



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos, Innovación y
Estudios Laborales
E:145962-144590 (1199)2021

308

ORDINARIO N°: _____

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA: Facultades de Administración y Dirección del Empleador. Empleador Extranjero. Servicios en Chile.

RESUMEN:

1.- La adopción por parte del empleador de una nueva modalidad de dirección empresarial, de organización del trabajo y, en general, toda reestructuración sustantiva en la forma de ejecución y control de los servicios que prestan los dependientes de la empresa, que se traduzca, por ejemplo, en un nuevo diseño interno de las jerarquías, en cambios en la manera de establecer instrucciones, evaluaciones, procedimientos, distribución de cargos y funciones o incluso en la decisión de internacionalizar su presencia, deviene improcedente si afecta a los trabajadores en sus derechos fundamentales, en sus derechos contenidos en los contratos individuales o colectivos, o si transgrede el orden público laboral.

2.- La implementación del Modelo Hispam, además de transgredir el cumplimiento de la normativa laboral vigente y el principio de bilateralidad, transgrede el principio de certeza, de especial relevancia en el caso que nos convoca, donde las modificaciones emanadas de la potestad de mando deben manifestarse, de tal manera, que generen confianza y no factores de incertidumbre que perjudiquen las relaciones laborales y la operatividad del contrato de trabajo y como este se despliega en la realidad fáctica.

3.- La falta de claridad de quien es la persona que dirige o quien en concreto detenta el mando y administración, la dispersión de esta facultad en diversos sujetos o la delegación de todo o parte de estos atributos en terceros desconocidos de la relación contractual es contraria a derecho.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 21.02.2023 de Jefe de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales (S);

- 2) Instrucciones de 13.12.2022 de Jefa de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales
- 3) Fiscalización N° 1312/2022/584, de 07.03.2022, de Inspección Comunal de Providencia;
- 4) Pase N° 15, de 11.02.2022, de Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal (S);
- 5) Presentación, de 06.10.2021, de Gladys Marina Fuentes Espinoza, en representación de Telefónica Chile Servicios Corporativos Ltda.;
- 6) Ord. N° 2213, de 10.09.2021, de Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales;
- 7) Ord. N° 1538, de 15.09.2021, de Directora Regional Metropolitana Oriente (S);
- 8) Solicitud de pronunciamiento de 01.09.2021, de Julio González Alarcón, Secretario Sindicato OITT.

SANTIAGO,

03 MAR 2023

**DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCALÍA (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: SR. JULIO GONZÁLEZ ALARCÓN
SECRETARIO SINDICATO OITT
Julio.gonzalez@telefonica.com**

Mediante presentación del antecedente 8), solicita un pronunciamiento jurídico de este Servicio, que aclare la validez de la nueva estructura organizacional latinoamericana implementada por su empleador, que afecta a los trabajadores generando incertidumbre al recibir instrucciones periódicas de jefaturas que se encuentran en el extranjero y que no tendrían un vínculo laboral vigente con su empleador.

Indica que, Telefónica Chile está ejecutando una nueva estructura organizacional latinoamericana denominada "HISPAM" que afectaría directamente a sus trabajadores domiciliados en Chile, en distintos ámbitos del orden práctico laboral. De suerte que, esta nueva estructura establecería relaciones laborales desarrolladas en forma periódica y permanente por dependientes que se encuentran en Chile, pero que deben reportar sus labores a trabajadores que ostentan el cargo de jefaturas funcionales localizadas geográficamente fuera del país y que no tendrían vínculo contractual con Telefónica Chile sino que con otras empresas del grupo Telefónica.

Expone que en marzo del año 2021 la administración les informó sobre el inicio de un proceso de cambio de estructura organizacional multi país que afectaría a todas las empresas del grupo Telefónica en Latinoamérica. A causa de la incertidumbre que la noticia provocó, en abril y agosto del año 2021, los Sindicatos solicitaron reuniones informativas a su empleador, oportunidad en que la administración de la empresa presentó la nueva estructura laboral donde el trabajador en Chile tendría 2 jefaturas directas, una administrativa ubicada en el país y otra funcional domiciliada fuera del territorio Nacional.

Finalmente agrega, que se crearon diversas áreas de trabajo compuestas por trabajadores de diferentes empresas del grupo Telefónica y que los trabajadores en Chile deben integrar y realizar los trabajos o proyectos requeridos en forma transversal.

Al respecto, con el objeto de dar cumplimiento al principio de contradictoriedad de los interesados se confirió traslado al empleador, quien contestó mediante presentación del ANT. 3).

En su respuesta, Telefónica Chile, sostiene que no se ha alterado la situación laboral ni organizacional, que el modelo HISPAM, consiste en un modelo de prestación de ciertos servicios desde Telefónica Chile hacia otras compañías de Latinoamérica en que Telefónica Chile tiene participación societaria, y a la vez, recibe servicios de esas otras compañías.

Señala, que se trata de una decisión empresarial lícita, en que los servicios que se prestan o reciben persiguen la especialización. De ese modo, Telefónica Chile, presta los servicios en que tiene un alto conocimiento y especialización, y en cambio, encomienda a otras empresas los servicios en que no tiene esa ventaja competitiva. Explica, que los servicios prestados por Telefónica Chile, se desarrollan por la respectiva empresa con sus propios trabajadores. Es decir, el empleador respectivo continúa impartiendo exclusivamente órdenes e instrucciones a sus trabajadores.

Agrega que, en conformidad al artículo 507 inciso 1° del Código del Trabajo, esta Dirección del Trabajo, sería incompetente para pronunciarse respecto de materias cuyo conocimiento exclusivo le corresponde a los Tribunales de Justicia.

Finaliza reiterando que el proyecto denominado HISPAM es simplemente un modelo de prestación de servicios específicos de Telefónica Chile hacia otras compañías de Latinoamérica en que Telefónica tiene participación y, a la vez, recibe ciertos servicios de esas otras compañías.

Al respecto, en primer lugar, corresponde aclarar que en conformidad al inciso 1° del artículo 505 del Código del Trabajo, que prescribe lo siguiente:

"La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen".

Por su parte, el artículo 503 del Código del Trabajo, dispone, en lo que interesa, que, *"las sanciones por infracciones a la legislación laboral y de seguridad social y a sus reglamentos, se aplicarán administrativamente por los respectivos inspectores del trabajo o por los funcionarios que se determinen en el reglamento correspondiente. Dichos funcionarios actuarán como ministros de fe".*

A su turno, el artículo 1° literal a) del D.F.L. N°2, de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, dispone que a la Dirección del Trabajo le corresponde la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral, y el artículo 5° letra b) prescribe que al Director del Trabajo le corresponderá especialmente, fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros servicios u organismos fiscales, salvo que el caso esté sometido al pronunciamiento de los Tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento;

En ese sentido, la Dirección del Trabajo, en su jurisprudencia administrativa, contenida en Dictamen N°3780/150, de 04.07.1996 ha dejado establecido que las atribuciones de que está investida la Dirección del Trabajo son de orden público y, en consecuencia, tienen el carácter de inagotables e imprescriptibles. No obstante, los derechos y obligaciones en que inciden las potestades fiscalizadoras del Servicio se encuentran afectos a las normas generales y especiales, admitiendo su impugnación en los Tribunales de Justicia, a través de los recursos que concede la ley.

De esta manera, en virtud del principio de inexcusabilidad del artículo 14 de la ley 19.880, no es posible que, habiendo sido requerida la autoridad laboral, desatienda dicha facultad legal, estando obligada a dictar resolución expresa y pronunciarse respecto de los puntos que fueron sometidos a su conocimiento, salvo que el asunto se encuentre sometido al conocimiento de los Tribunales de Justicia cuyo no es el caso.

Precisado lo anterior, cabe señalar que, con la finalidad de emitir fundadamente el pronunciamiento jurídico requerido, se solicitó un informe de fiscalización practicado por el funcionario Humberto Molina Cazenave, dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo de Providencia quien constató que la implementación del nuevo modelo HISPAM afectó directamente a los trabajadores dependientes, generándoles incertidumbre y angustia, tanto por la falta de definiciones en los procesos como por la falta de claridad en quienes integran la nueva forma de organización, ejercen la administración y entregan instrucciones funcionales, así como también quienes realizan las evaluaciones de desempeño y califican el cumplimiento de metas para el logro de los incentivos remuneraciones variables e incluso la continuidad en la empresa.

En su informe el fiscalizador actuante constata en varios casos cambio en las funciones habituales a otras diferentes sin comunicación previa y sin respuesta a las consultas efectuadas por el trabajador; reporte y comunicación a nuevas jefaturas funcionales localizadas fuera de Chile; participación en grupos de trabajo conformados por personal localizado fuera del territorio nacional, lo que implicó mantener hasta la fecha de la fiscalización, coordinaciones a través de medios remotos fuera de la jornada laboral incluso los fines de semana.

Agrega que, la instalación del modelo de trabajo HISPAM conllevó inconvenientes que afectaron a los trabajadores en Chile, tanto por la disminución significativa de sus funciones, la falta de determinación de las jefaturas, dificultades de trato y problemas con los horarios de trabajo por las diferencias horarias entre las distintas empresas a nivel hispanoamericano, sin respeto a los máximos de las jornadas laborales ni los tiempos de desconexión establecidos en la legislación laboral vigente.

Indica que, las evaluaciones de desempeño del periodo 2021, fueron realizadas, en algunos casos, por las jefaturas que se encontraban localizadas en el extranjero, sin embargo, a partir de marzo del presente año son realizadas por una especie de jefe administrativo local, ubicado en Chile. Se obtiene, además que, en algunas áreas se han establecido jefaturas intermedias con la finalidad de aislar a los escalones jerárquicos inferiores de las jefaturas que se encuentran en el extranjero, quienes de manera excluyente tendrían contacto con las jefaturas funcionales ubicadas en el extranjero.

Menciona que el nuevo modelo HISPAM habría sido implementado formalmente en julio del año 2021, y que la mayoría de los trabajadores entrevistados denuncia escasa información y falta de capacitación.

Advierte que en ningún instrumento laboral se consigna información referida al nuevo modelo HISPAM. En efecto, los contratos de trabajo y anexos de contratos revisados, no dan cuenta que Telefónica Chile haya actualizado las nuevas funciones que deben desarrollar los trabajadores, ni tampoco se obtiene que el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad materialice con claridad las nuevas dependencias funcionales y jerárquicas o precise definiciones de los procesos y modalidades de coordinación para la ejecución de las funciones, tampoco se advierte cláusula alguna que haga referencia a que el trabajador de Telefónica Chile deba cumplir o recibir órdenes de personal extranjero o integrar grupos de trabajo con personas ubicadas fuera del territorio nacional. Sin embargo,

existen una serie de otros documentos tales como, correos electrónicos, organigramas, reuniones virtuales y diversa documentación en la que se evidencia la interacción diaria de los trabajadores chilenos de Telefónica Chile con ejecutivos extranjeros avecindados en diversos países participantes del modelo HISPAM, tales como Argentina, Perú, Colombia, Venezuela, Ecuador, Uruguay y México.

Cabe advertir que el fiscalizador no advirtió documentalmente la figura de subcontratación de servicios entre las empresas participantes, contrariamente a lo mencionado por Telefónica en su respuesta del ANT. 3), en cuanto a que los servicios que se prestan por Telefónica Chile y que se reciben, según corresponda, son desarrollados por la respectiva empresa con sus propios trabajadores en régimen de subcontratación.

Precisado lo anterior, y respecto a su consulta, en cuanto a la validez de la nueva estructura organizacional latinoamericana implementada por su empleador, resulta necesario precisar que las materias que somete a la consideración de esta Dirección inciden directamente en las facultades derivadas de la potestad de mando del empleador al interior de la empresa.

Sobre el particular, este Servicio, a través de su doctrina administrativa ha señalado que, "(...) la legislación laboral reconoce al empleador el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro de su proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador." (Ordinario N° 860 de 08.02.2016.)

Por su parte, el Dictamen N°2228/38 de 22.04.2016, precisa: " que esta Dirección, ha sostenido en forma reiterada y uniforme, mediante dictámenes N°s 626/13, de 21.01.91 y 3441/138, de 19.06.96, entre otros, 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 vistas a que su éxito sirva a los inversionistas, trabajadores y a la comunidad".

Con todo, el artículo 5° del Código del Trabajo dispone en su inciso primero:

"El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos."

Al respecto, el Dictamen N° 2856/162 de 30.08.2002 dice que, "Como lo afirma y ha desarrollado la jurisprudencia de este Servicio, este poder de dirección del empleador que emana del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, tiene como límite infranqueable los derechos fundamentales de que son titulares trabajadores y trabajadoras, quienes confirman y reafirman su condición ciudadana tanto fuera como al interior de la empresa.

En efecto, si bien hoy cabe necesariamente reconocer, por un lado, la vigencia de las potestades empresariales – tradicionalmente sintetizadas en el poder de mando y administración, y por otro los fines económicos y sociales que le corresponde desarrollar a la empresa, siendo esperable y necesario, dado los tiempos que corren, que la entidad empresarial se modernice, adoptando para ello nuevos modelos organizacionales, nuevas

estructuras de trabajo, incluso, optar por internacionalizar su presencia. No es menos cierto que dichas decisiones, al impactar en la base laboral, deben, al momento de la contratación de trabajadores, ajustarse al ordenamiento jurídico vigente, pero, además, respecto de sus trabajadores de trayectoria, deberá no solo ajustarse a este, sino también respetar el contenido contractual, sea de fuente individual o colectiva, que rige la relación laboral de este personal con la empresa cuya modernización se ha dispuesto.

A su vez, no está de más recalcar que cuales sean las circunstancias en que se produzcan los cambios modernizadores que establezca el empleador, sea que se trate, de trabajadores nuevos o de trayectoria, sea que la reestructuración alcance al ámbito nacional o el internacional, las decisiones y medidas laborales siempre tendrán como límite infranqueable el conjunto de derechos fundamentales de que es titular el trabajador individual o colectivamente.

En ese entendido, la adopción por parte del empleador de una nueva modalidad de dirección empresarial, de organización del trabajo y, en general, toda reestructuración sustantiva en la forma de ejecución y control de los servicios que prestan los dependientes de la empresa, que se traduzca, por ejemplo, en un nuevo diseño interno de las jerarquías, en cambios en la manera de establecer instrucciones, evaluaciones, procedimientos, distribución de cargos y funciones o en la decisión de internacionalizar su presencia, deviene improcedente si afecta a los trabajadores en sus derechos fundamentales, en los derechos contenidos en sus contratos individuales o colectivos, o si transgrede el orden público laboral.

Al respecto, la Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada por los gobiernos, trabajadores y empleadores en el año 2008, y actualizada el recién pasado año 2022, que tiene por finalidad responder de manera eficaz a los retos cada vez mayores que plantea la globalización y, reflejar un entorno de trabajo seguro y saludable, en el marco de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y la promoción del trabajo decente¹, reconoce y declara que, en el contexto de los cambios acelerados, la importancia de respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no solo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos.

En ese orden, la unilateralidad en materia de modificación contractual laboral pugna con la consensualidad del contrato de trabajo, de modo que el empleador solo de forma muy excepcional puede modificar unilateralmente el contrato de trabajo, en las situaciones previstas en el artículo 12 del Código del Trabajo, circunstancias que, en todo caso, el trabajador afectado puede impugnar administrativa y judicialmente.

En el mismo sentido, respecto de los reponedores, el Ordinario N° 2703/0042 de 19.05.2016 señaló "Lo expuesto conduce a concluir que las atribuciones del empleador, si bien abarcan todo cuanto signifique organizar de mejor y más conveniente manera los medios productivos de su empresa, no se pueden ejercer unilateralmente al punto de

¹ El Objetivo 8 de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas promueve el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo productivo y el Trabajo Decente. El Trabajo Decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral, significando la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. Juan Somavía. Director General de la OIT desde 1999 hasta 2012.

alcanzar aquellos ámbitos de la relación laboral que sólo es posible determinar o alterar mediante el acuerdo mutuo de las partes, cuyo es lo que ocurriría en la situación que nos convoca, desde que se ha resuelto, por la sola decisión del empleador, modificar las funciones convenidas originalmente en el contrato de trabajo de los reponedores.

Al respecto, valga aclarar que las funciones a que se obliga el trabajador en virtud del contrato se entenderán alteradas no sólo por el cambio radical en su naturaleza o sustancia, donde la función simplemente deja de ser lo que era para convertirse en otra, como si el trabajador, de reponedor, pasara a ser vendedor; sino también por el cambio cuantitativo de la función, particularmente cuando ocurre más allá de los límites razonables, como si el trabajador en lugar de reponer 10 productos se viera obligado a reponer 10 más."

Entonces, no obstante, el empleador, como ya se ha dicho, tiene la libertad de establecer nuevas modalidades de trabajo o establecer una nueva manera de producir o explorar nuevas formas organizativas de prestación de los servicios, en general, ello no lo autoriza a alterar o modificar la relación laboral de manera unilateral e incumplir la normativa laboral vigente.

Este Servicio ha sido categórico en este punto, sosteniendo que, el *ius variandi* consiste en la facultad que tiene el empleador, derivada de su potestad o poder de dirección, para alterar unilateralmente los límites de la prestación de trabajo, agregando que es una atribución que rompe la consensualidad del contrato de trabajo, al permitir al empleador, modificar bajo las modalidades previstas por el legislador, las condiciones acordadas por ambos contratantes. La misma jurisprudencia administrativa también ha aclarado que esta potestad patronal no puede en caso alguno dejar de ser una legítima manifestación de la facultad de mando del empleador, puesto que de ser así pasaría a ser un abuso del derecho, en cuyo caso al trabajador le asistiría el derecho a oponerse a tales exigencias, lo que se denomina en doctrina el "*ius resistendae*". (Ver, entre otros, dictámenes N°s 3351/0185 de 9.06.1997; 2703/42 de 19.05.2016 y Ord 5612 de 4.12.2019).

En ese orden, se debe considerar lo dispuesto en el N°3 del artículo 10 del Código del Trabajo, que dispone:

*"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:
3.- determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias;"*

Por su parte, el inciso 3° del artículo 5° del citado cuerpo legal, establece:

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

A su turno, el inciso 1° del artículo 11 del mismo cuerpo legal, prescribe:

"Las modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo."

De dichas normas se desprende que el consentimiento es un elemento de la esencia del contrato de trabajo, pues tanto su perfeccionamiento como sus modificaciones requieren del acuerdo de voluntades, no siendo procedente, por tanto, la modificación unilateral de las estipulaciones contractuales, sean éstas expresas o tácitas.

De ese modo, si el empleador desea alterar unilateralmente la naturaleza de los servicios, debe tratarse de labores similares a las convenidas y que no importen un menoscabo para el trabajador, entendiendo por tal todo hecho o circunstancia que

determine una disminución del nivel socio-económico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de los turnos, etc.

Del informe de fiscalización se obtiene que, existieron cambios en las funciones habituales y convenidas por otras diferentes sin comunicación previa, sin respuesta a las consultas efectuadas por el trabajador y sin que se haya suscrito el correspondiente anexo de contrato respectivo que dé cuenta de dichas modificaciones. Además, el fiscalizador actuante, verificó cambio de jefaturas funcionales, modificación de las funciones al establecer la integración y coordinación con grupos de trabajo conformados por personal localizado fuera de Chile, lo que implicaba la entrega de reportes y respuestas a solicitudes fuera de la jornada habitual establecida en el contrato de trabajo, incluso durante los fines de semana, excediendo con creces el límite de la jornada diaria y semanal establecida por la legislación laboral vigente.

A mayor abundamiento, la doctrina de esta Dirección señala que, solo resulta procedente modificar un acto jurídico bilateral -carácter que reviste el contrato de trabajo- por el mutuo consentimiento de las partes contratantes. Ello en virtud de lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil. (Ver entre otros, Dictamen 963/42 de 06.02.2006; Ord. 1126 de 27.03.2019 y Ord. 3130 de 09.06.2016).

Entonces, el carácter consensual del contrato de trabajo, a que se ha hecho referencia, determina que toda modificación que se pretenda introducir deberá ser acordada entre las partes. Así mismo, toda nueva modalidad producto de políticas de reestructuración de personal o nuevos modelos organizativos, cualquiera que sean y que aplique la empresa en ejercicio de su facultad de organización y administración, deben sujetarse a las normas laborales, previsionales y de seguridad social.

Es evidente que, si los nuevos modelos o políticas de reestructuración u organizativas alteran el contenido de los contratos de trabajo, para que sean válidas deben adoptarse las respectivas adecuaciones en conformidad a la legislación vigente, tanto en los contratos respectivos como en los instrumentos laborales que exige el legislador.

Entonces si, por ejemplo, estos nuevos modelos acarrearán abrazar nuevas funciones, cambios en la jornada de trabajo, por los distintos tipos horarios de los países participantes del nuevo modelo HISPAN, donde el trabajador en Chile debe interactuar implicará modificar de común acuerdo el contrato de trabajo, tanto en la naturaleza de los servicios, estableciendo detalladamente como se deben ejecutar y modificar el régimen de jornada laboral.

Del mismo modo, si la nueva modalidad de trabajo conlleva el ejercicio de formas de trabajo preminentemente telemáticas, corresponderá además, realizar las capacitaciones del caso, incluso entregar los implementos que corresponden, porque es el empleador quien está encargado de proveer los insumos, ya sean capacitaciones o materiales, es decir, todo cuanto sea necesario, al ser el empleador quien está mudando la forma de trabajo a un nuevo modelo de producción, y el trabajador no puede ser obligado a utilizar los elementos de su propiedad para la ejecución de esas labores.

En ese orden, es dable destacar que una de las características esenciales del contrato de trabajo es la ajenidad, lo que ha sido recogido por la doctrina de este Servicio en Dictámenes N°s 8177/331, de 18.12.1995; 1419/68 de 16.04.2001 y Ordinario N° 2894 de 25.06.2018, entre otros, que dice que la ajenidad se traduce en que los trabajadores son simplemente una de las partes del contrato de trabajo, que tienen derecho a su

remuneración y a la obligación correlativa de prestar servicios, en tanto que el empleador está obligado a pagar las respectivas remuneraciones y adoptar todas las medidas de resguardo y de protección que garanticen el normal desempeño de las funciones que a aquellos les corresponde desarrollar.

En el mismo sentido, dice el Dictamen N° 1389/7 de 08.04.2020, a propósito del trabajo a distancia o teletrabajo, que el responsable de adoptar las medidas que garanticen el normal desempeño de las funciones es el empleador, consecuentemente, de ello se extrae el deber de proporcionar al trabajador los equipos, herramientas y materiales para el trabajo a distancia o teletrabajo, lo que incluirá los elementos de protección personal, materia que ha reconocido el legislador en el artículo 152 quáter L) del Código del Trabajo.

Así mismo, si existen modificaciones y estos nuevos modelos implican cambios en las materias que deben ser reguladas a través del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad se deberán cumplir además lo establecido en los artículos 153 y siguientes del Código del Trabajo.

Al respecto, el inciso 1° del artículo 153 del Código del Trabajo establece lo siguiente:

“Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.”

En efecto, la doctrina uniforme y reiterada de este Servicio, en relación con la potestad disciplinaria y sancionadora del empleador, precisa que sólo se pueden traducir en medidas de sanción que contempla el Código del Trabajo y que se hayan establecido en el Reglamento Interno. (Entre otros, Dictámenes N°s 2084/104, de 17.04.87; 3659/180 de 2001; 5073/082 de 16.12.2014 y Ordinarios N°s 1598 de 3.06.2021; 1989 de 09.08.2021; 2602 de 15.07.2014 y 3674 de 10.08.2017) En ese orden, el Dictamen N° 2228/38, de 22.04.2016 señala que: “..., preciso es colegir que el único instrumento idóneo para consignar obligaciones y prohibiciones impuestas por el empleador a sus trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento, es el citado reglamento interno, el cual constituye precisamente una manifestación de sus facultades de mando y dirección”

Luego, si, además de todo lo anterior, las nuevas modalidades que se implementan conllevan establecer nuevos cargos, nuevas jefaturas intermedias que ejercen funciones de dirección y administración, nuevos procedimientos de control interno, nuevas políticas o procedimientos de evaluación de desempeño, corresponderá además de actualizar el Reglamento Interno de Orden e Higiene y Seguridad, establecer las representaciones correspondientes de acuerdo a la legislación vigente y tener presente las limitaciones que establece el orden público laboral.

Según se desprende del informe de fiscalización N° 1312/2022/584, las jefaturas localizadas en el extranjero dispuestas por el modelo HISPAM, tanto en Argentina, Colombia y España realizaron evaluaciones de desempeño durante el año 2021, sosteniendo reuniones vía telemáticas para ese efecto, con los trabajadores que debían ser evaluados, a modo de ejemplo, se obtiene que respecto de la línea de compras se realizaron reuniones de evaluación ante dos gerentes de líneas de servicios, que

desempeñaban ese rol en el año 2021, quienes debatieron sobre el desempeño del trabajador entrevistado.

Otra situación ilustrativa, se verificó en los casos de existir licencia médica, feriados y/o permisos, los cuales debían ser coordinados directamente con la jefatura del modelo HISPAM hasta marzo de 2022, momento en que se establece la figura del jefe administrativo local, ubicado en Chile, aparentemente con la finalidad de aislar a los escalones jerárquicos inferiores de las jefaturas funcionales ubicadas en el extranjero.

Cabe reiterar que, no se verifica ningún instrumento laboral que consigne información referida al nuevo modelo HISPAM, que precise las nuevas dependencias, las nuevas funciones, la definición de los nuevos procedimientos, que materialice con claridad las nuevas dependencias funcionales y jerárquicas o precise definiciones de los procesos y modalidades de coordinación para la ejecución de las funciones, tampoco se advierte cláusula alguna que haga referencia a que el trabajador de Telefónica Chile deba cumplir o recibir órdenes de personal extranjero o integrar grupos de trabajo con personas ubicadas fuera del territorio nacional fuera de su jornada laboral incluso los fines de semana.

De ese modo, la modalidad implementada además de transgredir el cumplimiento de la normativa laboral vigente y el principio de bilateralidad, transgrede el principio de certeza, de especial relevancia en el caso que nos convoca, donde las modificaciones emanadas de la potestad de mando deben manifestarse, de tal manera, que generen confianza y no factores de incertidumbre que perjudiquen las relaciones laborales y la operatividad del contrato de trabajo y como este se despliega en la realidad fáctica.

De ahí que, no solo debe existir claridad respecto de las funciones a realizar, sino que también cómo éstas se deben ejecutar y con qué medios, así como también, la certeza debe alcanzar a los sujetos dotados de la facultad para mandar, organizar, instruir, controlar y sancionar, y como contrapartida, la empleadora, debe conocer quién prestará los servicios personales, por lo tanto, las dispersiones de esas entidades básicas de la relación laboral, atentan contra la certidumbre que interesa al ordenamiento jurídico laboral que impere.

Por ejemplo, en el caso de la especie resulta contrario a esa certeza que los trabajadores hayan recibido instrucciones de sujetos que, tanto por su desconocida vinculación con la empresa como por su ubicación geográfica, en territorio extranjero, la empleadora nunca se encargó de aclarar cómo estos se vinculaban con la empresa y con los trabajadores afectados.

Es evidente, que la dispersión de instrucciones entregadas por diversos sujetos cuya vinculación con la empresa empleadora se desconoce, no puede sino conllevar a falta de certidumbre. A propósito, el Dictamen N° 1470/70, de 18.04.2001, dijo que "...una de las finalidades del artículo 10 del Código del Trabajo es imprimirle certeza y seguridad jurídica a la relación laboral, de tal suerte que el trabajador debe conocer cabalmente los términos básicos de su contratación, esto es, a lo menos, la persona de su empleador, lugar de desempeño, naturaleza de sus funciones, remuneración y jornada de trabajo".

En otras palabras, cual sea la organización o el sistema productivo que adopte la empresa en legítimo ejercicio de sus atribuciones debe existir claridad acerca de quiénes son los sujetos de la relación laboral. Que, así las cosas, la falta de claridad de quien es la persona que dirige o quien en concreto detenta el mando y administración, la dispersión de esta facultad en diversos sujetos o la delegación de todo o parte de estos atributos en terceros desconocidos de la relación contractual a juicio de esta autoridad resultaría contaría a derecho.

Finalmente, cabe advertir, que el Dictamen N° 4182/0203 de 12.11.2001, respecto de la forma como se debe vincular el empleador en el extranjero que celebra un contrato de trabajo con un chileno, a ejecutarse en Chile, establece respecto del concepto de empleador establecido en el artículo 3°, letra a) del Código del Trabajo, que: "(...), la disposición legal comentada no hace distinción alguna en cuanto a nacionalidad y domicilio del empleador, como parte del contrato de trabajo, de lo que deberá concluirse que podrá ser empleador cualquier persona natural o jurídica que utilice los servicios de una persona natural en virtud de un contrato de trabajo, aun cuando sea extranjera y se encuentre domiciliada fuera del país."

A continuación, la doctrina citada precisa que, para efectos de la fiscalización laboral y del cumplimiento de la normativa laboral y previsional, se deberá constituir un mandatario o representante en Chile con facultades suficientes para eventuales responsabilidades que el contrato acarree y ante las exigencias de la legislación laboral y de seguridad laboral.

Esta Dirección del Trabajo en Dictamen N°132/03 de 8.01.1996 citando al tratadista Guido Machiavello C., en su obra, "Derecho del Trabajo", Teoría Jurídica y Análisis de las actuales normas chilenas, Tomo I págs. 173 y 174, señaló: "La subordinación tiene lugar entre el empleador y su personal de trabajadores en general y establece vinculaciones jerárquicas orientadas al cumplimiento de un fin productivo mediante normas, operaciones organizadas y controles. La subordinación impone deberes a los trabajadores respecto de las facultades discrecionales del empleador. "Jurídicamente se manifiesta en obligaciones conexas y en un modo singular de cumplimiento de la obligación laboral que se extiende en el tiempo". El mismo autor agrega; "Para el empleador la subordinación es indispensable a fin de que su unidad de producción realmente " sea un ente con organización, y no un lugar en el que cada uno actúe autónomamente o haga lo que estime conveniente. Para él es una necesidad imperiosa que todos los trabajadores " y todos los factores sean combinados bajo su dirección centralizada y superior y por ello asume el riesgo del ejercicio".

La misma doctrina agrega que, " (..), de acuerdo a la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, el señalado vínculo de subordinación o dependencia se materializa a través de diversas manifestaciones concretas tales como la continuidad de los servicios prestados en el lugar de la faena, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo, la obligación de ceñirse a las órdenes e instrucciones dadas por el empleador, la supervigilancia en el desempeño de las funciones, la subordinación a controles de diversa índole, " la necesidad de rendir cuenta del trabajo realizado, etc. (Reiterada, entre otros por Dictámenes N°s 1977/172 de 17.05.2000, N°7169/357 de 24.11.1997 y Ordinario N° 1903 de 05.05.2017)

En el caso de los trabajadores de telefónica, la vinculación durante la implementación del Modelo Hispam, se dio principalmente con jefaturas ubicadas en el extranjero, sea en Colombia, España o Perú, las cuales debieron actuar representadas suscribiendo el respectivo mandato o documento de carácter civil como establece la doctrina vigente, no obstante al ejecutar funciones patronales en representación de Telefónica, se presumirá lo hicieron en representación del empleador en Chile, siendo irrelevante el lugar donde se hayan encontrado, en conformidad al inciso 1° del artículo 4° del Código del trabajo, a saber:

"Para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica."

No obstante, la presunción citada no altera en nada la transgresión de Telefónica Chile, al implementar el Modelo Hispam, la cual según se ha podido ver en el cuerpo del presente informe, se realizó sin sujeción a la normativa laboral vigente y el orden público laboral.

Ahora bien, ante la presencia de una globalización e internacionalización acelerada donde nos enfrentamos laboralmente a figuras que antes no se daban precisamente por el desarrollo tecnológico que rompe las fronteras físicas o materiales, estableciendo vinculaciones entre la empresa y la persona del trabajador, donde la presencia física del empleador o quien lo represente controlando o entregando instrucciones parece cada vez más difusa o difícil de determinar, pero que sin embargo, la obligación de asistencia al lugar de trabajo, el cumplimiento de horario, la subordinación a instrucciones, la continuidad en la prestación de los servicios, la existencia de fiscalización superior, el deber de informar la labor realizada, la exclusividad en los servicios, etc., se verifican igualmente, se hace necesario reiterar que, se torna contrario a derecho cuando so pretexto de internacionalizar la presencia empresarial, establecer un nuevo modelo de organización, o sistema productivo se transgrede la normativa laboral vigente y el orden público laboral.

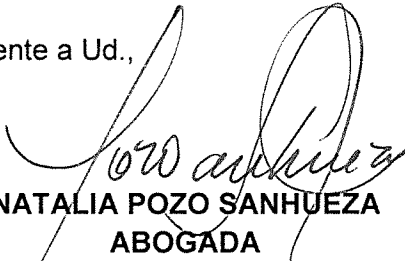
Por consiguiente, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia invocada y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1.- La adopción por parte del empleador de una nueva modalidad de dirección empresarial, de organización del trabajo y, en general, toda reestructuración sustantiva en la forma de ejecución y control de los servicios que prestan los dependientes de la empresa, que se traduzca, por ejemplo, en un nuevo diseño interno de las jerarquías, en cambios en la manera de establecer instrucciones, evaluaciones, procedimientos, distribución de cargos y funciones o incluso en la decisión de internacionalizar su presencia, deviene improcedente si afecta a los trabajadores en sus derechos fundamentales, en sus derechos contenidos en los contratos individuales o colectivos, o si transgrede el orden público laboral.

2.- La implementación del Modelo Hispam, además de transgredir el cumplimiento de la normativa laboral vigente y el principio de bilateralidad, transgrede el principio de certeza, de especial relevancia en el caso que nos convoca, donde las modificaciones emanadas de la potestad de mando deben manifestarse, de tal manera, que generen confianza y no factores de incertidumbre que perjudiquen las relaciones laborales y la operatividad del contrato de trabajo y como este se despliega en la realidad fáctica.

3.- La falta de claridad de quien es la persona que dirige o quien en concreto detenta el mando y administración, la dispersión de esta facultad en diversos sujetos o la delegación de todo o parte de estos atributos en terceros desconocidos de la relación contractual es contraria a derecho.

Saluda atentamente a Ud.,

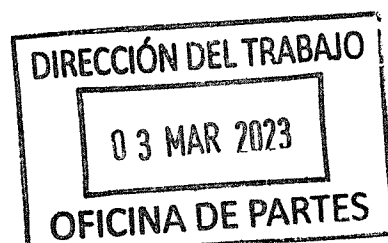

NATALIA POZO SANHUEZA
ABOGADA

JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




GMS/MECB
Distribución

- Jurídico
- Sindicato OITT- RSU 13.12.0533
- Sindicato SITP- RSU 13.01.0685



- Sindicato de Ingenieros- RSU 13.01.0727
- Sindicato Sintelfi- RSU 13.01.0815
- FENATEL – RSU 13.01.2604
- Sindicato Supervisores – RSU 13.01.615
- Sindicato Sintracei- RSU 13.01.1455
- Sindicato de Valparaíso- RSU 05.01.0100
- Partes
- Control