acuerdo de los respectivos dependientes.

En la especie, de los antecedentes recopilados en torno a este caso, especialmente del informe de fiscalización evacuado por don Víctor Ampuero Ruiz, de la Dirección Regional del Trabajo XII Región, se ha logrado determinar que el beneficio consistente en la entrega de una cuota de carne mensual para alimentación a los guardaparques, se ha otorgado por Conaf aproximadamente desde el año 1975. Dicho beneficio se entrega en tres tramos: a los trabajadores que laboran en los parques más alejados, como Paliatke y Magdalena, se les otorga un equivalente a \$7.500 en carne, en forma quincenal; a los trabajadores de los parques medianamente alejados, como Parrillar, se les otorga el equivalente a \$6.500 en carne, también en forma quincenal y, finalmente, a los dependientes de la reserva Magallanes, \$ 2.500 en carne, cada quince días. Del mismo informe aparece que estos datos son estimativos.

De los mismos antecedentes consta, además, que el beneficio de víveres, por un monto equivalente a \$20.000 mensuales, se entrega al personal de guardaparques, desde fines del año 2001 aproximadamente, a la fecha. Estos víveres se otorgan para ser consumidos en los casinos de las mismas unidades de trabajo donde se desempeñan, y de manera especial en los sectores de Parques o Reservas en que no existe casino por el reducido número de guardaparques. Asimismo, consta en ellos, que al personal de mantenimiento que labora en el Parque Nacional en forma permanente se le ha proporcionado alimentación completa y elaborada, consistente en las cuatro comidas diarias, es decir, desayuno, almuerzo, onces y cena.

Cabe agregar, que de los citados antecedentes recabados en torno al caso, se ha podido precisar, a la vez, que los beneficios de que se trata no aparecen consignados en forma expresa en ningún instrumento, ya sea colectivo o individual, como tampoco constan en las liquidaciones mensuales de remuneraciones u otro documento.

Analizado el caso que nos ocupa a la luz del precepto legal en comento y consideraciones expuestas en párrafos que anteceden, forzoso resulta convenir que la modalidad aplicada por la Corporación Nacional Forestal XII Región, en forma reiterada en el tiempo, en orden a otorgar los beneficios de que se trata, tanto los relativos al personal de guardaparques, como de mantenimiento de las distintas unidades, constituye una cláusula que se ha incorporado tácitamente al contrato de trabajo de los mismos como una condición más de la relación laboral, por lo cual no sería jurídicamente viable que esa entidad procediera unilateralmente a su modificación, supresión o alteración, requiriendo para ello el acuerdo del respectivo trabajador.

## 7.2.- Existencia de Cláusulas Tácitas en materia de Remuneraciones.

ORD.: N° 485/034

Materia: Cláusula tácita Gratificación.

Resumen del dictamen:

Mediante presentación de la empresa Aram Tumayan e Hijos Ltda. esta solicita un pronunciamiento de esta Dirección en orden a determinar si resulta jurídicamente procedente que esa empresa suprima los anticipos de gratificación legal que actualmente paga a su personal en forma mensual.

Aplicando el criterio de análisis de la Dirección del Trabajo, el artículo 9° del Código del Trabajo y 1545 del Código Civil:

En la especie, de los antecedentes aportados fluye que la recurrente otorga el beneficio de gratificación legal conforme al sistema que prevé el artículo 50 del Código del Trabajo, esto es, un 25% de las remuneraciones mensuales de cada trabajador, con tope de 4,75 ingresos mínimos mensuales, cantidad ésta última que expresada en duodécimos es pagada mes a mes a los respectivos dependientes, práctica ésta que según aparece de los señalados antecedentes ha sido utilizada en forma reiterada por la empleadora, configurando los requisitos de existencia de la cláusula tácita.

De consiguiente, aplicando todo lo expuesto al caso en consulta, forzoso es concluir que la modalidad reiterada del pago de la gratificación legal, en carácter de anticipo, en cada período mensual, constituye una cláusula tácita que se encuentra incorporada tácitamente a los contratos de trabajo de los respectivos trabajadores, modificando o complementando la cláusula relativa al pago de remuneraciones la que, como tal, no puede ser dejada sin efecto o alterada unilateralmente por el empleador, siendo necesario para ello contar con el acuerdo de los trabajadores afectados o la presencia de



alguna causa legal.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas no resulta jurídicamente procedente que la empresa Aram Tumayan e Hijos Ltda. suprima unilateralmente, esto es, sin el acuerdo de los respectivos dependientes, los anticipos de gratificación legal que en forma reiterada ha pagado éstos en forma mensual por constituir esta una **cláusula tácita** .

ORD.: N° 1014/086

Materia: anticipos de gratificación.

Resumen del dictamen:

Mediante presentación de la empresa Distribuidora Adelco Puerto Montt Ltda., solicita reconsideración de las instrucciones, cursadas a esa empresa por la fiscalizadora María Verónica Arteaga Montesinos y reconsideradas parcialmente por el Sr. Inspector Provincial del Trabajo de Puerto Montt, las cuales ordenan pagar diferencias por concepto de anticipos de gratificación legal y dejar sin efecto las nuevas funciones asignadas a los trabajadores Manuel Maricahuin N. y Ricardo Reyes O.

En la especie, de los antecedentes ya señalados aparece que la empresa, en forma reiterada en el tiempo, más de dos años, aplicó un procedimiento de cálculo y pago de los anticipos de gratificación legal, el cual significó sumas distintas para cada trabajador y considerablemente superiores a la otorgada por dicho concepto a partir de mayo de 1999, la cual, como ya se dijera, constituye un monto fijo y único ascendente a \$50.000 en el período bimensual.

Analizada tal circunstancia a la luz de la disposición legal citada ( artículo 9° Código del Trabajo) y consideraciones expuestas en párrafos que anteceden, forzoso es concluir que la modalidad de cálculo y pago de los anticipos de gratificación utilizada por la empresa hasta el mes de abril de 1999, constituye una cláusula que se encuentra incorporada tácitamente a los contratos de trabajo de los respectivos trabajadores, modificando o complementando la cláusula relativa al pago de remuneraciones la que, como tal, no puede ser dejada sin efecto o alterada unilateralmente por el empleador, siendo necesario para ello el acuerdo de los trabajado-res afectados. Ello, en virtud de lo prevenido por el artículo 1545 del Código Civil.

De consiguiente, atendido todo lo expuesto no cabe sino concluir que la recurrente se encuentra obligada a pagar los anticipos de gratificación legal conforme al procedimiento utilizado hasta el mes de abril de 1999, encon-trándo-se, por ende, ajustadas a derecho las instrucciones que le ordenan pagar diferencias por tal concepto por los meses ya individualiza-dos.

ORD.: N° 4603/320

Materia: Pago remuneración extraordinaria.

Resumen del dictamen:

Complementa dictamen 1018/90 de 2000, en orden a que el pago reiterado efectuado por la compañía minera... S.A. del lapso que media entre el termino de una licencia medica y la reincorporación efectiva del trabajador a sus labores constituye una

cláusula tácita que no puede ser dejada sin efecto en forma unilateral por la citada empresa.

"Los trabajadores de la Compañía Minera...S.A. se encuentran obligados a reincorporarse a sus labores inmediatamente después de terminada su licencia medica si su turno de origen se encuentra trabajando, o al termino del ciclo de descanso si su turno se encuentra haciendo uso del mismo.

Asimismo el empleador se encuentra facultado para descontar el valor correspondiente al tiempo no laborado cuando el trabajador, vencido el plazo de licencia medica, no se incorpora oportunamente a su trabajo".

" Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que la solución práctica del problema que se genera entre la aplicación de las normas reglamentarias de salud y la oportuna reincorporación del trabajador a sus labores, incidente directamente a lo que las partes convengan ya sea individual o colectivamente".

De acuerdo con los nuevos antecedentes aportados por la organización sindical de la citada empresa, los cuales se encuentran confirmados por el informe de fiscalización evacuado al efecto por el funcionario de la Inspección Provincial del Trabajo de Iquique Sr. RR y ratificados por la Compañía Minera en nota de 12 de septiembre pasado, emanada del señor Superintendente de Recursos Humanos y Administración faena, el periodo que media entre el término de la licencia medica y el inicio de las actividades laborales ha sido de cargo de la empresa desde, prácticamente, los inicios de su actividad, esto es, por un periodo de tiempo superior a los siete años, atendido que generalmente el personal proviene de lugares muy apartados del centro minero y por tratarse de personal especializado y de gran experiencia en sus labores.

De los mismos antecedentes se tiene que el lapso de tiempo que demora el trabajador en reincorporarse a sus labores luego del termino de una licencia medica, atendida la distancia entra su hogar y el lugar de trabajo, puede significarle en ocasiones dos días o más, siendo siempre asumido por la empresa el costo laboral de tales días, percibiendo el trabajador involucrado remuneración por dicho periodo o tiempo de traslado.

De lo expresado se evidencia de manera clara la voluntad de las partes de haber llegado a un acuerdo tácito para generar el beneficio del pago del lapso de tiempo que media entre el termino de una licencia medica y la reincorporación efectiva al trabajo a favor del trabajador, razón por la cual resulta forzoso concluir que el pago del tiempo de demora en referencia efectuado por la empresa Compañía minera a sus trabajadores que hacen uso de licencia medica, constituye una cláusula tácita que la citada empresa no puede dejar sin efecto unilateralmente.

ORD.: N° 4.864/275

Materia: Cláusula tácita Remuneraciones.

Resumen del Dictamen:

Rechaza solicitud de reconsideración de instrucciones N° 13.12.98-1778 impartidas por la fiscalizadora Sra. Patricia Stoeber que instruyen a la Administradora de Fondo de Pensiones Habitat S.A. pagar la diferencia de remuneraciones por los períodos de tres

días o menos en que los trabajadores gozan de licencia médica.

La solicitud de reconsideración presentada por la empresa se fundamenta en las consideraciones que a continuación se transcriben: "Nuestra empresa durante mucho tiempo ha pagado a sus trabajadores los períodos de licencias médicas inferiores a tres días, los que no están cubiertos por los servicios de salud. Estamos plenamente conscientes que esta práctica puede ser considerada como un beneficio tácito al que no es posible poner término en forma unilateral. Sin perjuicio de lo anterior, todo debe tener un límite y ese límite, en este caso, lo constituye un flagrante abuso de derecho respecto del cual los Servicios del Trabajo no pueden estar ajenos, y es por ello que solicitamos dejar sin efecto el oficio señalado".

En la especie, la fiscalizadora, Sra. Patricia Stoeber, constató una disminución de la remuneración del trabajador Sr. Othniel Mercado Rioseco como consecuencia del no pago de las prestaciones tácitamente convenidas respecto de los tres primeros días de goce de licencia médica del dependiente.

La misma ministro de fe verificó además que esta prestación se había pagado de manera reiterada a todos los trabajadores de la empresa, cuestión que es reconocida por el reclamante, y que en el caso particular del Sr. Mercado, el beneficio en análisis le ha sido otorgado por la empresa en cuatro oportunidades anteriores desde el mes de diciembre de 1997 hasta el mes de noviembre de 1998.

En consecuencia, de los antecedentes constatados en su calidad de ministro de fe por la Fiscalizadora actuante se evidencia de manera clara que las partes llegaron a un acuerdo tácito para generar el beneficio del pago de remuneración durante los tres primeros días de goce de la licencia médica por parte del trabajador de que se trata, cláusula tácita que debe ser respetada obligatoriamente por las partes.

En nada obsta a la conclusión anterior el hecho que la empresa considere "abusivo" el goce reiterado de este beneficio por parte del trabajador en cuestión, toda vez que los procedimientos de impugnación de las licencias médicas están expresamente establecidos en la ley y, en caso alguno, se puede entender que los mismos habilitan al empleador para modificar unilateralmente las obligaciones estipuladas de manera expresa o tácita en los contratos individuales o colectivos de trabajo.

ORD.: N° 5.960/377

Materia: Contrato individual. Remuneraciones.

Resumen del Dictamen:

La Corporación Municipal de Educación de Quilpué no se encuentra facultada para modificar, unilateralmente, esto es, sin el consentimiento de los respectivos trabajadores, la modalidad que en materia de calculo y pago del beneficio remuneracional establecido por la ley 19.464 aplico hasta diciembre de 1998 a dichos dependientes en forma reiterada en el tiempo, y en cuya virtud estos percibieron sumas superiores a la que legalmente les correspondía por tal concepto, por constituir esta una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de aquellos.

La ley N°19.464 en su artículo 1° dispone:

"Créase a contar del 1° de enero de 1996, una subvención destinada a aumentar las remuneraciones del personal docente. Esta subvención se calculara en los términos del artículo 13 y con los incrementos del artículo 11 y del inciso primero del artículo 12, todos del Decreto con Fuerza de Ley N° 5 del Ministerio de Educación de 1993".

El análisis de las disposiciones citadas permite afirmar que el legislador, en lo que respecta a la distribución de la subvención, ha señalado expresamente que el aumento de las remuneraciones "será proporcional a la jornada de trabajo".

Ahora bien, de los antecedentes aportados aparece que la Corporación de que se trata, desde la vigencia de la ley 19.464 y hasta diciembre de 1998, calculo el beneficio remuneracional que en ella se contempla sin considerar para ello la respectiva carga horaria, situación que se tradujo en el pago de sumas superiores a la que habría correspondido percibir a cada dependiente de haberse efectuado dicho cálculo considerando la jornada de trabajo pactada por éstos.

Analizando el caso, preciso es convenir que la modalidad aplicada por la empleadora en forma reiterada en el tiempo, más de tres años, en orden a calcular el beneficio en comento sin considerar la jornada laboral convenida por los afectados y como consecuencia de ello pagar sumas superiores a la que les habría correspondido percibir por dicho beneficio, constituye una cláusula tácita incorporada a los respectivos contratos individuales como una condición más de la relación laboral.

Cabe advertir finalmente que la conclusión anterior no resulta aplicable al personal no docente, que, a consecuencia de dicha modalidad, percibió sumas inferiores a las que legalmente les correspondían por el señalado concepto, ya que en el caso la situación de ilegalidad que implica el no pago total del beneficio, impide la configuración de una cláusula tácita que obligue a las partes a mantener el sistema empleado para el calculo y pago del mismo, aun cuando este haya sido aplicado en forma reiterada en el tiempo.

ORD. N° 5179 / 351

Materia: Periodos de Suspensión e Interrupción de. Remuneración Integra. Día Sábado.

Resumen del Dictamen: se niega lugar a reconsideración de dictamen.

El dictamen impugnado, referido al cálculo y pago del feriado del personal afecto a un sistema remuneracional mixto, compuesto por un sueldo base y estipendios variables, sobre la base de los fundamentos y consideraciones que en él se analizan, concluye:

1) Los trabajadores afectos a un sistema remuneracional mixto conformado por un sueldo base mensual y comisiones tienen derecho a que los 15 días hábiles que comprende su feriado anual les sea pagado en la forma prevista en el inciso 4° del artículo 71 del Código del Trabajo, esto es, sumando al sueldo convenido el promedio de lo percibido por concepto de comisiones en los tres últimos meses trabajados.

2) Los días sábado comprendidos en el período de feriado de los dependientes afectos al mismo sistema remuneracional, cuya jornada ordinaria laboral incluye dichos días, deben ser remunerados en la forma prevista en el punto 1) precedente.

3) Por el contrario, los sábados comprendidos en el período de feriado de los

dependientes afectos al mismo sistema remuneracional cuya jornada laboral se distribuye en 5 días, de lunes a viernes, no dan derecho a remuneración íntegra, en los términos del artículo 71 del Código del Trabajo, debiendo, no obstante, entenderse pagados por estar incluidos en el respectivo sueldo mensual.

Ahora bien, efectuado un nuevo estudio y análisis de la citada doctrina se ha podido establecer que la misma se ajusta a derecho, y, por ende, no resulta procedente acoger la solicitud de reconsideración planteada a través de la presentación que nos ocupa.

Precisado lo anterior, cabe tener presente que de los antecedentes aportados en su presentación se desprende que ha sido una práctica reiterada de las empresas pesqueras en que laboran los trabajadores afiliados a esas organizaciones sindicales, que para los efectos de calcular y pagar el feriado legal de sus dependientes han considerado los estipendios de los últimos tres meses laborados, cuyo monto, dividido por noventa, constituye el producto que se multiplica por el total de días corridos que comprende dicho beneficio.

De esta suerte, analizada tal situación a la luz de las consideraciones formuladas en párrafos que anteceden, preciso es concluir que de darse las circunstancias anotadas, la modalidad de cálculo y pago del beneficio feriado precedentemente descrito constituiría una cláusula tácita de los contratos individuales de trabajo de los mencionados dependientes, la que como tal, no podría ser modificada o alterada unilateralmente por las empresas empleadoras, siendo necesario para ello, el consentimiento de los respectivos trabajadores.

ORD N° 125 / 3

Materia: Cláusula tácita. Reajuste. Procedencia.

Resumen del Dictamen:

Deniega solicitud de reconsideración de las Instrucciones N° 2001-1476 impartidas por la fiscalizadora de la Inspección Comunal del Trabajo de Talcahuano, Sra. Medegy Jara R., que ordenan pagar las remuneraciones de los trabajadores del Colegio Etchegoyen, entidad dependiente de la Liga Protectora de Estudiantes de Talcahuano, reajustadas en un monto no inferior a la variación experimentada por el I.P.C. durante el período que se ha considerado para dicho reajuste, por haberse constituido a este respecto una cláusula tácita incorporada a los contratos de trabajo de los dependientes de que se trata, que no puede dejarse sin efecto en forma unilateral por el empleador.

Lo anterior, por cuanto, en opinión del recurrente, no existe norma legal alguna en nuestro ordenamiento laboral que obligue a un empleador a reajustar las remuneraciones de sus trabajadores, dependiendo dicha materia exclusivamente del acuerdo de voluntades de las partes, no pudiendo a su juicio, configurarse tampoco una cláusula tácita a su respecto, ya que nunca dichos reajustes fueron iguales, sino que respondieron a un monto arbitrario, fijado libremente por el empleador, no existiendo jamás acuerdo de voluntades entre aquél y los trabajadores.

En la especie, del informe emitido por la fiscalizadora de la Inspección Comunal de Talcahuano, Sra. Medegy Jara Rojas, aparece que la empleadora otorgó invariablemente a sus dependientes, desde el año 1991 a 2000, un reajuste anual de sus remuneraciones

y, no obstante que dicho reajuste no tuvo una base de cálculo fija entre un año y otro, nunca fue inferior a la variación experimentada por el I.P.C.

De este modo, sobre la base de los hechos constatados y en armonía con lo señalado en párrafos que anteceden posible resulta sostener que el reajuste pagado por la empleadora de que se trata tuvo como antecedente evidente la voluntad del empleador y de los trabajadores que accedieron a él, respecto de otorgar un beneficio no consignado por escrito en el contrato de trabajo, lo que se refleja en la circunstancia que la empleadora otorgó dicho beneficio a sus dependientes durante al menos diez períodos consecutivos, constituyéndose una cláusula tácita a este respecto que debe entenderse incorporada a los respectivos contratos de trabajo.

La conclusión anterior no puede verse desvirtuada por la circunstancia de haberse concedido dicho beneficio sobre una base de cálculo variable entre un año y otro, por cuanto, ello no obliga, en modo alguno, a sostener que por esta razón no existió el necesario consentimiento de las partes respecto a otorgar dicho beneficio en forma reiterada en el tiempo.

En efecto, si bien del informe de fiscalización ya aludido consta igualmente que, aún cuando los referidos reajustes anuales se aplicaron sobre una base de cálculo variable de un año a otro, éstos nunca fueron inferiores a la variación experimentada por el I.P.C. durante el período que se ha considerado para dicho reajuste.

Lo señalado precedentemente habilita para afirmar que por la circunstancia de haberse reajustado anualmente por el Colegio Etchegoyen las remuneraciones de sus dependientes, en un monto no inferior a la variación experimentada por el I.P.C. durante el período que se ha considerado para dicho reajuste, se ha constituido una cláusula tácita incorporada a los contratos de trabajo de dichos dependientes, no pudiendo, por ende, en opinión de este Servicio, sostenerse, como pretende la recurrente, que por el hecho de haberse otorgado dicho beneficio con una base de cálculo variable entre un año y otro, dicha cláusula no se ha podido configurar, negando tal reajuste a los trabajadores que durante al menos diez años percibieron dicho beneficio.

ORD N° 107/08

Materia: Remuneraciones, Anticipos. Procedencia.

Resumen del Dictamen:

La empleadora no se encuentra obligada a dar anticipos quincenales a los trabajadores que se desempeñan como vigilantes privados, salvo que de mutuo acuerdo las partes hayan establecido tanto su monto como su fecha de otorgamiento en el instrumento respectivo, todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de que a falta de tal acuerdo la reiteración en el tiempo de dicha práctica haya llegado a constituir una cláusula tácita, circunstancia que para ser verificada requeriría de una fiscalización previa efectuada por funcionarios de éste Servicio.

Sobre el particular, el artículo 55 del Código del Trabajo establece:

“ Las remuneraciones se pagarán con la periodicidad estipulada en el contrato, pero los períodos que se convengan no podrán exceder de un mes.

Si nada se dijere en el contrato, deberán darse anticipos quincenales en los trabajos por pieza, obra o medida y en los de temporada.”

De la norma precitada fluye que el pago de las remuneraciones deberá efectuarse dentro de períodos que no podrán exceder de un mes.

Igualmente se colige que el legislador ha establecido de manera obligatoria el dar anticipos quincenales sólo en los trabajos por pieza, obra o medida y en los de temporada, sin establecer su monto.

De esta forma, a la luz de las disposiciones legales precitadas la empleadora no se encuentra obligada a dar anticipos quincenales a los trabajadores que se desempeñan como vigilantes privados, salvo que por mutuo acuerdo hayan pactado tanto su monto como su fecha de otorgamiento en el instrumento respectivo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente lo prescrito por el artículo 9º, inciso 1º, del Código del trabajo.

Tras todo lo señalado y considerando que en la especie se ha consultado de manera genérica, sin aportar antecedentes concretos respecto de la existencia de anticipos en la situación particular del consultante, cumpla con informar a Ud. que la empleadora no se encuentra obligada a dar anticipos quincenales a los trabajadores que se desempeñan como vigilantes privados, salvo que de mutuo acuerdo las partes hayan establecido tanto su monto como su fecha de otorgamiento en el instrumento respectivo, todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de que a falta de tal acuerdo la reiteración en el tiempo de dicha práctica haya llegado a constituir una cláusula tácita, circunstancia que para ser verificada requeriría de una fiscalización previa efectuada por funcionarios de éste Servicio.

### **7.3.- Existencia de Cláusulas Tácitas en materia de Jornada de Trabajo**

ORD N° 005/03

Materia: Cláusula tácita. feriado

Resumen del Dictamen:

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.

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.

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 períodos han aplicado a su personal paradocente y que resulta mayor al legal contemplado en el artículo 67 del Código del Trabajo.

ORD N° 3.418/197

Materia: Cláusula tácita. Jornada de trabajo.

Resumen del Dictamen:

Se rechaza la reconsideración de las instrucciones N° D.99-63 de 29.01.99, evacuadas por el fiscalizador Sr. Juan Muñoz de la Inspección Provincial del Trabajo de Puerto Montt, que ordenan a la empresa Salmones Pacífico Sur lo siguiente. 2° corregir la infracción consistente en alterar unilateralmente la jornada de trabajo de los dependientes que laboran en horario diurno de 08:00 a 17:00 horas.

En la especie, el Fiscalizador actuante, Sr. Juan Muñoz, constató que una vez concluido su período de descanso post-natal, las trabajadoras de que se trata han cumplido una jornada en horario diurno, de 08:00 a 17:00 hrs., sin que les haya correspondido cumplir, desde que se reintegraron a labores, ningún período de su jornada en horario nocturno.

De lo constatado por el Fiscalizador actuante, se evidencia de manera clara que las partes llegaron a un acuerdo respecto de la modificación de la jornada de trabajo de las dependientes de que se trata, razón por la cual resulta forzoso concluir que la jornada de



trabajo de 08:00 a 17:00 hrs., que están cumpliendo las trabajadoras de manera uniforme desde que se reintegraron a labores una vez terminado su descanso post-natal, constituye una cláusula tácita, que debe ser respetada obligatoriamente por las partes.

En nada afecta la conclusión anterior el argumento dado por la empresa, en el sentido que el cambio de jornada se debió al hecho que en la ciudad no existían salas cunas en horario nocturno, toda vez el empleador no puede pretender que el cumplimiento del mandato legal de proporcionar y de mantener el beneficio de sala cuna, lo faculta para alterar unilateralmente la jornada de trabajo de sus dependientes.

De esta forma, se reafirma que el cambio de jornada tuvo su origen en un acuerdo tácito entre las partes contratantes que modificó en lo pertinente el contrato de trabajo y, en consecuencia, las instrucciones se encuentran ajustadas a derecho, sin que proceda la reconsideración de las mismas.

ORD N° 1020/92

Materia: Cláusula tácita. Extensión de jornada.

Resumen del Dictamen:

La empresa S.A., no procedió conforme a derecho al extender la jornada de trabajo del personal el día víspera de Navidad, si la conclusión de la jornada a las 13:30 horas los días anteriores a Fiestas Patrias, Navidad y Año Nuevo constituye una cláusula tácita de los contratos de trabajo del personal.

Ahora bien, de acuerdo a antecedentes reunidos en torno al caso, especialmente informe de 25. 01. 2000, de la fiscalizadora María Teresa Ureta, se ha podido establecer que la empresa, durante muchos años, no pudiendo determinarse con exactitud el número de estos por representantes de la empresa ni por trabajadores, con ocasión de Fiestas Patrias, Navidad y Año Nuevo terminaban las actividades laborales alrededor de las 13:30 horas, para efectuar un almuerzo con los trabajadores, y realizar actividades recreativas y otras.

De este modo se deriva del informe de fiscalización, que los días previos a las festividades indicadas, los trabajadores administrativos, con jornada de 7.30 a 17:00 horas, laboraban sólo hasta las 13:30 horas, al igual que los del área productiva, afectos a turnos de 7:30 a 15:30 horas, y los turnos de 15:30 a 22: 30 y de 22:00 a 7:00 horas simplemente no se realizaban en tales oportunidades, por ser posteriores a la hora especial de salida ya señalada.

Analizados los hechos anteriores a la luz de las consideraciones efectuadas acerca del carácter consensual del contrato de trabajo, posible resulta convenir que en forma reiterada, e ininterrumpida, la jornada de trabajo a que se encontraban afectos los trabajadores de la empresa S.A. los días vísperas de Fiestas Patrias, Navidad y Año Nuevo concluía a las 13:30 horas, lo que configura una cláusula tácita, que se ha incorporado a los contratos individuales de trabajo, que no ha podido quedar sin efecto por decisión unilateral de una de las partes contratantes, sino por consentimiento mutuo de ellas, o por causas legales, de conformidad con lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil, aplicable plenamente en materia laboral con relación al contrato de trabajo, de ello se sigue que la empresa citada no puede de acuerdo a derecho, a juicio de la

Dirección, alterar en forma unilateral la jornada de trabajo del personal la víspera de Fiestas de Navidad, excediendo las 13:30 horas, dado que, para tales efectos, como se precisara, se requería el acuerdo de ambas partes contratantes.

En consecuencia, la empresa S.A. no procedió conforme a derecho al extender la jornada del personal el día víspera de Navidad desde las 13:30 horas hasta las 20:30 horas, si la conclusión de la jornada a las 13:30 los días anteriores a Fiestas Patrias, Navidad y Año Nuevo constituye una cláusula tácita de los contratos de trabajo del personal.

ORD N° 4911/398

Materia: Cláusula tácita. Jornada, turno nocturno.

Resumen del Dictamen:

Se rechaza la reconsideración de instrucciones interpuesta por el Centro Privado de Enfermeras UC. S.A., impartidas en comparendo de 02.08.2000 por el funcionario fiscalizador señor Oscar Espinosa Osorio, debiendo la dependiente doña Lorena Roble reintegrarse a su turno nocturno habitual, que se extiende desde las 20 horas hasta las 8:00 horas del día siguiente.

Consta en el acta de comparecencia que la instrucción que se objeta se adoptó porque el trabajo de la dependiente Lorena Roble en turno nocturno lo ha desempeñado, a lo menos, desde agosto de 1999 a agosto del 2000, esto es, por más de un año, y también, por la circunstancia concurrente, que recientemente esta trabajadora ha sido elegida directora sindical y, para asumir debidamente esta nueva responsabilidad, este intempestivo cambio de turno dificulta su desempeño gremial.

En efecto, el hecho de que esta trabajadora se haya desempeñado permanentemente desde agosto de 1999 a agosto de 2000 en turno nocturno, constituye una cláusula tácita, en términos tales, que conforme lo ha dejado establecido en forma reiterada y uniforme la Dirección del Trabajo, forman parte integrante del contrato de trabajo todos los derechos y obligaciones a que las partes se han obligado mutuamente en los hechos y en forma estable en el tiempo, aunque no estén expresamente contemplados ni escriturados en la materialidad del contrato de trabajo. Por esta vía, se modifica, amplía o restringe, según el caso, el compromiso literal y escrito de trabajadores y empleadores, toda vez que el contrato de trabajo tiene naturaleza consensual y obliga más allá del mero tenor del texto firmado por las partes.

En lo que respecta a la condición de dirigente sindical del dependiente conforme al artículo 215 del Código del Trabajo, el empleador le está vedado actuar respecto del trabajador de una forma que implique "perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales".

ORD N° 5255/356

Materia: Cláusula tácita. Jornada, permiso.

Resumen del Dictamen:

La circunstancia de que la citada Corporación haya otorgado a una trabajadora en forma voluntaria y reiterada en el tiempo el permiso que regula el citado artículo 206 del

Código del Trabajo, configura a su respecto una cláusula tácita incorporada a su contrato individual de trabajo, la que como tal, no puede ser suprimida o modificada unilateralmente por dicha empleadora, requiriendo para ello, el consentimiento o acuerdo de la respectiva dependiente. La cláusula tácita configurada respecto de la trabajadora a que se hace mención, no obliga a la citada Corporación a conceder el mismo beneficio a otras dependientes que allí laboran.

Aplicando todo lo expuesto, forzoso resulta convenir que si esa Corporación en forma reiterada en el tiempo ha procedido a conceder el permiso que nos ocupa a una madre trabajadora a la que no asiste ese derecho, tal conducta configuraría una cláusula que se habría incorporado tácitamente al contrato de trabajo de la misma, por lo cual no sería jurídicamente viable que esa Entidad procediera unilateralmente a su modificación, supresión o alteración, requiriendo para ello el acuerdo de la respectiva trabajadora.

En cuanto a la segunda parte de la consulta anterior, esto es, si el otorgamiento voluntario del beneficio respecto de una trabajadora pudiese obligar a esa Corporación a concederlo a otras dependientes que se encuentren en la misma situación, cabe informar a Ud. que la existencia de una cláusula tácita sólo puede configurarse entre el empleador y el o los trabajadores involucrados, vale decir, aquellos a cuyo respecto se hayan reiterado en el tiempo determinadas conductas en relación a concesión u otorgamiento de beneficios o prácticas sobre otros aspectos de la respectiva relación laboral con la aquiescencia de éstos, las cuales, como ya se dijera serán obligatorias no obstante no aparecer escrituradas en el contrato individual de trabajo que los rige.

Al tenor de lo expuesto forzoso resulta concluir que, en la especie, la conducta que en materia de permiso voluntario para alimentar se ha seguido respecto de una trabajadora no obliga a esa Corporación a aplicarla a otras dependientes, a menos que también respecto de ellas exista una conducta reiterada en tal sentido que pudiese estimarse como cláusula tácita incorporada a sus respectivos contratos de trabajo.



## 8.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA JUDICIAL<sup>36</sup>

Existen muy pocos casos referentes a la existencia de cláusulas tácitas que hallan llegado a nuestros tribunales de justicia, puesto que la gran mayoría de las controversias que se han suscitado al respecto han sido solucionadas por la Dirección del Trabajo a través de la dictación de ordenes o dictámenes aplicables al caso concreto que las partes involucradas reconocen y respetan sometiéndose al criterio de la Dirección y es cuando no están de acuerdo con dicho criterio que pueden llegar estos asuntos a manos de los tribunales.

Por esto citaremos a continuación algunos fallos que se refieren a las cláusulas tácitas.

Planteamiento del caso<sup>37</sup> :

Un trabajador de la empresa Radiotrónica S.A., fue contratado para desempeñar la función de capataz, que incluía la obligación de cumplir las instrucciones impartidas por el jefe de obras; sin embargo con posterioridad a la fecha del contrato, el trabajador desempeñó funciones como supervisor de obras, incumpliendo gravemente sus

<sup>36</sup>

Jurisprudencia Judicial, base de datos Lexis Nexis.

<sup>37</sup>

Rol 139-2001, Acevedo con Radiotrónica Chile S.A.

obligaciones como tal al no emitir informes fidedignos sobre el estado de avance de las mismas, la empresa aludida despidió al trabajador, aduciendo la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, que faculta al empleador para poner término al contrato de trabajo, por "incumplimiento grave de las obligaciones" que éste impone, el trabajador demandó a la empresa por considerar injustificado su despido.

De acuerdo a la sentencia de primera instancia, el despido fue considerado justificado argumentando que, a pesar de que las funciones que en la práctica desarrollaba el trabajador no estaban expresamente estipuladas en el contrato de trabajo, sí existía una manifestación tácita de voluntad que se traduce en el hecho de que el trabajador una vez que le fueron asignadas nuevas funciones no reclamó ante su superior ni ante la Inspección del Trabajo respectiva asintiendo y realizando en la práctica labores no expresamente escrituradas en su contrato.

El trabajador apeló ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, quien resolvió revocar la sentencia de primera instancia en base a la lectura coordinada y sistematizada de los artículos 5°, 7° y 9° del citado Código Laboral, de la cual se colige que el contrato de trabajo, no obstante su carácter consensual, debe constar por escrito en el plazo de quince días de incorporado el trabajador, no puede ser modificado sino por mutuo consentimiento y en el evento de no darse cumplimiento a su escrituración por el empleador, y no hacer éste el requerimiento correspondiente ante el Inspector del Trabajo, se presume legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador.

El contrato de trabajo a través del cual la empresa demandada contrató al actor con fecha 28 de marzo de 1990, señala en su cláusula primera que éste debe desempeñar el trabajo de capataz, agregando en la cláusula segunda que Andrés Cerda Acevedo se compromete expresamente a cumplir las instrucciones que le sean impartidas por el Jefe de Obras. Dicho contrato sufrió diferentes modificaciones, la última de las cuales es del 30 de octubre de 1993, refiriéndose únicamente a las remuneraciones del trabajador y no a un cambio de funciones u obligaciones del mismo.

En consecuencia, ni en el antedicho contrato, ni en ninguna de sus modificaciones, aparece contemplada la obligación que el actor habría dejado de cumplir y que según el aviso previo habría motivado el despido al darle el carácter de incumplimiento grave que consigna la norma legal invocada.

Ante tal circunstancia, la parte demandada ha aseverado que se dio al trabajador que demanda las funciones de supervisor de obras, lo que éste habría negado, sólo al momento de interponer la demanda.

Ni las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandada ni la documentación que en fotocopia ésta acompañó a los autos, tienen, en concepto de esta Corte, la fuerza probatoria suficiente, apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, para desvirtuar la presunción legal antes referida, contenida en el penúltimo inciso del artículo 9 del Código del Trabajo y que es plenamente aplicable, tanto a la no escrituración del contrato, como al hecho de no estamparse por escrito las supuestas modificaciones del mismo, las cuales deben consignarse por escrito y suscribirse por ambas partes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 del Código del ramo, lo que no

ocurrió en la especie.

En consecuencia, de los elementos de convicción aludidos en la motivación que antecede, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, aparece que a la fecha en que el demandante habría incurrido en el incumplimiento grave que se le atribuye en la carta de despido -noviembre y diciembre de 1999- ni siquiera la empresa empleadora, en las planillas de pago de remuneraciones, le asignaba la calidad de supervisor, por cuya circunstancia mal podría habersele exigido el cumplimiento de obligaciones inexistentes.

Sobre la base de los considerandos anteriores, se revocó la sentencia de primera instancia, pero con el voto en contra de uno de los ministros quien argumenta en contrario basándose en la teoría de las cláusulas tácitas:

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Blanco <sup>38</sup>, quien estuvo por confirmar, en todas sus partes, la sentencia apelada de primera instancia por los siguientes argumentos.

Según consta del mérito de autos el objeto primordial de la empresa demandada es la instalación de redes de comunicación o servicios básicos y ésta para alcanzar sus propósitos recurre a terceros como sub-contratistas quienes efectúan las obras materiales convenidas, el sistema de pago tanto para la demandada como para los sub-contratistas se realiza por estado de avance de obras y depende del grado de desarrollo de las mismas la procedencia del pago correlativo.

En virtud de lo antes expuesto, queda en evidencia que la empresa demandada encomendó a un funcionario de su confianza para que "in situ" examinara los avances de la obra y emitiera un informe acerca de su estado real, su desarrollo o término según correspondiera. Del estudio del proceso, se desprende que quien estaba a cargo de dicha función era el actor el que emitió diversos informes sobre esa materia poniendo su rúbrica en cada uno de ellos. La calidad de supervisor de obras no está controvertida por el trabajador, es más, el propio actor reconoce durante toda la secuela del juicio que desempeñaba contractualmente dicha labor.

Del cúmulo de documentos aparejados a los autos y que inciden en la presente causa, fluye que el actor como jefe de obras estaba obligado a informar el estado de avance de las mismas, ello se infiere de su labor práctica efectuada en terreno sin objeción de su parte, que consistía en que el demandante remitía periódicamente, con su firma, informes relativos a ese rubro específico, ello cobra relevancia si se tiene en especial consideración la forma de trabajo de la empresa demandada que recurre a un sub-contratista que es el que dirige y ejecuta las obras y no aquél que lo contrató, que sólo debe asegurarse que las obras cumplan las especificaciones convenidas y los plazos fijados.

En el caso sub lite, el actor no negó que hubiese emitido los informes del estado de avance de las obras que se agregaron al proceso y si ello no hubiese estado dentro de sus funciones, el demandante habría interpelado a la empresa demandada en los inicios de su relación contractual o bien sencillamente se habría negado a desempeñar tal función, en cambio, a contrario sensu el trabajador sólo intentó explicar su disconformidad

---

<sup>38</sup> SR Ministro Ricardo Blanco Herrera.

entre lo informado y lo realmente acontecido en terreno.

No obstante, que el actor en su libelo controvierte que le asistía la obligación de supervisar las obras y que dicha labor no se contemplaba en su contrato como jefe de obras es útil consignar que en la práctica se hace muy difícil detallar en forma taxativa y precisa todas las funciones que un trabajador debe realizar con ocasión de un determinado desempeño laboral, es por ello que en el contrato respectivo que se celebra entre las partes, en lo que atañe a esta materia, en general sólo se consigna la labor primordial y esencial a desarrollar, por el trabajador, sin embargo no cabe duda alguna que subyacen a esto un sinnúmero de quehaceres de distinta entidad, pero ligados de tal modo a la función principal que conforman con ella una unidad férrea y en su conjunto el objeto por el cual la persona fue contratada, todo lo cual debe aquilatarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en concordancia con el Principio de la Realidad Objetiva, de manera que, el hecho que al actor se lo haya contratado como jefe de obras y no se haya especificado por escrito de un modo particular ni pormenorizado, cada una de las funciones a realizar concomitantes a su labor básica, no lo exonera de su obligación innominada de supervisión de las obras, puesto que ésta es ínsita a su vínculo con la empleadora, porque pertenece a la esfera misma de su función nominal y ello se corrobora por el hecho que el mismo actor emitió diversos informes sobre el estado de avance y término de las obras, firmando cada uno de ellos como supervisor de las mismas, sin que jamás hubiese negado que desempeñaba en la práctica tal labor, es más, lo ha reconocido expresamente, siendo relevante en este caso, el hecho indubitado, relativo a la falta de exactitud y acuciosidad de las comunicaciones realizadas y enviadas a la demandada lo cual acarreó perjuicio patrimonial a su empleadora.

Es un hecho de la causa que el actor se desempeñaba como jefe de obras, y por otra parte el trabajador incumplió gravemente su obligación contractual al no supervisar correctamente la producción de obras y proyectos correspondientes a modificaciones viales en las Regiones VIII, IX y X al haber informado durante los meses de noviembre y diciembre de 1999, inicios y grados de avance de diversas obras que no corresponden a la realidad, puesto que tales obras no se habían iniciado o el grado de avance de las mismas era menor que el informado, conducta que en definitiva produjo pérdidas económicas a la demandada por un monto cuantioso.

Por otro lado, la dogmática y la jurisprudencia ha reconocido en el campo laboral la existencia de manifestaciones tácitas que están constituidas por la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo con aquiescencia de ambas partes lo que conduce a lo que se denomina **cláusulas tácitas** que se adicionan a las que en forma escrita configuran el contrato individual de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, es factible colegir que una relación laboral expresada a través de un contrato escriturado no sólo queda enmarcado dentro de las estipulaciones del mismo, sino que también deben entenderse como cláusulas incorporadas al respectivo contrato las que derivan de la práctica de determinadas funciones, que si bien no fueron contempladas en las cláusulas 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 aludido.



En definitiva basándose en la teoría objeto de nuestro estudio lo mas ajustado a derecho hubiera sido confirmar la sentencia de primera instancia aplicando el principio de Primacía de la Realidad y la voluntad tácita manifestada por las partes en orden a desarrollar por parte del trabajador determinada actividad y a incumplir gravemente sus obligaciones, lo que motivó su despido, sin la posibilidad de excusarse sobre la base de probar que no estaban expresamente estipuladas sus funciones en el contrato individual de trabajo.

Analicemos otro caso <sup>39</sup> :

En este caso el motivo de conflicto consiste en el pago de gratificaciones por parte de la empresa Norel S.A. a sus trabajadores incluso cuando no haya percibido utilidades. De acuerdo a las trabajadoras de esta empresa se habría configurado en su favor una cláusula tácita que no puede ser dejada sin efecto unilateralmente por la empleadora, por lo cual demandaron ante tribunal competente a la citada empresa.

Sin embargo el tribunal de primera instancia rechazó la demanda argumentando que, para que se configure una cláusula tácita la doctrina ha señalado que se requiere de una práctica reiterada en el tiempo, lo que en la especie no se logra, puesto que la conducta consistente en el pago de dichos beneficios en circunstancias en que no se registren utilidades, tuvo lugar tan solo una vez, por el período de 1998, y respecto de la cual existen declaraciones tanto del absolvente como de los testigos quienes declararon que se trató de un acuerdo excepcional y verbal en vista que se habían realizado los anticipos y para el efecto de que éstos no fueran descontados. En autos, no se logró acreditar por parte de la demandante el pago de estas prestaciones en otros períodos distintos del año 1998, en que no hubiesen habido utilidades, considerándose a juicio del tribunal que se trató sólo de una concesión de la empresa demandada el no haber descontado los anticipos efectuados contra gratificaciones que no procedían respecto del período 1998, y que no existe una exigibilidad respecto de tal conducta para el año 1999 y siguientes, y no habiendo otras pruebas que puedan aportar al proceso la demanda será rechazada.

Esta sentencia fue apelada ante la corte de apelaciones de santiago quien la confirmó en todas sus partes argumentando en cuanto al fondo, que el Sindicato de Trabajadores de Industrias Norel S.A., demanda el pago del beneficio de la gratificación respecto del ejercicio del año 1999, beneficio que señala se ha incorporado al patrimonio contractual en virtud de las llamadas "**Cláusulas tácitas**" y por lo mismo constituye un derecho adquirido de los trabajadores.

La demandada admite que no se efectuó pago de gratificaciones en el ejercicio del año 1999, sin embargo señala que dicho beneficio no correspondía otorgarlo puesto que no se cumplía con la condición habilitante para él, cual es la existencia de utilidades o excedentes líquidos en el ejercicio respectivo, situación que se señala en los artículos 47 y 50 del Código del Trabajo. Alega además que tampoco se han reunido en la especie los requisitos para que se configure una cláusula tácita al respecto, dado que para ello se requiere que exista una práctica reiterada en el tiempo, lo que no se da en el hecho puesto que sólo en el año 1998 y por un acto voluntario, unilateral y excepcional se

---

<sup>39</sup> Rol 3190-2002, Sindicato Norel S.A. con Industrias Norel S.A.

pagaron anticipos a cuenta de la gratificación, no obstante no haberse arrojado utilidades.

De acuerdo a los hechos aseverados por las partes y la prueba rendida en autos, se encuentra establecido que la empresa demandada pagaba a sus trabajadores las gratificaciones en forma de anticipos en los meses de septiembre, diciembre y abril de cada año, situación que se llevó a cabo en forma sucesiva aun cuando en el año 1998 no se registraron utilidades y sólo se vio interrumpida en el ejercicio del año 1999, respecto del cual no hubo utilidades líquidas.

Por lo anterior queda por dilucidar si el pago de dicha prestación obedece a pago de gratificaciones legales caso en el cual estaría condicionado a la existencia de utilidades, o se ha configurado una cláusula tácita que obliga a la demandada a pagar la prestación aun en el caso de que no existan utilidades líquidas en la empresa.

Para que se configure una cláusula tácita la doctrina ha señalado que se requiere de una práctica reiterada en el tiempo, lo que en la especie no se logra, puesto que la conducta consistente en el pago de dichos beneficios en circunstancias en que no se registren utilidades, tuvo lugar tan solo una vez, por el período de 1998, y respecto de la cual existen declaraciones tanto del absolvente como de los testigos quienes declararon que se trató de un acuerdo excepcional y verbal en vista que se habían realizado los anticipos y para el efecto de que éstos no fueran descontados.

De las liquidaciones de sueldos que la misma demandante acompañó, se desprende que las prestaciones reclamadas eran consignadas como "anticipo de gratificación".

El contrato colectivo acompañado nada agrega sobre la controversia, dado que se limita a señalar que "las gratificaciones se pagarán cuando corresponda, de acuerdo con la legislación laboral vigente".

De esta forma no se logró acreditar por parte de la demandante el pago de estas prestaciones en otros períodos distintos del año 1998, en que no hubiesen habido utilidades, considerándose a juicio del tribunal que se trató sólo de una concesión de la empresa demandada el no haber descontado los anticipos efectuados contra gratificaciones que no procedían respecto del período 1998, y que no existe una exigibilidad respecto de tal conducta para el año 1999 y siguiente, y no habiendo otras pruebas que puedan aportar al proceso la demanda será rechazada.

Esta sentencia fue pronunciada por los Ministros de la Novena Sala, señores Juan Araya Elizalde y Alejandro Solís Muñoz y el Abogado Integrante señor Benito Mauriz Aymerich.

Aquí si se reconoce la teoría de las cláusulas tácitas, sin embargo no poder aplicarse a este caso concreto en virtud de no cumplirse con los requisitos necesarios exigidos por la doctrina para que se configure una cláusula tácita.

## 9.-PROPUESTA DE NUEVA REGULACION

El contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, vale decir, sus efectos se producen en el tiempo, de manera tal que cobra respecto de éste, especial importancia la posibilidad de complementar o introducir modificaciones en su contenido.

Actualmente, la regulación aplicable al momento de modificar o complementar un contrato individual de trabajo existiendo mutuo acuerdo de las partes, es la siguiente:

Primero que todo, cabe tener presente que, el principio general en esta materia señala que el contenido del contrato de trabajo puede ser modificado por mutuo consentimiento de las partes pero sólo respecto de aquellas materias que las partes hayan podido convenir libremente, es decir, sin afectar los derechos mínimos que la legislación laboral garantiza. Asimismo, será necesario y pertinente que estas modificaciones se consignen, o sea, se tome nota escrita de ellas y sean suscritas por las partes, al dorso de todos los ejemplares donde consta el contrato o bien, en documentos anexos.

Este principio se encuentra estipulado en el artículo 5 inciso 3° del Código del Trabajo, el cual señala que "Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente", por otra parte, el artículo 11 inciso 1° de este Código indica que "Las modificaciones del contrato de trabajo se consignan por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo".

Por otra parte, resulta relevante recordar que, los derechos laborales tienen el carácter de irrenunciables, por lo tanto, las modificaciones que se introduzcan en el contrato no podrán afectar los derechos laborales, mínimos garantizados por la legislación laboral. De esta forma, no es lícito que se convenga una modificación en el monto de la remuneración que signifique que el trabajador perciba un ingreso inferior al mínimo legal. Lo mismo es aplicable, por ejemplo, para una modificación en la jornada de trabajo que supere la extensión de la jornada máxima legal.

Ahora bien, el Código del Trabajo impone la obligación de consignar por escrito las modificaciones introducidas al contrato, sin embargo, éste es un requisito exigido por vía de prueba pues el contrato de trabajo es un contrato consensual y este carácter se extiende, lógicamente, a sus modificaciones, por lo que éstas serán válidas aún cuando no se hayan escriturado.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 9° del Código del Trabajo que señala: "El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante.

El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a 30 días, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales.

Si el trabajador se negare a firmar, el empleador enviara el contrato a la respectiva Inspección del Trabajo, para que esta requiera la firma. Si el trabajador insistiere en su actitud ante dicha Inspección podrá ser despedido, sin derecho a indemnización, a menos que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el documento escrito.

Si el empleador no hiciera uso del derecho que le confiere el inciso anterior, dentro del plazo que se indica en el inciso segundo, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador.

El empleador, en todo caso, estará obligado a mantener en el lugar de trabajo un ejemplar del contrato y, en su caso, uno del finiquito en que conste el término de la relación laboral, firmado por ambas partes".

De la norma legal precedentemente anotada fluye que el contrato de trabajo es consensual y como consecuencia de ello, deben entenderse incorporadas en él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito, sin que, además, aquellas no escritas en el documento respectivo y 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.

Recordemos, que como lo ha sostenido reiteradamente La Dirección del Trabajo, la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación escrita de voluntad como de una tácita, salvo aquellos casos en que la ley, por razones de seguridad jurídica, exija que opere la primera de las vías señaladas.

No obstante lo señalado, una parte de la jurisprudencia judicial tiene una

interpretación distinta y estima que las modificaciones al contrato deben consignarse por escrito y firmarse por las partes al dorso de los ejemplares del contrato y que dicha exigencia es de orden público, no aceptando de este modo la existencia de la teoría en estudio denominada de las "cláusulas tácitas".

Para proponer una nueva regulación que no permita interpretaciones contradictorias como ocurre en la actualidad, es necesario modificar el Código del Trabajo creando un artículo que se refiera a la existencia de cláusulas tácitas y que señale los requisitos exigidos para que se configure su existencia de acuerdo al criterio utilizado hasta el momento por la Dirección del Trabajo.

La nueva regulación debiera señalar en su parte mínima que:

"La relación laboral queda enmarcada no sólo dentro de las estipulaciones del contrato escriturado sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas al respectivo contrato las que derivan de la reiteración del pago beneficios laborales, o de prácticas de trabajo, 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 individual de trabajo respectivo.

Conforme a lo anterior, para que se verifique la existencia de una cláusula tácita en el contrato de trabajo, es necesario que se verifiquen los siguientes requisitos a saber:

Existencia de un determinado beneficio o práctica de trabajo que signifique un mayor bienestar al trabajador

La voluntad de las partes debe desprenderse inequívocamente del comportamiento de las mismas, siendo claro que éstas tenían un conocimiento cabal de la modificación del contrato que se estaba produciendo, así como de haber prestado su aquiescencia tácita a la modificación del mismo.

Reiteración en el tiempo de este beneficio o práctica de trabajo, el cual debe determinarse de acuerdo a la naturaleza del beneficio o práctica de que se trate.

Esta modificación no puede referirse a materias de orden público, ni tratarse de los casos en que el legislador ha exigido que las modificaciones al contrato se estipulen de manera expresa.

Concurriendo los requisitos anteriormente mencionados, **se configura una cláusula tácita** no pudiendo ésta ser dejada sin efecto unilateralmente por cualquiera de las partes, empleador o trabajador, sin el consentimiento de la otra, pasando a ser parte integrante del contrato individual de trabajo".

Existiendo la regulación precedente se solucionaría el problema de dejar al arbitrio de decisiones, muchas veces contradictorias, el establecer la existencia de cláusulas tácitas, evitaría el choque de interpretaciones al respecto y quizás incentivaría tanto al empleador como al trabajador a exigir que se escribiera el contrato y sus modificaciones posteriores para evitar que se consideren como parte integrante del contrato conductas o beneficios que sólo han tenido un carácter temporal.

Esto vendría a paliar el inconveniente de no contar con medios probatorios suficientes para en caso de conflicto defender los beneficios obtenidos durante la vigencia de la relación laboral.

Otra bondad de la existencia de una regulación legal como la propuesta es el consagrar el carácter consensual del Contrato Individual de Trabajo, logrando que llegue a existir en la práctica, un contrato escriturado que ha sido modificado o complementado a través de cláusulas tácitas las cuales son perfectamente válidas al cumplir con los requisitos antes transcritos, lo que protegería al trabajador al no permitir que el empleador las deje sin efecto unilateralmente y estableciendo que pasan a ser parte integrante de su contrato de trabajo.

Y aunque es innegable que lo ideal sería escriturar cada una de las modificaciones o complementos que se hagan con la intención de ser otorgadas en forma estable al contrato individual de trabajo. También es cierto que la actual mentalidad de los integrantes de la relación laboral, además de la reacia disposición de muchos empleadores a renegociar los contratos de trabajo ya firmados, para evitar así aumentos de sueldos o de beneficios, hacen que lo anterior este muy lejos de la realidad. Por lo que una regulación legal similar a la que hemos propuesto sería muy beneficiosa para el sistema laboral chileno, ya que en definitiva la idea de legislar es permitir una mayor seguridad jurídica y una mayor protección a la parte más débil que es el trabajador.

## 10.- CONCLUSION.

Al finalizar la presente memoria de prueba, y en retrospectiva, podemos observar que la importancia del objeto de nuestro estudio no es menor y que su análisis significa un fecundo campo para razonamientos y discusiones jurídicas.

Así, la primera conclusión a la que hemos llegado es que no existe una definición de cláusulas tácitas lo suficientemente completa y adecuada, por lo tanto en este estado de nuestro trabajo podemos aventurar una nueva definición de lo que consideramos realmente como Cláusula Tácita.

Recordemos que la definición en que están más acordes la doctrina y la Dirección del Trabajo es la que nos dice que la Cláusula Tácita esta 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...”<sup>40</sup>. En su momento dijimos que este concepto no toca aún la esencia de la idea que buscamos, ya que más que decirnos que es la Cláusula Tácita en sí, nos habla de los elementos que la constituyen.

Para nosotros la cláusula Tácita es aquella estipulación que se incorpora al contrato individual de trabajo y que establece ciertos beneficios o prácticas laborales a favor del trabajador, poseyendo la especial característica de emanar de un acuerdo de voluntades tácito, el que se manifiesta a través de hechos, actos o conductas, que denotan inequívocamente una voluntad en orden al otorgamiento de los mencionados beneficios o prácticas, y que se han reiterado en el tiempo, el cual dependerá de la naturaleza de los

<sup>40</sup> Infra p.39

actos que la conforman, y que no puede ser dejada sin efecto unilateralmente por ninguna de las partes de la relación laboral.

Del análisis del concepto recién esbozado podemos observar que:

Nos dice que es la cláusula tácita en esencia, esto es "una estipulación que se incorpora al contrato individual de trabajo...", es decir es una más de las cláusulas del contrato, que se integra a él con posterioridad a su celebración.

Hace referencia específicamente al "... contrato individual de trabajo...". De esta manera queda claro que la institución de la cláusula tácita es propia de este contrato, excluyendo incluso al contrato colectivo de trabajo.

Nos muestra cual es la función práctica de la cláusula tácita al decirnos que "... establece ciertos beneficios o prácticas laborales a favor del trabajador...". En cuanto a que se debe entender por beneficio o práctica laboral, y a si es posible que se beneficie también al empleador, nos remitiremos a lo desarrollado en el capítulo IV de la presente memoria de prueba.<sup>41</sup>

Hace referencia a la fuente creadora de las cláusulas tácitas, ya que nos dice que la cláusula tácita posee "... la especial característica de emanar de un acuerdo de voluntades tácito...". Todo lo referente a la voluntad tácita y a sus peculiaridades también ha sido tratado latamente con anterioridad<sup>42</sup>.

Nuestra definición también incluye los elementos a través de los cuales se exterioriza la voluntad tácita, ya que nos dice que ella "... se manifiesta a través de hechos, actos o conductas, que denotan inequívocamente una voluntad en orden al otorgamiento de los mencionados beneficios o prácticas...".

Se hace referencia al tiempo que se deben reiterar los hechos actos o conductas a través de los cuales se manifiesta la cláusula tácita, el que, como se analizó anteriormente, no puede ser un periodo de tiempo determinado *a priori*, ya que cualquier medida que se diera sería obligatoriamente antojadiza<sup>43</sup>, por lo tanto sostenemos que el periodo de tiempo del cual tratamos "... dependerá de la naturaleza de los actos que la conforman...", es decir quedará a la decisión de los Jueces del Trabajo, quienes a través de su Sana Crítica determinarán cual es el período de tiempo y las veces que los hechos deben haberse producido como para entender que se ha "reiterado en el tiempo" lo suficiente para estar frente a una cláusula tácita.

Por último la definición propuesta nos dice que la cláusula tácita "... no puede ser dejada sin efecto unilateralmente por ninguna de las partes de la relación laboral.", buscándose, de esta manera, evitar que el empleador omita arbitrariamente aquellos beneficios que se entienden incorporados al patrimonio de los trabajadores, pasando a ser derechos adquiridos. En todo caso no debe entenderse que la cláusula tácita es invulnerable, ya que un nuevo acuerdo de las partes expreso o tácito, la puede dejar sin

<sup>41</sup> Infra p.60

<sup>42</sup> Infra p.58

<sup>43</sup> Infra p.61



---

efecto, además de las otras causas legales, como lo sería por ejemplo si la cláusula tácita signifique vulnerar algún derecho laboral que tenga el carácter de irrenunciable, o que este en contravención a la Ley, las Buenas Costumbres o el Orden Público.

**Además, del análisis de los diferentes dictámenes de la Dirección del Trabajo, notamos que las conductas que pueden llegar a constituir una cláusula tácita son muy disímiles puede tratarse de cualquier práctica o beneficio y por lo tanto el campo de aplicación de esta materia es muy amplio así la relación laboral está en constante evolución y perfeccionamiento a fin de llegar a una equivalencia en la posición de ambas partes que quizás no sea tan imposible como lo habíamos pensado hasta ahora, en virtud del arduo trabajo que han realizado los legisladores laborales y más aun los órganos administrativos en cargados de velar por el respeto a las leyes laborales en especial la Dirección del Trabajo cuya misión mas importante es aplicar la ley laboral siempre teniendo como norte la defensa del trabajador impidiendo las arbitrariedades de la parte mas fuerte, el empleador.**

**Otra conclusión a que nos lleva este trabajo es que los Tribunales de Justicia aun están muy reticentes a aplicar esta teoría puesto que no existe una regulación orgánica y uniforme al respecto, además de ser muy difícil a la parte beneficiaria, probar la existencia de una cláusula tácita puesto que por la naturaleza de la misma, no consta por lo general en ningún documento o antecedente escrito, sólo es posible recurrir a la prueba testimonial con los inconvenientes que esta acarrea.**

**Este trabajo nos ha llevado ha posiciones divergentes en orden a establecer la utilidad de contar con una nueva regulación que señale detalladamente los requisitos para configurar la existencia de una cláusula tácita y evitar dejar al arbitrio de la Dirección del Trabajo y de los Tribunales de Justicia esta tarea, puesto que si permanecemos como hasta ahora sin esta regulación orgánica, la labor de la dirección es cada vez mas difícil por la disimilitud de las conductas que pueden llegar a constituir una cláusula tácita, sin embargo, esto perjudicaría el carácter consensual del contrato de trabajo obligando a ambas partes a escriturar todo complemento o modificación que sufra dicho contrato, lo que en la práctica no se realizaría lo que nos llevaría a tener muchos contratos no acordes con la realidad de la relación laboral.**

**Es necesario una tarea de información respecto de la posibilidad que tienen ambas partes de complementar y modificar el contrato individual de trabajo a través de cláusulas tácitas, que pasan a ser parte integrante del contrato individual de trabajo sin necesidad de escrituración, esto debido a que tanto empleador como trabajador pueden pensar que dichas cláusulas sólo son temporales y aun siendo reiteradas en el tiempo no integrarían la relación laboral por lo que pueden dejarlas sin efecto unilateralmente lo que no es posible, si las partes conocieran de antemano los efectos de esta cláusulas al establecerlas sabrían a que atenerse y se evitarían los conflictos posteriores a su otorgamiento en orden a desconocerlas la mayoría de las veces por el empleador.**



## 11.-BIBLIOGRAFIA

BOLETIN OFICIAL DE LA DIRECCION DEL TRABAJO. Santiago Dirección del Trabajo.

DICTAMENES DE LA DIRECCION DEL TRABAJO

DUCCI, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. 3° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

*Interpretación Jurídica. En general y en la dogmática chilena*, 3° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

FALLOS DEL MES. Santiago, Ediciones Fallos del Mes Limitada.

FARIAS OLGUIN, Cecilia. *Facultad de la Dirección del Trabajo para ejercer sus facultades de fiscalizar. Existencia de Cláusulas Tácitas*. Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, Agosto 2000.

GAMONAL, Sergio. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998.

HUMERES MAGNAM, Hector y HUMERES NOGER, Hector. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 15° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

LIZAMA, Luis. *Teoría de la aplicación del Derecho*. Santiago, Facultad de Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Andrés Bello, 1994.

*La Interpretación Administrativa de la legislación Labora*. Revista Laboral Chilena: VIII (8), 1998.

- La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena.* Memoria para optar al grado de Magister en Derecho. Director de tesis. Pablo Ruiz-Tagle Vial. Santiago, Universidad de Chile, 1998.
- LIZAMA, Luis y UGARTE José Luis, *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Editorial Jurídica Conosur.
- MANUAL DE CONSULTAS LABORALES Y PREVISIONALES. Santiago. Ediciones Técnicas Laborales Ltda.
- MELLIS VALENCIA, Cristian, *Cláusulas tácitas*, Boletín oficial de la Dirección del Trabajo, Agosto 1997.
- NOVOA, Patricio. *Algunas consideraciones sobre interpretación de las leyes laborales.* Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo. 1997.
- PLA RODRIGUEZ, Americo. *Los Principios del Derecho del Trabajo.* 2° edición. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1990.
- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Centro de Extensión Jurídica Ltda.
- ROJAS, Juan Manuel. *Código del Trabajo.* 2° edición. Santiago, Editorial Boletín Laboral, Ediciones Ltda., 1997.
- SAEZ CARLIER, Felipe, *La flexibilización del tiempo de trabajo.* Boletín oficial de la Dirección del Trabajo, Septiembre 1997.
- SOTO CALDERON, Juan Carlos. *Teoría del Derecho del Trabajo*, Separata, Central de Apuntes Universidad de Chile.
- THAYER, William. *Introducción al Derecho del Trabajo.* 2° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984.
- THAYER, William y NOVOA, Patricio. *Manual del derecho del trabajo. Derecho individual del Trabajo.* 2° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- URIBE, Enrique. *Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo.* Revista Laboral Chilena. VI (6) Santiago. 1995.
- WALKER ERRAZURIZ, Francisco. *La Flexibilidad Laboral y los Principios Orientadores del Derecho del Trabajo, teniendo en cuenta, en forma particular, algunos aspectos de la legislación chilena.* En: Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelatta. Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1997.