

A: Cientes de Aninat, Schwencke & Cía.

De: Francisca Vial
Rodrigo Ugarte
Aninat Schwencke & Cía.

Ref: Memorándum sobre proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en materia de contrato por obra o faena.

Fecha: 14 de noviembre de 2018

Por medio de la presente hacemos llegar a Ud., memorándum que tiene por objeto informar a los empleadores acerca de las consecuencias legales y económicas que conllevará el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en materia de contrato por obra y faena correspondiente al boletín N° 7.691-13 (el "Proyecto") y que entrará a regir el 1° de enero de 2019 en nuestro país.

El Proyecto supone relevantes cambios en las relaciones laborales para los empleadores que suscriben contratos por obra o faena, toda vez que conlleva un aumento en los costos de contratación de trabajadores, un eventual aumento en la sindicalización y una ampliación en la cobertura de trabajadores facultados para negociar colectivamente.

I. Antecedentes del Proyecto.

En la actual legislación, el contrato por obra o faena no está definido ni tratado sistemáticamente por nuestro Código del Trabajo, ya que su regulación se encuentra en consideración a las causales legales de despido, por lo cual, hasta el día de hoy, su contenido y alcance ha sido construida por la interpretación de la Dirección del Trabajo.

El día 02 de junio de 2011, un grupo de Diputados presentó una moción legislativa cuyo único artículo, establecía:

"Se presumirá legalmente que el plazo del contrato es indefinido cuando el trabajador ha prestado servicios en tres o más obras o faenas específicas, para un mismo empleador, mediando entre cada prestación de servicios un lapso no superior a 60 días."

Luego de más de siete años, en virtud de una sequía legislativa y de la falta de iniciativa del Poder Ejecutivo de nuestro país para proponer nuevos proyectos de leyes, el presente

Proyecto fue reactivado con importantes modificaciones en lo que respecta a su versión original.

Cabe señalar que nuestros congresistas han considerado que la contratación por obra o faena es esencialmente precaria pues deja en la total desprotección al trabajador, razón por la cual, el objetivo del Proyecto es que dicha modalidad de contratación constituya una excepción en el mundo laboral.

De esta forma, el Proyecto, concluyó su tercer trámite constitucional el día 07 de noviembre de 2018, estando pronto a promulgarse y a entrar en vigencia a partir del 1° de enero de 2019.

II. Contenido del Proyecto.

El Proyecto consagra el contrato por obra o faena como una metodología propia de contratación, diferente al contrato a plazo fijo, en cuatro aspectos diferentes:

- Establece una definición del contrato por obra o faena.
- Establece ciertas presunciones en virtud de la cual un contrato por obra o faena se entiende, por el sólo ministerio de la ley, como un contrato indefinido.
- Otorga una nueva función cuasi jurisdiccional a la Inspección del Trabajo en virtud de lo cual puede determinar si un contrato por obra o faena tiene el carácter permanente y con ello, su naturaleza indefinida.
- Establece nuevos derechos indemnizatorio a este tipo de contratos, así como también impone nuevas obligaciones al empleador en la carta de término de contrato.

A continuación, se expondrá pormenorizadamente los aspectos señalados del Proyecto.

III. Definición del contrato por obra o faena.

El Proyecto introduce el nuevo artículo 10 bis del Código del Trabajo que, en su inciso 2°, define el contrato por obra o faena en los siguientes términos:

“El contrato por obra o faena es aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y en su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella. [...]”

La definición precitada constituye un expreso reconocimiento legal a la definición doctrinaria de la Dirección del Trabajo consagrada, entre otros, en el Ordinario 2389/100 de 08.06.2004 e implica que la obra o faena por la cual se contrate al trabajador, tenga por principales

características su plazo determinable y la naturaleza transitoria de la obra o faena, es decir, que se baste a sí misma.

IV. Presunción y nueva función cuasi jurisdiccional de la Inspección del Trabajo.

El nuevo artículo 10 bis del Proyecto contempla una presunción que, sin lugar a dudas, implicará un cambio en la contratación de trabajadores por obra o faena de nuestro país.

Al respecto, el Proyecto señala:

“Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por si solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido”.

Antes de la aprobación del Proyecto, esta nueva presunción estaba recogida por la doctrina histórica de la Dirección del Trabajo, sin embargo, dado que dicha repartición no tenía la potestad para calificar jurídicamente que un contrato suscrito formalmente bajo la modalidad de obra o faena era, en la realidad, indefinido, tal potestad estaba radicada exclusiva y excluyentemente en los tribunales de justicia.

A partir de la entrada en vigencia del Proyecto, esta presunción estará consagrada en la nueva ley.

Por otra parte, el nuevo artículo 10 bis inciso 3° que incorpora al Código del Trabajo el Proyecto establece:

“No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia en caso de controversia.”

Cabe advertir que el Proyecto otorga una nueva función cuasi -jurisdiccional a la Inspección del Trabajo respectiva, a partir de la cual estará facultada para determinar la verdadera naturaleza de un contrato, es decir, una vez que entre en vigencia el Proyecto como ley de la República los fiscalizadores de las distintas Inspecciones del Trabajo podrán determinar, tal como si se tratara de un tribunal, que un contrato por obra o faena tiene en realidad el carácter de indefinido si la realización de las labores o servicios convenidos son de carácter permanente por no cesar conforme a su naturaleza.

Por lo anterior, en virtud de una fiscalización, la Inspección del Trabajo competente podrá calificar la naturaleza jurídica de los contratos de los trabajadores contratados por obra o faena, estableciendo su naturaleza indefinida, lo cual implica:

- Que en dicho momento, nacerá el derecho por el trabajador de recibir indemnización por años de servicios.
- El trabajador podría hacer uso del derecho al feriado anual.
- Dependiendo del alcance de esta facultad en relación con el número de trabajadores, se podrían formar sindicatos de empresas.
- El trabajador con contrato indefinido, podría negociar colectivamente de forma reglada y con derecho a huelga, por intermedio de un sindicato de empresa.

Lo anterior constituye una novedad legislativa cuyos efectos son relevantes.

En primer lugar, cabe advertir que resulta dudoso si la decisión del fiscalizador respecto de la calidad indefinida del contrato que formalmente fue suscrito bajo la modalidad por obra o faena sería susceptible de reconsideración ante la misma Inspección del Trabajo o si, por el contrario, la vía con que contaría el empleador para enervar la decisión administrativa correspondería a una acción judicial ante el tribunal competente en lo laboral deducida en contra de Inspección involucrada.

De este modo, el Proyecto otorgó facultades interpretativas y cuasi jurisdiccionales a un organismo que es netamente fiscalizador de la ley. Es decir, el Inspector del Trabajo podrá calificar jurídicamente la naturaleza de los contratos de trabajo, imponiendo cargas y deberes a los empleadores que, hasta tal fecha, no fueron previstos.

Por último, cabe advertir que la Dirección del Trabajo, mediante sus órdenes de servicio e instrucciones internas, deberá establecer la forma mediante la cual los respectivos funcionarios pertenecientes a las Inspecciones del Trabajo realizarán esta nueva facultad legal, sin que exista hasta el momento claridad en la materia.

V. Indemnización especial para los contratos por obra o faena.

Una de las grandes novedades que incorpora el Proyecto, dice relación con una indemnización especial, diferente a la indemnización por años de servicio, que opera exclusivamente para los contratos por obra o faena, la cual está consagrada en un nuevo inciso tercero al artículo 163 del Código del Trabajo, que establece:

*“Si el contrato celebrado para una obra o faena determinada hubiere estado vigente por un mes o más, el empleador podrá ponerle término en forma justificada en tanto pague al trabajador, en el momento de su terminación, una **indemnización equivalente a dos y medio días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días**, en la forma y modalidad señalada en el artículo 23 transitorio de este Código. Esta indemnización será calculada en conformidad a lo establecido en el artículo 172, y le será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N° 19.728. Sólo corresponderá el pago de la*

prestación antes señalada, si se pusiere término al contrato por la causal contemplada en el número 5 del artículo 159. El ejercicio del derecho establecido en este inciso por parte del trabajador es incompatible con las acciones derivadas de la aplicación del inciso primero del artículo 168, sin perjuicio de las acciones señaladas en el artículo 485 de este Código.”

Del artículo citado, se puede señalar lo siguiente:

- Se establece un derecho a indemnización especial para los contratos por obra o faena, el cual consiste en 2 (dos) días y medio de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días.

Por ejemplo, para el caso que un contrato por obra o faena tenga una duración de 7 (siete) meses y 18 (dieciocho) días, el trabajador tendría derecho a lo siguiente:

- 7 meses: 17,5 días de remuneración por indemnización especial.
 - 18 días: 2,5 días de remuneración por indemnización especial.
 - Total: 20 días de remuneración por indemnización especial.
- Cabe advertir que no existe certeza respecto del significado y alcance del nuevo vocablo legal de “día de remuneración”, es decir, que se deberá dirimir si la indemnización especial, dice relación con días corridos o días hábiles para los trabajadores.

En caso de ser esta última la interpretación correcta, no existe claridad respecto la fórmula en virtud de la cual ello se computa, es decir si contabiliza los días sábados como hábiles, etc. Estas interrogantes deberán ser resueltas por la Dirección del Trabajo mediante dictámenes interpretativos de la ley.

- La base de cálculo para dicha indemnización especial, es la establecida por el artículo 172 del Código del Trabajo para efectos de calcular la indemnización por años de servicios, por lo cual:
 - Comprende la remuneración íntegra del trabajador que incluye todos los haberes remuneraciones periódicos (sueldo base, gratificación que es pagada mensualmente, bonos mensuales, etc.)
 - Según la doctrina de la Dirección del Trabajo y la jurisprudencia unánime de nuestros tribunales superiores, la indemnización especial comprende los haberes no imponibles como lo son la asignación de colación y movilización.
 - Se podría descontar de la base de cálculo de la indemnización especial, únicamente la asignación familiar, los pagos por sobretiempo y los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año.

- El Trabajador no podrá impetrar una acción de despido injustificado, indebido o improcedente para el caso que recibiera la indemnización especial señalada, pudiendo únicamente optar por este beneficio o por demandar al empleador por dicho concepto.

Por otra parte, cabe señalar que el Proyecto impone una carga al empleador en lo relativo a la comunicación del término del contrato de trabajo, la cual deberá señalar el monto a pagar por concepto de la indemnización especial. Al respecto, el Proyecto señala lo siguiente:

“Igual indicación deberá contener la comunicación de la terminación del contrato celebrado para una obra o faena determinada, cuando corresponda el pago de indemnización por el tiempo servido, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 163.”

VI. Artículos transitorios. ¿Desde cuándo se aplica el Proyecto?

El Proyecto entrará a regir diferidamente en su contenido. Es así, que respecto a la indemnización especial, se establece una norma de aplicación diferida, en cambio, que para todo el resto de las materias que se regulan, entrará a regir a partir del 1° de enero de 2019.

Ahora bien, respecto de la indemnización especial, se deberán aplicar las siguientes reglas, según el artículo 23 transitorio que agrega el Proyecto:

Aplicación de la norma.	Indemnización especial.
<u>Primer periodo:</u> Contratos celebrados durante los primeros 18 meses de vigencia del Proyecto.	Los trabajadores tendrán derecho a una indemnización especial equivalente a 1 día de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a 15 días.
<u>Segundo periodo:</u> Contratos celebrados en el periodo comprendido entre el día 1° del mes 19 y el último día del mes 31 de vigencia del Proyecto.	Los trabajadores tendrán derecho a una indemnización especial equivalente a 1,5 días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a 15 días.
<u>Tercer periodo:</u> Contratos celebrados a partir del mes 32 de vigencia del Proyecto.	Los trabajadores tendrán derecho a una indemnización especial equivalente a 2,5 días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a 15 días.

Ahora bien, si un contrato por obra o faena hubiese durado dos periodos diferentes, entonces, aplicando lo dispuesto en la letra d) del artículo 23 del Proyecto, los trabajadores tendrán derecho al pago de la indemnización especial por los meses trabajados en cada uno de dichos periodos.

Por ejemplo, un trabajador fue contratado en el Segundo periodo en el cual trabajó 6 (seis) meses y se terminó su contrato en el Tercer periodo, en el cual trabajó 4 (cuatro) meses, tiene derecho a la siguiente indemnización:

- Por los 6 (seis) meses de Segundo periodo: 9 (nueve) días de remuneración por indemnización especial.
- Por los 4 (cuatro) meses de Tercer periodo: 10 (diez) días de remuneración por indemnización especial.
- Total: 19 (diecinueve) días de remuneración por indemnización especial.

VII. Conclusiones: Mayor costo de contratación de trabajadores, cambios en las relaciones laborales y sindicalización.

- i. El Proyecto conlleva cambios relevantes en los contratos por obra o faena, pues la primera consecuencia directa e inmediata para los empleadores será el mayor costo de contratación de trabajadores asociado a la indemnización especial por el término del contrato.
- ii. En conexión con lo anterior, es previsible un aumento de trabajadores prestando servicios en informalidad laboral en las micro y pequeñas empresas, que son aquellas que cuentan con mayores dificultades para absorber los aumentos de costos decretados por ley, lo cual conlleva riesgos en términos de accidentes de trabajo, judicialización y precarización para los trabajadores que no están dentro del sistema previsional y de seguridad social.
- iii. El objetivo del Proyecto es terminar con aquella práctica histórica en base a la cual se contratan trabajadores mediante contratos por obra o faena sucesivos a lo largo del tiempo, sin solución de continuidad, convirtiendo a esta modalidad de contratación en un contrato de excepción, fortaleciendo con ello las relaciones laborales de carácter indefinidas.

Para tal objetivo, el legislador laboral facultó a la Inspección del Trabajo para que determine si un contrato por obra o faena es de carácter indefinido, lo que conlleva una verdadera sentencia administrativa anticipada que otorgará derechos indemnizatorios a los trabajadores.

- iv. Debe advertirse posibles efectos indirectos del Proyecto, cuales son, el aumento en la tasa de sindicalización y la ampliación en la cobertura de trabajadores que podrán negociar colectivamente, con derecho a fuero y huelga, pues la presunción y/o la determinación de estar contratados indefinidamente previsiblemente impactará en la creación de nuevos sindicatos.
- v. Es posible presumir que el Proyecto aumentará la automatización de puestos de trabajo en las empresas, las que optarán por la inversión en nuevas tecnologías por sobre la contratación de trabajadores.

En vista a los efectos señalados en el presente Memorándum, es recomendable la revisión de la estrategia laboral para enfrentar el nuevo marco normativo próximo a entrar a regir.

Francisca Vial
Rodrigo Ugarte