

CJ

Cuadernos
Jurídicos

Claudio Osses Silva

Cláusulas especiales
del contrato de trabajo

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com.

CLÁUSULAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

© Claudio Osses Silva

2023 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 160, oficina 404, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@derediciones.com

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° EN TRÁMITE

ISBN 978-956-405-155-0

Primera edición, junio de 2023 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 400 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

ÍNDICE

| | |
|---|------|
| ABREVIATURAS..... | IX |
| PRESENTACIÓN..... | XI |
| NOTA DE VIGENCIA | XIII |
| CAPÍTULO I: MARCO GENERAL | 1 |
| 1. LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO..... | 3 |
| 2. CONSENSUALIDAD Y ESCRITURACIÓN DEL CONTRATO..... | 6 |
| 3. LAS CLÁUSULAS | 10 |
| 4. CLÁUSULAS MÍNIMAS, PERMITIDAS Y PROHIBIDAS..... | 12 |
| 5. CLÁUSULAS PRESUNTAS O TÁCITAS | 18 |
| 6. MODIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS..... | 20 |
| 7. CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PARA EFECTOS DE ESTE ESTUDIO..... | 23 |
| CAPÍTULO II: CLÁUSULA DE POLIFUNCIONALIDAD..... | 25 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 27 |
| 2. DEFINICIÓN Y FUENTE LEGAL | 27 |
| 3. EL FUNDAMENTO DE LA POLIFUNCIONALIDAD | 28 |
| 4. ELEMENTOS DE VALIDEZ | 39 |
| 4.1. La naturaleza del servicio convenido | 39 |
| 4.2. Funciones específicas | 42 |
| 4.3. Funciones alternativas o complementarias | 47 |
| 4.4. ¿Escriuración? | 49 |

| | |
|---|----|
| 5. EL CARGO | 51 |
| 6. FORMA DE DAR CUMPLIMIENTO A LA CLÁUSULA DE POLIFUNCIONALIDAD | 56 |
| 7. LA IMPORTANCIA DEL REGLAMENTO INTERNO..... | 59 |
| 8. POLIFUNCIONALIDAD Y CONTRATOS ESPECIALES DE TRABAJO..... | 60 |
| 9. POLIFUNCIONALIDAD Y <i>IUS VARIANDI</i> | 68 |
| 10. POLIFUNCIONALIDAD Y REMUNERACIONES | 71 |
| 11. POLIFUNCIONALIDAD Y HUELGA | 72 |
| 12. POLIFUNCIONALIDAD EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS..... | 76 |
| 13. PALABRAS FINALES | 81 |

CAPÍTULO III: CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE LIMITACIÓN DE JORNADA..... 83

| | |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 85 |
| 2. LA JORNADA DE TRABAJO | 85 |
| 3. DEFINICIÓN, FUENTE LEGAL Y FUNDAMENTO..... | 98 |
| 4. ¿QUIÉNES ESTÁN EXCLUIDOS DE LA LIMITACIÓN DE JORNADA?..... | 101 |
| 5. ¿LA EXCLUSIÓN DE LIMITACIÓN DE JORNADA OPERA SIN NECESIDAD DE PACTO EXPRESO ENTRE LAS PARTES? | 109 |
| 6. FORMA DE REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA | 110 |
| 7. EXCLUSIÓN DE LIMITACIÓN HORARIA Y FALTA DE ESCRITURACIÓN DEL CONTRATO..... | 111 |
| 8. EL PROBLEMA DE FONDO: LOS TRABAJADORES SIN FISCALIZACIÓN SUPERIOR INMEDIATA..... | 112 |
| 8.1. La nueva regulación | 120 |
| 9. EFECTOS DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE LIMITACIÓN DE JORNADA | 121 |
| 10. POSIBILIDAD DE PACTAR LIMITACIÓN DE JORNADA RESPECTO DE TRABAJADORES EXCLUIDOS DE ELLA | 130 |
| 11. LA EXCLUSIÓN DE LIMITACIÓN DE JORNADA EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS..... | 131 |
| 12. REFLEXIONES FINALES..... | 139 |

CAPÍTULO IV: CLÁUSULA DE JORNADA BISEMANAL..... 141

| | |
|--|-----|
| 1. DEFINICIÓN, FUENTE LEGAL Y FUNDAMENTO..... | 143 |
| 2. REQUISITOS DE LA CLÁUSULA..... | 144 |
| 3. DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA, Y JORNADA EXTRAORDINARIA | 148 |

| | |
|---|------------|
| 4. REGLA SOBRE DESCANSO | 151 |
| 5. PROHIBICIÓN DE APLICAR EL ARTÍCULO 38 | 152 |
| CAPÍTULO V: CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA O DE NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES | 153 |
| 1. LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE TRABAJO | 155 |
| 2. DENOMINACIÓN, DEFINICIÓN Y FUENTE LEGAL | 160 |
| 3. EL PROBLEMA DE FONDO DE ESTA CLÁUSULA | 161 |
| 4. REQUISITOS DE LA CLÁUSULA | 168 |
| 4.1. Escrituración | 169 |
| 4.2. Negociaciones | 170 |
| 4.3. Dentro del giro del negocio | 178 |
| A) Supuesto de la unidad de empresa | 184 |
| B) El trabajador y el conocimiento del giro del negocio del empleador | 185 |
| 5. EFECTO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA | 187 |
| 5.1. Inexistencia de un daño o perjuicio | 187 |
| 5.2. El tenor de la cláusula | 188 |
| 6. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES, FALTA DE PROBIDAD E INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE EL CONTRATO | 189 |
| 6.1. Falta de probidad como conducta previa a las negociaciones incompatibles | 193 |
| 7. PROHIBICIONES MÁS ALLÁ DE LO PERMITIDO POR LA LEY | 194 |
| 8. CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA POSCONTRACTUAL | 195 |
| 9. LAS NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS | 200 |
| 10. SOLUCIONES DISTINTAS PARA UN MISMO PROBLEMA | 205 |
| CAPÍTULO VI: CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD | 207 |
| 1. LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO AL SECRETO | 209 |
| 1.1. Secreto, reserva y confidencialidad | 216 |
| 1.2. Libertad de información y derecho al secreto en el mundo del trabajo | 217 |
| 1.3. Formas de materializar la reserva o secreto | 219 |
| 2. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO NORMATIVO | 220 |
| 3. CONTENIDO DE LA CLÁUSULA | 225 |
| 4. ¿QUÉ NO PUEDE SER PROTEGIDO POR LA CLÁUSULA? | 227 |

| | |
|--|------------|
| 4.1. Cláusula de confidencialidad e información o discurso de carácter o interés laboral | 229 |
| 5. CONFIDENCIALIDAD Y TRABAJADORES DE EXCLUSIVA CONFIANZA | 231 |
| 6. ¿CUÁNDO SE TIENE POR INCUMPLIDA ESTA CLÁUSULA?..... | 236 |
| 7. ¿CÓMO SE PUEDE PROBAR LA DEVELACIÓN DEL SECRETO?..... | 245 |
| 8. EFECTOS DE LA VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA..... | 250 |
| 8.1. Cláusula de confidencialidad, falta de probidad y negociaciones incompatibles..... | 252 |
| 9. CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD POSCONTRACTUAL..... | 253 |
| 10. LA CONFIDENCIALIDAD EN OTRAS LEGISLACIONES | 257 |
| CAPÍTULO VII: CLÁUSULA SOBRE CAMBIO DE DOMICILIO O DE RESIDENCIA | 261 |
| 1. DEFINICIÓN, FUENTE NORMATIVA Y FUNDAMENTO | 263 |
| 2. EFECTOS DE LA CLÁUSULA..... | 264 |
| CAPÍTULO VIII: CLÁUSULA DE SUJECIÓN AL CONTENIDO ÉTICO-JURÍDICO..... | 267 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 269 |
| 2. LOS TRES CONTENIDOS TRADICIONALES DEL CONTRATO DE TRABAJO | 269 |
| 3. FUNDAMENTO DEL CONTENIDO ÉTICO-JURÍDICO DEL CONTRATO | 274 |
| 4. ¿QUÉ SE INCLUYE DENTRO DE ESTE CONTENIDO?..... | 279 |
| 4.1. Deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador..... | 280 |
| 4.2. Deber general de protección del empleador | 280 |
| 4.3. Deber de higiene y seguridad | 282 |
| 4.4. Deber de previsión..... | 282 |
| 4.5. Deber de ocupación efectiva y adecuada..... | 283 |
| 4.6. Deber de capacitación y educación | 284 |
| 4.7. Deber de diligencia y colaboración del trabajador | 285 |
| 4.8. Deber de fidelidad..... | 286 |
| 4.9. Deber de lealtad..... | 286 |
| 5. ¿EN QUÉ CONSISTE LA CLÁUSULA EN CUESTIÓN?..... | 287 |
| 6. CRÍTICA AL CONTENIDO ÉTICO-JURÍDICO DEL CONTRATO | 289 |
| 6.1. En cuanto a su fundamento..... | 289 |

| | |
|--|------------|
| 6.2. ¿Deberes éticos? | 291 |
| 6.3. Deber de diligencia y colaboración | 292 |
| 6.4. Los deberes de fidelidad y de lealtad | 294 |
| 6.5. Otros deberes | 299 |
| 6.6. Los derechos fundamentales de los trabajadores..... | 300 |
| 7. EL SUSTITUTO DEL CONTENIDO ÉTICO-JURÍDICO: LA BUENA FE..... | 303 |
| 7.1. La buena fe respecto del trabajador..... | 307 |
| 7.2. La buena fe respecto del empleador..... | 309 |
| 7.3. Observaciones..... | 310 |
| 8. EFECTO DE LA CLÁUSULA | 311 |
| 9. PALABRAS FINALES | 312 |
| CAPÍTULO IX: CLÁUSULA SOBRE GRATIFICACIONES | 315 |
| 1. DEFINICIÓN, NATURALEZA Y CLASIFICACIONES..... | 317 |
| 2. NECESIDAD DE ESTUDIAR A LA GRATIFICACIÓN LEGAL | 322 |
| 3. GRATIFICACIÓN LEGAL | 322 |
| 3.1. Base de cálculo y forma de determinar el monto de las gratificaciones legales..... | 329 |
| 4. GRATIFICACIÓN CONTRACTUAL..... | 334 |
| 4.1. Gratificación garantizada..... | 337 |
| 4.2. Gratificación condicional..... | 339 |
| 4.3. Los problemas de fondo de la gratificación contractual..... | 341 |
| 5. GRATIFICACIÓN VOLUNTARIA..... | 343 |
| 6. GRATIFICACIÓN PROPORCIONAL | 343 |
| 7. GRATIFICACIONES Y SUBSIDIO POR INCAPACIDAD LABORAL..... | 344 |
| 7.1. Gratificación como parte de la base de cálculo | 345 |
| 7.2. Pago de la gratificación cuando se percibe el subsidio..... | 345 |
| 8. GRATIFICACIÓN Y TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO | 346 |
| 9. PALABRAS FINALES | 347 |
| CAPÍTULO X: CLÁUSULA DE PERMANENCIA | 349 |
| 1. DEFINICIÓN, FUNDAMENTO Y REQUISITOS | 351 |
| 2. EFECTO DE LA CLÁUSULA | 353 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO XI: CLÁUSULA SOBRE CALIFICACIÓN DE INCUMPLIMIENTO GRAVE | 355 |
| 1. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO..... | 357 |
| 2. CRÍTICA A ESTA CLÁUSULA | 357 |
| CAPÍTULO XII: CLÁUSULAS SOBRE INDEMNIZACIONES POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO | 361 |
| 1. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO NORMATIVO..... | 363 |
| 2. INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO CONTRACTUAL..... | 363 |
| 3. CLÁUSULA SOBRE INDEMNIZACIÓN A TODO EVENTO O SUSTITUTIVA..... | 365 |
| 4. PACTO DE ANTICIPO DE INDEMNIZACIONES POR AÑOS DE SERVICIO | 368 |
| CAPÍTULO XIII: CLÁUSULAS ESPECIALES QUE DEBE CONTE- NER EL CONTRATO DE LOS TRABAJADORES MENORES DE 18 AÑOS | 373 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 375 |
| 2. EL TRABAJO INFANTIL EN EL DERECHO INTERNACIONAL | 376 |
| 3. REGLAS BÁSICAS DEL DERECHO CHILENO..... | 380 |
| 4. CLÁUSULA DE AUTORIZACIÓN | 381 |
| 4.1. Autorizaciones especiales..... | 385 |
| 4.2. Caso de la adolescente casada en sociedad conyugal..... | 387 |
| 5. CLÁUSULA DE TRABAJO NO PELIGROSO | 388 |
| 6. CLÁUSULA SOBRE ESCOLARIDAD | 394 |
| 7. CLÁUSULA SOBRE JORNADA DE TRABAJO..... | 395 |
| 8. INCUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS LEGALES Y CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO | 398 |
| 9. SANCIONES..... | 399 |
| 10. PALABRAS FINALES | 401 |
| CAPÍTULO XIV: CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS DE TRA- BAJO DE PERSONAS EXTRANJERAS | 403 |
| 1. CONSIDERACIONES BÁSICAS | 405 |
| 2. LA ANTIGUA REGULACIÓN..... | 407 |
| 3. LA NUEVA REGULACIÓN | 408 |

| | |
|--|-----|
| 3.1. Permiso para extranjeros que desarrollan actividades lícitas remuneradas | 410 |
| 3.2. Permiso para trabajadores de temporada | 412 |
| 4. SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS CON RESIDENCIA DEFINITIVA..... | 414 |
| 5. CLÁUSULA DE EXENCIÓN DE PAGO DE COTIZACIONES PREVISIONALES | 414 |
| 5.1. Eximición del pago de las remuneraciones en moneda de curso legal en el país..... | 417 |
| BIBLIOGRAFÍA | 419 |
| DOCTRINA | 419 |
| NORMATIVA CITADA..... | 426 |
| • Constitución, códigos, leyes, decretos con fuerza de ley y decretos leyes..... | 426 |
| • Decretos | 429 |
| • Tratados internacionales | 430 |
| • Compendio normativo | 430 |
| • Normativa extranjera | 430 |
| JURISPRUDENCIA CITADA | 431 |
| • Tribunales de justicia | 431 |
| • Dirección del Trabajo | 436 |
| • Superintendencia de Seguridad Social | 440 |