



UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social

EJERCICIO DEL IUS VARIANDI: APLICACIÓN, LÍMITES Y EFECTOS

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE**

AUTOR:

Karla Velásquez Guzmán

PROFESOR GUÍA:

Cecily Halpern Montecino

Santiago, Chile

2011

TABLA DE CONTENIDOS

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	
LA RELACIÓN LABORAL	10
1.1 Consideraciones previas	10
1.2 Deberes y derechos de las partes	10
1.2.1 Deberes del trabajador	11
1.2.1.1 Deber genérico de trabajar	11
1.2.2.2 Obligaciones específicas del trabajador	12
1.2.2.2.1 Deber de realizar el trabajo convenido	12
1.2.2.2.2 Deber de obediencia	12
1.2.2.2.3 Deber de diligencia	14
1.2.2.2.4 Deber de fidelidad	14
1.2.2 Derechos del trabajador	15
1.2.3 Derechos del empleador	15
1.2.3.1 Derecho a recibir la ejecución del trabajo	16
1.2.3.2 Titularidad de los frutos	16
1.2.3.3 Poderes jerárquicos del empleador	17
1.2.3.3.1 Poder o facultad de dirección	17
1.2.3.3.2 Facultad disciplinaria	21
1.2.3.3.3 Facultad reglamentaria	22
1.2.4 Deberes del empleador	23
1.2.4.1 Deber de pagar la remuneración	23
1.2.4.2 Deber de respeto a su trabajador	23
1.2.4.3 Deber de brindar seguridad y condiciones dignas de trabajo	24

1.2.4.4	Cumplimiento de los demás deberes legales	24
---------	---	----

CAPÍTULO II

EL IUS VARIANDI

25

2.1	Modificaciones al contrato de trabajo	25
2.1.1	Por cambio en la legislación vigente	26
2.1.2	Modificaciones de mutuo acuerdo	26
2.1.3	Modificación unilateral por el empleador	28
2.2	Clasificación de las modificaciones al contrato de trabajo	29
2.2.1	Según los elementos sobre los cuales recae la modificación	29
2.2.2	Según temporalidad, duración o extensión en el tiempo	30
2.2.3	Según su propósito	31
2.3	Naturaleza jurídica del Ius Variandi	31
2.4	Fundamento o justificación	36
2.5	Aproximación conceptual	41
2.6	Evolución legislativa	44

CAPÍTULO III

EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

46

3.1	Aplicación del Ius Variandi	46
3.1.1	Opinión doctrinaria	46
3.1.2	Casuística legal	52
3.1.2.1	Casos generales	52
3.1.2.1.1	Alteración de la naturaleza de los servicios	52
3.1.2.1.2	Alteración del lugar o recinto en que se prestan los servicios	55
3.1.2.1.3	Alteración de la distribución de la	

	jornada de trabajo	58
3.1.2.2	Casos particulares	60
3.1.2.2.1	Alteración de la jornada de los dependientes del comercio	60
3.1.2.2.2	Alteración de la jornada de los trabajadores portuarios	62
3.1.2.2.3	Alteración de la jornada por reparaciones impostergables	64
3.1.2.2.4	Alteración de las labores agrícolas por razones climáticas	66
3.2	Límites al ejercicio del Ius Variandi	68
3.2.1	Límites conceptuales o inherentes	70
3.2.2	Límites funcionales	78
3.2.2.1	Indemnidad	78
3.2.2.2	Razonabilidad	81
3.2.3	Límites institucionales	85
3.2.4	Límites normativos	88
3.2.4.1	Límites legales	88
3.2.4.1.1	Constitución Política de la República	77
3.2.4.1.2	Tratado Internacionales	91
3.2.4.1.3	Código del Trabajo	92
3.2.4.1.3.1	Artículo 2	92
3.2.4.1.3.2	Artículo 5	93
3.2.4.1.3.3	Artículo 12	95
3.2.4.1.3.4	Artículo 243 inciso 2o.	95
3.2.4.1.3.5	Artículo 154	96
3.2.4.1.3.6	Artículo 184	97
3.2.4.1.3.7	Artículo 493	97
3.2.4.2	Límites convencionales.	99
3.2.4.2.1	Contrato de trabajo.	99
3.2.4.2.2	Convenios colectivos.	101

CAPÍTULO IV

EFFECTOS DEL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

		102
4.1	Ejercicio regular	
4.2	Ejercicio irregular	102
4.2.1	El perjuicio como consecuencia de la aplicación del Ius Variandi	103
4.2.1.1	Daño patrimonial	103
4.2.1.2	Daño moral	105
4.2.2	Actitudes del trabajador afectado	107
4.2.2.1	Acatamiento de la alteración	109
4.2.2.2	El “ius resistendi”	110
4.2.2.3	Reclamo artículo 12 del Código del Trabajo	112
4.2.2.4	El autodespido	114
4.2.2.5	La acción de tutela	118
		122

CAPÍTULO V

EL IUS VARIANDI FRENTE AL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO.

		130
5.1	El dirigente sindical	130
5.2	El Derecho a Huelga	132
5.3	Propuesta	140

CONCLUSIONES

141

BIBLIOGRAFÍA	143
A. Recursos bibliográficos en material impreso	143
B. Recursos bibliográficos en línea, por orden de transcripción	146

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto analizar la institución del *Ius Variandi* desde una óptica integral, a fin de facilitar a los sujetos de la relación laboral su interpretación y aplicación.

INTRODUCCIÓN

En virtud del contrato de trabajo se crea una especial relación entre las partes contratantes, y como consecuencia de ello, el trabajador se encuentra a disposición del empleador en cuanto desarrolla su labor de conformidad a lo acordado por las mismas partes y lo establecido por la Ley; no obstante lo anterior, existe una facultad reservada al empleador para que éste, en cualquier momento del íter contractual, pueda variar la forma en que su co-contratante debe ejecutar su actividad, circunstancia excepcionalísima en nuestro ordenamiento positivo, considerando además que el Derecho del Trabajo, como norma reguladora de la relación laboral y protectora del trabajador, ha venido en establecer ciertos derechos como mínimos legales a fin de propiciar una igualdad material entre los intervinientes.

Entendiendo, entonces, al *lus Variandi* como una situación especialmente particular, advertimos en este estudio la necesidad de conocer las circunstancias, casos y límites que se deben observar a fin de que la aplicación de dicha facultad consista en una decisión racional, necesaria y justa, reconociendo y respetando los derechos y la dignidad del trabajador, y en caso de no resultar así, conocer las prerrogativas que asisten a la parte afectada ante la arbitrariedad.

Para abordar nuestro objetivo, comenzaremos por contextualizar la institución dentro del Derecho Laboral, advirtiendo su inclusión como derecho del empleador y su concreción como modificación unilateral del contrato de trabajo, dilucidando su naturaleza jurídica y justificación, precisando el momento histórico en que el *lus Variandi* fue incorporado a nuestro Derecho, justificando de ese modo la existencia de la norma y su utilización como herramienta de flexibilidad laboral.

Posteriormente, desde una óptica integral de nuestro ordenamiento jurídico, ahondaremos tanto en su aplicación –advirtiendo la existencia de casos generales y particulares de su ejercicio– como en sus límites, distinguiendo minuciosamente cada uno de ellos, con el propósito final de otorgar certeza jurídica a los sujetos de la

relación laboral respecto de la prerrogativa objeto de estudio, además de entregar instrumentos óptimos e idóneos a la hora de determinar su legitimidad o arbitrariedad.

Además, haremos referencia a las actitudes que puede adoptar el trabajador afectado por una modificación unilateral ilegítima o arbitraria propiciada por el empleador, y de dicha manera permitir una adecuada actuación dependiendo de las diversas circunstancias que pudieren acaecer, pasando desde un acatamiento total hasta el ejercicio de la acción de tutela, incluyendo de ese modo otros comportamientos de carácter intermedio y que incumben diversas consecuencias.

En el último capítulo habremos de ahondar en la relación entre el *Ius Variandi* y el Derecho Colectivo del Trabajo, realizando ciertas reflexiones que darán paso a una propuesta que pretendemos sirva de aporte a nuestra legislación vigente.

Importante es señalar que propenderemos a que las temáticas y aseveraciones planteadas observen reminiscencias a jurisprudencia administrativa y/o judicial, incluyendo sentencias correspondientes al nuevo sistema procesal laboral, así como también a derecho comparado.

CAPÍTULO I

LA RELACIÓN LABORAL

1.1 Consideraciones previas.

Una vez celebrado, el contrato de trabajo origina una relación jurídica consistente en una vinculación entre personas determinadas, regulada por el Derecho y de la cual, por tanto, surge una serie de derechos y obligaciones para las partes contratantes. Estos derechos y obligaciones concurrentes son el objeto del contrato y su origen se encuentra tanto en la Ley como en el contrato mismo.

El contenido de la relación jurídico laboral -que posee características especiales respecto de cualquier otra relación jurídica-, se determina por la Ley, en forma mínima, y también por la voluntad contractual, siempre que ésta no sea inferior a la legal.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad tiene una importancia enorme en este ámbito, debemos afirmar que la relación jurídica laboral se encuentra regulada cabalmente en la Ley -que señala los derechos y obligaciones de las partes, al menos en lo mínimo- y ello corresponde al piso que puede ser mejorado por las partes.

1.2 Deberes y derechos de las partes.

Diversas son las obligaciones y prerrogativas que asiste a cada parte contratante, por ello a continuación se hace una reseña de las mismas.

1.2.1 Deberes del trabajador.

El dependiente tiene el deber genérico de poner a disposición de su empleador su capacidad de trabajo, pero además tiene otras cargas de carácter específico que debe observar durante el cumplimiento de sus labores.

1.2.1.1 Deber genérico de trabajar.

El dependiente, en virtud del contrato de trabajo, asume la obligación de realizar el trabajo convenido, su labor, que es la obligación principal para éste.

Junto a dicha obligación se encuentra una sarta de obligaciones secundarias o accesorias, tales como el deber de obediencia y el de diligencia.

Actualmente la doctrina prefiere hablar de la obligación del trabajador de poner su capacidad de trabajo a disposición del empleador y conjuntamente, habría otros deberes que no serían de carácter secundario, sino que un cúmulo de deberes específicos que se vinculan con la obligación primaria, en tal medida que sirven para configurarla. “En esa línea de pensamiento, puede decirse que el trabajador tiene una obligación básica o genérica (la de trabajar), que se descompone en múltiples obligaciones específicas. Estas tantas obligaciones no son autónomas, sino que se hallan íntimamente vinculadas a aquel deber, del que son modalizadoras”¹. Es decir, existe para el trabajador la obligación de prestar su trabajo o poner a disposición del empleador su capacidad productiva, que se debe entender tanto al tenor del contrato como de todo aquello que se deriva de los deberes conexos a su labor principal, v. gr. el deber de lealtad y el de diligencia, que sirven para configurar la obligación de trabajo.

¹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (coordinador). Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 5a. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004, pág. 265

1.2.2.2 Obligaciones específicas del trabajador.

Durante la prestación de trabajo el dependiente debe desempeñar las funciones para las cuales fue contratado, observando un comportamiento fiel, obediente y diligente, según pasamos a especificar.

1.2.2.2.1 Deber de realizar el trabajo convenido.

El contrato de trabajo que vincula al trabajador con su empleador, le impone al primero de éstos la obligación de cumplir lo pactado en dicho instrumento. El objeto del contrato -que no es otra cosa que los derechos y deberes que nace de aquél- impone al trabajador la obligación genérica de cumplir la labor que en este convenio se hubiere estipulado, con la extensión y características establecidas al celebrar el contrato o bien, las que resultaren aplicables por modificaciones posteriores al contrato. Dicha obligación deberá ser cumplida en las condiciones pactadas y en el horario establecido por el contrato, o por la Ley en subsidio.

Podemos señalar, como ya se adelantó, que esta obligación puede ser entendida también en un sentido más amplio por cuanto el trabajador se encontraría obligado a poner su capacidad productiva a disposición del empleador, dentro de la normativa contractual y legal.

1.2.2.2.2 Deber de obediencia.

Consistente en la necesidad del trabajador de acatar las órdenes o instrucciones que le sean impuestas por el empleador, o sus representantes, para la ejecución de su labor. Se puede apreciar que este deber es la contrapartida del poder de dirección,

cuyo titular es el empleador, donde el primero se encuentra delimitado por las facultades y límites propios que tiene el segundo, como se verá.

En primer lugar, existe este deber de obediencia respecto de órdenes legítimas. El trabajador nunca estará obligado a obedecer órdenes ilegítimas que puedan constituir delitos o hechos ilegales o ilegítimos.

La doctrina suele distinguir dos aspectos de la legitimidad de las órdenes del empleador:

a) Aspecto subjetivo: El trabajador debe obedecer las órdenes de las personas facultadas para instruirlo en la forma de ejecución de su labor, en la medida de que razonablemente sepa o deba saber que esas personas actúan en virtud de un poder delegado, lo que normalmente constará en su contrato de trabajo. Por lo tanto, en este sentido se refiere a que la orden debe emanar del empleador o sus representantes si fuere persona natural, o en el caso de tratarse de una persona jurídica, debe emanar de las personas naturales que legítimamente la representan.

b) Aspecto objetivo: Se refiere a que la orden no debe ser ilícita, ya sea desde un punto de vista moral, penal, administrativo o laboral. En el primer caso, el contenido de la orden no puede consistir en la realización de actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres. En el segundo y tercero la orden no puede ser relativa a la comisión de un delito penal o bien en la realización de hechos que constituyan una infracción de carácter administrativa. En el aspecto laboral, la orden no puede consistir en actos que vulneren los derechos laborales del trabajador contenidos en el contrato de trabajo o bien en algún convenio colectivo.

En este aspecto surge la duda de si el trabajador puede calificar la ilegitimidad de la orden y decidir no cumplirla. Cierta doctrina sostiene que el trabajador no puede negarse a cumplir la orden por cuanto ella se presumiría legítima, quedando la sola posibilidad de reclamar ante la dirección de la empresa o la justicia. Para otros autores, el trabajador siempre podría valorar las ordenes y decidir no cumplir aquéllas que

estime ilegítimas (*ius resistendi*), con el consiguiente riesgo de ser sancionado en caso de incurrir en una errada valoración.

Por último, aquellas órdenes que no se refieran al ámbito laboral sino que se enmarquen en el ámbito privado del trabajador no son obligatorias para éste.

1.2.2.2.3 Deber de diligencia.

Consiste en que el trabajador, en el cumplimiento de la obligación genérica de efectuar su trabajo, debe hacerlo en forma diligente, es decir, realizarlo guiado por una actitud interna de esfuerzo, cuidado y dedicación, inherentes a su labor.

1.2.2.2.4 Deber de fidelidad.

Este deber habrá de entenderse en el sentido de que el trabajador, en virtud de su posición en la empresa, tiene acceso a una serie de materiales costosos, máquinas, informaciones y secretos, entre otros, los cuales son de vital importancia para el empleador. En virtud de esta situación, el trabajador debe actuar de buena fe para no perjudicar a su contraparte, para lo cual debe conducirse de una forma correcta, leal y sin engaños.

Desde este punto de vista, se impone una serie de obligaciones conexas, vinculadas a la naturaleza misma de cada función, que por ejemplo, puede consistir en avisar inmediatamente a su empleador respecto a los entorpecimientos que se presentaren en la ejecución de su labor, no dañar intencionalmente las dependencias o maquinarias de su empleador, entre otras, circunstancias todas que en caso de inobservancia pueden configurar una causal de despido en nuestro ordenamiento jurídico.

1.2.2 Derechos del Trabajador.

Como todo vínculo contractual, de la relación existente entre empleador y trabajador nace un cúmulo de derechos, concebidos como contrapartida a las obligaciones a las que se encuentran sujeto.

La doctrina señala como derechos del trabajador los siguientes:

1. Derecho al cobro de la remuneración y al cumplimiento de los demás deberes legales impuestos al empleador.
2. Derecho a la seguridad (artículo 184 del Código del Trabajo).
3. Derecho a que se le brinde ocupación efectiva y acorde con su calificación contractual.
4. Derecho a que se le otorgue un trato igualitario que a otros trabajadores en similares condiciones.
5. Derecho de propiedad sobre ciertas invenciones.
6. Derecho a la seguridad social.

1.2.3 Derechos del empleador.

Los derechos del patrono son, por un lado, el derecho a recibir el trabajo y a la facultad de apropiarse de los frutos que deriven de éste, y por otro, también se extiende a una serie de poderes de carácter jerárquico, potestades todas que “reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial”².

² Dirección del Trabajo, Ord. 2210/035, de 10 de junio de 2009, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>

1.2.3.1 Derecho a recibir la ejecución del trabajo.

Hemos visto que el trabajador, en virtud de la relación jurídica que lo vincula con su empleador, se encuentra en la necesidad de poner a disposición de este último su capacidad productiva, y a su vez, el empleador o patrono adquiere el derecho de recibir dicha prestación y de aplicarla a los fines de la empresa.

El incumplimiento de esta obligación viola el derecho del empleador de recibir la prestación del trabajo, y es causal de despido en nuestro ordenamiento jurídico, y claro, no podía ser de otra forma pues precisamente ése es el objeto que espera recibir el empleador de parte de su dependiente, y por lo demás, es el fin que ha tenido en mira el empleador al momento de contratar al trabajador. “El empleador tiene el derecho de dirigir y “usarla” (*la capacidad de trabajo del trabajador*) dentro de los límites de lo concertado y lo que dispongan las normas legales aplicables”³.

1.2.3.2 Titularidad de los frutos.

En el Derecho Laboral, uno de los elementos diferenciadores de la relación laboral es que la prestación de los servicios se realiza por cuenta y riesgo del empleador, lo que significa que es este último quien debe soportar los riesgos de su negocio frente a la posibilidad de pérdidas o ganancias. Si el negocio no genera utilidades igualmente deberá pagar al trabajador su remuneración; y por otro lado, las utilidades que genere el negocio serán del empleador, así como todos los bienes que se produzcan por los trabajadores. Por lo tanto, la titularidad de los frutos y resultados del ejercicio corresponden a aquel por cuya cuenta se realizan las labores, el empleador.

³ VASQUEZ VIALARD, Antonio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 3a. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág. 258.

El vínculo jurídico existente entre las partes implica una transferencia originaria de la propiedad de los resultados del trabajo en favor del empleador, lo que implica que no es necesario que con posterioridad a la ejecución de la labor se realice una transferencia del dominio entre trabajador y empleador sino que ello se generó *ab initio*. Desde el mismo momento de nacer la relación laboral, se estableció que los frutos serán del empleador, desde el instante en que se generen. Esta cesión anticipada de los frutos no es gratuita, sino que tiene como contrapartida el derecho del trabajador de exigir su remuneración.

1.2.3.3 Poderes jerárquicos del empleador.

Para poder organizar la empresa, el ordenamiento jurídico reconoce al empleador una serie de potestades y que a continuación pasamos a estudiar.

1.2.3.3.1 Poder o facultad de dirección.

Debemos hacer presente que parte de la doctrina señala que el poder de dirección es el género del cual derivan los demás poderes atribuidos al patrono. A su vez, aseveran que existe el poder de organización que definen como la facultad del empleador para organizar la empresa tanto desde un punto de vista económico como técnico para la adecuada gestión y funcionamiento de la misma. El poder de dirección, para esta doctrina “constituye el denominador común del derecho que se reconoce al empresario para organizar la empresa, efectuar determinados cambios durante el desarrollo de los vínculos de trabajo y aplicar sanciones”⁴. Esta sería una facultad de carácter general.

⁴ ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador). Tratado de Derecho del Trabajo”, Tomo IV, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 791

Por otro lado, doctrina diversa es la que distingue claramente entre poder de organización y poder de dirección. Para ellos el poder de organización consiste en “la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que ha decidido instalar (el empleador)”⁵. Además señala que el poder de dirección es una facultad de carácter particular que permite al empleador “fijar el contenido de los servicios esperados de cada relación individual de trabajo (...) o la facultad ordenadora de las diferentes prestaciones”⁶.

Otra definición de este poder la conceptualiza como “la facultad, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo”⁷. Esta facultad comprende la posibilidad de especificar al trabajador las prestaciones debidas, siempre dentro del marco de la calificación laboral y profesional del trabajador y de los límites que impone el contrato de trabajo.

Por su parte, la Dirección del Trabajo de Chile, ha referido que el poder de dirección es un “(...) conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico laboral reconoce al empleador con el objeto de:

- a) Organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad de mando recibe el nombre de poder de dirección;
- b) Mantener la disciplina y el orden dentro de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad es poder disciplinario y;
- c) Adecuar la naturaleza de los servicios a los requerimientos de la empresa, establecimiento o faena, ya sea en cuanto a la naturaleza de los servicios, al lugar, o, a

⁵ Ob. cit., pág.. 792

⁶ Idem

⁷ ALONSO OLEA, Manuel y otra. Derecho del Trabajo, 18a. edición, Civitas Ediciones, Madrid, España, 2000, pág. 342

la duración y distribución de la jornada de trabajo, en este caso la potestad de mando se manifiesta como *ius variandi*.”⁸

Este poder del empleador es imprescriptible, irrenunciable, indisponible e intransferible por cuanto forma parte de las facultades inherentes al empleador y que encuentra su fundamento en la relación laboral misma y el contrato de trabajo. La potestad de dirección se refiere, pues, a “la organización del trabajo, tanto en su dimensión individual como colectiva, yendo desde la ordenación de los puestos de trabajo, intervención en el régimen de ingresos y ascensos, calificación del personal hasta la organización técnica del trabajo...”⁹.

El poder de dirección del empleador reconoce una serie de limitaciones que se vinculan estrechamente con las limitaciones ya señaladas respecto del deber de obediencia del trabajador.

En primer lugar, la orden debe provenir del sujeto legitimado para ello, ya sea el propio empleador o su representante.

En segundo lugar, el poder de dirección tiene límites de carácter externos impuestos por la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios colectivos y el contrato de trabajo.

También existen límites internos en cuanto a “que ha de ser ejercido de buena fe”¹⁰. Dentro de estos límites internos podemos señalar que las órdenes deben enmarcarse dentro de la relación laboral fijada por el contrato y que no pueden extenderse a la vida privada del trabajador o a actos que no digan relación con el trabajo.

Además se señala que el poder de dirección encuentra otra limitación en el principio de la igualdad de trato, según el cual las condiciones de trabajo deben ser

⁸ Dirección del Trabajo, Ord. No. 6077/405, de 10 de diciembre de 1998, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86954.html>

⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, 29a. edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2008, pág.360

Montoya Melgar, Alfredo, “Derecho del Trabajo”, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, pag. 360

¹⁰ Ob. cit., pág. 364

iguales para todos los trabajadores del centro de trabajo (no para todos los trabajadores de la empresa) en la medida que las demás circunstancias laborales (categoría profesional, tipo de trabajo, etc.) permanezcan iguales. Es la prohibición de la arbitrariedad patronal que en virtud de este poder pretenda hacer más gravosa la labor de un solo trabajador en relación a los demás que se encuentran en igualdad de condiciones con él.

Por su parte, la Dirección del Trabajo también ha delimitado el ámbito de aplicación de la facultad de dirección, señalando que debe respetar la naturaleza de los servicios pactados, el lugar y el tiempo destinado a la prestación de los servicios, y además debe ejercerse respetando y observando las instrucciones y mandatos de la autoridad, representada por la misma entidad¹¹.

Como manifestaciones de este poder de dirección podríamos citar el hecho de que el empleador puede dictar reglamentos o directivas y normas generales para organizar las labores, así como también la facultad de dictar órdenes particulares y concretas a cada trabajador y que, como ya se analizó, deben ser obedecidas por el trabajador.

Otra manifestación de este poder de dirección es el *Ius Variandi*, que siguiendo a Manuel Alonso Olea, se puede definir como “la facultad de modalizar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y a los cambios o perfeccionamiento en la cualificación profesional del trabajador”¹². Así, el artículo 12 del Código del Trabajo autoriza al empleador para alterar la distribución de la jornada de trabajo, la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que no se altere en más de una hora la entrada a las faenas, que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador; lo que analizaremos con mayor detenimiento en el capítulo siguiente.

¹¹ Dirección del Trabajo, Ord. No. 6077/405 de 10 de diciembre de 1998.

¹² ALONSO OLEA, Manuel, Ob. cit., pág. 344

1.2.3.3.2 Facultad disciplinaria.

El empleador, en virtud de este poder sancionatorio, puede adoptar medidas frente a las faltas laborales en que incurran los trabajadores durante el desarrollo de la relación laboral.

En cuanto a su fundamento, podemos señalar que según ha manifestado la Dirección del Trabajo, se encuentra en la institución de la empresa, “que como agente fundamental de la vida económica presenta importancia de carácter público, toda vez que su normal funcionamiento es de interés general, es por esta razón que se justifica que el ordenamiento jurídico le entregue al empleador este poder de disciplina, que el solo contrato entre particulares no explica ni justifica”¹³.

Esta facultad se ha señalado que se justifica por “la insuficiencia de los mecanismos civiles de la resolución por incumplimiento y de la indemnización de daños”¹⁴. Si bien es cierto que el incumplimiento de contrato por parte del trabajador puede ser enfrentado por la vía civil mediante la resolución del contrato, ésta no es una herramienta útil desde el punto de vista estrictamente laboral, pues constituye un recurso extremo y de graves consecuencias para la empresa y el trabajador, en especial en los casos de incumplimientos leves que se presentan con tanta frecuencia durante la vigencia de la relación contractual laboral.

Por otro lado, recurrir a la indemnización de perjuicios resulta inadecuado para hacer frente a los mencionados incumplimientos en consideración a que es necesario sostener la pretensión para ante la correspondiente instancia judicial, la que habrá de determinar primero, la existencia de la obligación de indemnizar los perjuicios y luego, su naturaleza y monto, con la subsiguiente dificultad probatoria.

¹³ Dirección del Trabajo, Ord. 6077/405, de 10 de diciembre de 1998.

¹⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo, Ob. cit, pág. 365

Además, en la práctica, dicho mecanismo resulta inconveniente a causa de la normal debilidad patrimonial del trabajador, lo que haría ilusoria la pretensión en contra de su empleador. En este orden de ideas se ha señalado que “el derecho del trabajo, inspirándose, más que en la teoría civil del incumplimiento contractual, en la construcción penal de los delitos y las penas y en la administrativa de las infracciones y sanciones, establece un sistema disciplinario basado en la graduación de las faltas...”¹⁵

1.2.3.3.3 Facultad reglamentaria.

Se puede conceptualizar como el poder del empleador para dar órdenes acerca de la prestación del trabajo, y que puede ser ejercida individual o colectivamente.

Estas órdenes se concretizan generalmente en el reglamento interno, que no es más que la normativa de carácter general que la ley obliga a dictar al patrono, según lo señala el artículo 153 y siguientes del Código del Trabajo. En estos se especifica, entre otros, la manera de usar las instalaciones, las horas de entrada y salida, las interrupciones de la jornada de trabajo, cómo se paga la remuneración y las normas sobre higiene y seguridad.

Esta normativa concreta y forzosa emana de un sujeto individual pero su obligatoriedad para los trabajadores tiene su fuente mediata en la ley. No debemos olvidar que el reglamento interno no debe contradecir la legislación laboral vigente ni los contratos colectivos o individuales de trabajo celebrados.

Es decir, en el ejercicio de esta potestad legislativa empresarial el empleador no es totalmente libre para dictar cualquier norma sino que tiene límites tanto del ordenamiento jurídico como de los contratos de trabajo, y además, su ejercicio no puede ser arbitrario.

¹⁵ Ídem.

1.2.4 Deberes del empleador.

Como contrapartida a las prerrogativas otorgadas al empleador, el Derecho Laboral ha sintetizado las obligaciones, que paralelamente al ejercicio de aquéllas, el empleador debe observar.

1.2.4.1 Deber de pagar la remuneración.

Es la obligación principal del empleador y que nace del contrato de trabajo mismo. Es la contraprestación en dinero y las adicionales en especies valuables en dinero que el empleador otorga al trabajador por concepto del contrato de trabajo.

1.2.4.2 Deber de respeto a su trabajador.

Como el vínculo laboral es normalmente de indefinida duración e implica una relación directa entre las partes y es en sí una comunidad de vida entre empleador y trabajador, esta relación debe desarrollarse siempre en términos respetuosos. Esta obligación tiene su fundamento en la dignidad del trabajador y reconoce su fuente en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República.

1.2.4.3 Deber de brindar seguridad y condiciones dignas de trabajo.

El empleador debe mantener condiciones de trabajo lo más seguras posibles a fin de excluir, en la medida de lo posible, el acaecimiento de accidentes o daños en la persona o la salud del trabajador.

1.2.4.4 Cumplimiento de los demás deberes legales.

Por último, el empleador debe dar cabal cumplimiento a la normativa que le impone cargas y obligaciones, principalmente aquellas de carácter social como son la retención y entero de las cotizaciones previsionales pertinentes o bien el otorgamiento y pago de prestaciones de naturaleza laboral social.

CAPÍTULO II

EL IUS VARIANDI

2.1 Modificaciones al contrato de trabajo.

El contrato de trabajo da origen a una relación de carácter permanente que se prolonga en el tiempo. En doctrina se conoce a este tipo de convención como un contrato de tracto sucesivo, es decir, un contrato en que las obligaciones de las partes se extinguen y renuevan continuamente en el tiempo mientras se mantenga con vida la relación laboral.

En la medida en que la relación laboral se prolonga en el tiempo, ésta se ve expuesta a cambios y modificaciones, de mayor o menor significación, que se derivan de la alteración de las circunstancias existentes a la época de celebración del contrato de trabajo tanto de orden económico, como técnico, tecnológico, etc.

No debemos olvidar que el Derecho Laboral tiene una gran cercanía con la realidad, además, que en esta rama jurídica se da aplicación al denominado “principio de la realidad”, todo lo cual implica que su normatividad sea mucho más sensible a los cambios y transformaciones que se operan en la realidad. Estos hechos no pueden ser obviados por la legislación, y considerando la naturaleza jurídica de la relación laboral, ella debe permitir que durante la vigencia de la relación contractual se alteren las condiciones de trabajo para hacer frente a las nuevas necesidades que exige la misma realidad.

Estas modificaciones del contrato de trabajo se pueden realizar por alguno de los tres procedimientos que a continuación se señalan:

1. Por cambio en la legislación vigente;

2. Por acuerdo entre las partes; y
3. Modificación unilateral por el empleador.

2.1.1 Por cambio en la legislación vigente.

La modificación al contrato de trabajo se produce automáticamente al generarse un cambio en la legislación vigente, la cual se entiende incorporada al contrato de pleno derecho, piénsese por ejemplo en la variación de la jornada laboral.

2.1.2 Modificaciones de mutuo acuerdo.

El contrato individual de trabajo, tal como lo define el Artículo 7 del Código del Trabajo, es “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

Ahora, esta definición tiene un detalle, el cual aunque no es parte de esta investigación, sí es importante señalar. La remuneración del trabajador no es corolario de los servicios personales que éste presta al empleador, si no que éste es consecuencia de que el prestador de estos servicios está contratado bajo la modalidad que éste artículo señala, tal como se puede colegir fácilmente de lo señalado en el Artículo 41 del Código del Trabajo, que señala que “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por concepto del contrato de trabajo.”

Señalado lo anterior, es preciso señalar que el contrato de trabajo, como su definición lo señala, es una convención, vale decir, un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos y obligaciones entre las partes.

Tal como lo señala un viejo aforismo jurídico, “las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen”, y es por ello que es sencillo deducir que el tipo de contrato en estudio se puede modificar por el acuerdo entre las partes.

Tanto es así, que el propio legislador, al momento de la redacción del Código del ramo, señaló 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.”, según lo expresado en el Artículo 5 inciso final del Código del Trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, la ley señala, como una causal de terminación propiamente tal del contrato de trabajo, el mutuo acuerdo de las partes, indicando al efecto (en el Artículo 159 No. 1 del Código del Trabajo) que “El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: 1.- Mutuo acuerdo de las partes.”.

Por tanto, la modificación del contrato de trabajo por el acuerdo de las partes es válida, recalcándolo así la ley.

Así, la voluntad libre de las partes es también una forma de modificación de la relación laboral. El concurso de voluntades, creador del vínculo laboral, también puede destruirlo o modificarlo, con la limitación de que no se podrán afectar los derechos establecidos por las leyes laborales, lo que no es sino que una aplicación de la irrenunciabilidad de los derechos concedidos por las leyes laborales. Así se desprende del artículo 5 del Código del Trabajo.

De esta forma los pactos que alteren la relación laboral existente entre empleador y trabajador deberán respetar el contenido imperativo de las normas legales vigentes a la época de su celebración y además estos pactos que modifiquen el contrato en vigencia deberán respetar todas las normas de capacidad, consentimiento, objeto y forma necesarios para el nacimiento de la relación laboral.

2.1.3 Modificación unilateral por el empleador.

Se trata de la aplicación del *ius Variandi*, que se analizará más adelante, y que por de pronto cabe adelantar que según la Dirección del Trabajo, esta institución “(...) 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”¹⁶.

Reconociendo esta misma calidad, nuestro máximo Tribunal, en sentencia de 29 de noviembre de 2007, pronunciada en causa ingreso No. 2692-2007, en su considerando sexto afirmó que “la facultad que se le reconoce al empleador, según se infiere de la norma legal referida en el motivo anterior (*artículo 12 del Código del Trabajo*), es de carácter excepcional, pues constituye una modificación a los principios generales del derecho relativo a que los contratos bilaterales -naturaleza que comparte el contrato de trabajo- no pueden ser modificados unilateralmente por una de las partes; y en atención a su condición de excepcional, ésta debe interpretarse en forma restrictiva, pues si bien reconoce el poder de dirección del empresario, éste podrá ejercer esta facultad siempre que respete los derechos de los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo, excluyéndose entonces todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que importen un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser tanto desde un punto de vista económico, cuyo caso más característico es la disminución del nivel de ingresos, como también desde un punto de vista social y moral”¹⁷.

¹⁶ Dirección del Trabajo, Ord. 3351/185, de 09 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88188.html>

¹⁷ Sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema de Justicia, en causa Rol Ingreso Corte No. 2692-2007, caratulada “Silva con Unimarc”, recurso electrónico disponible en http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAOAABbVyAAD&consulta=100&glosa=&causa=2692/2007&numcua=31370&secre=UNICA

2.2 Clasificación de las modificaciones al contrato de trabajo.

Para abordar esta materia recurriremos a diversos criterios de clasificación. Así distinguiremos según los elementos sobre los cuales recaen las modificaciones, así como también respecto de su duración y su propósito.

2.2.1 Según los elementos sobre los cuales recae la modificación.

Si los elementos a variar son determinantes o sustanciales nos encontraríamos en la primera hipótesis. Como elementos esenciales debemos entender la remuneración, la duración de la jornada de trabajo, las partes, etc. Al respecto, la legislación española señala que para la modificación de tales elementos deben darse dos requisitos: “a) que la condición a modificar se refiera a cuatro concretas materias: horario, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración, trabajo y rendimiento; b) que la modificación venga establecida por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Se abre así, un camino negociado para adaptar cualquier convenio colectivo a las necesidades de la empresa”¹⁸.

Ahora, si la modificación recae sobre elementos no esenciales, nos encontramos frente a modificaciones accidentales. En este punto nos referimos al *Ius Variandi* propiamente tal. En efecto, el *Ius Variandi*, por definición, sólo puede modificar elementos que sean no esenciales del contrato de trabajo. Lo anterior, debido a que la facultad que esta institución da al empleador debe ser restringida para no dañar a la parte más débil de la relación jurídica laboral, y por los propios principios que dan forma al Derecho del Trabajo.

¹⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, y otro, *Derecho del Trabajo*, 16a. edición, Editorial Universitaria, Madrid, España, 2008, pág. 705.

Es por lo anterior, que el Artículo 12 de nuestro Código del Trabajo establece que las modificaciones que se pueden hacer al contrato por esta facultad son sólo: a) el lugar donde se ejecutan las labores, b) la naturaleza de los servicios prestados, y c) la distribución de la jornada de trabajo, todas ellas con las limitaciones que allí se señalan. Todos estos elementos que la ley señala son elementos no sustanciales o accidentales del contrato de trabajo.

2.2.2 Según temporalidad, duración o extensión en el tiempo.

Según este criterio de clasificación, las modificaciones al contrato de trabajo pueden ser provisorias o, derechamente, definitivas.

Claramente se desprende de esta clasificación que las modificaciones provisorias son aquellas que tienen un lapso o duración limitada, mientras que las segundas se prolongan indefinidamente en el tiempo.

En las modificaciones temporales estamos frente a situaciones de emergencia que la empresa debe afrontar, y derivado de ellas es que se pueden cambiar el contrato de trabajo, v. gr., el aumento de la jornada de trabajo para los dependientes del comercio en épocas previas a la Navidad, tal como lo señala el Artículo 24 de nuestro Código del Trabajo.

En las modificaciones definitivas, según lo ya señalado, la alteración del contrato de trabajo no tiene un límite en el tiempo.

En todo caso, los requisitos de uno y otro tipo de modificación son iguales, aunque al decir de Américo Plá, “lógicamente se exigen con mayor severidad en los casos de variaciones definitivas”¹⁹.

¹⁹ Ídem.

2.2.3 Según su propósito.

Esta clasificación se fundamenta en la finalidad que se persigue. Según Américo Plá, este tipo de modificación puede clasificarse según si se persigue el interés objetivo de la empresa o si lo que se busca es la imposición de una regla disciplinaria.

“En el primer caso, el empleador busca la manera de servir los intereses de la empresa, adecuando o modificando la prestación del trabajo por razones de organización de la labor o persiguiendo un mayor rendimiento económico. En el segundo caso, el empleador modificaría las condiciones de trabajo como medio de sanción”²⁰.

Como más adelante veremos, el ejercicio regular del *ius Variandi* exige la adopción de medidas con un fundamento objetivo de la empresa, por lo que si el propósito es aplicar una sanción, se estará actuando fuera del ámbito de la institución.

2.3 Naturaleza jurídica del *ius Variandi*.

La doctrina se ha encargado de señalar cuál es la naturaleza jurídica del *ius Variandi* y de las variadas definiciones que se brindan para esta de esta institución se puede concluir que el *ius Variandi* es una “facultad” del empleador.

Así, Nápoli lo define como “la facultad que tiene el empresario en mudar, alterar y hasta suprimir parcialmente el trabajo de sus subordinados en la empresa.”²¹

²⁰ Ob. cit., pág. 179

²¹ Citado por VASQUEZ VIALARD, Antonio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 3a. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág.146

Por otro lado, Cabanellas lo define como “La potestad que tiene el patrono para modificar, por necesidades de la empresa, la prestación del trabajador”²²

Para Américo Plá, el *lus Variandi* también consiste en una potestad del empleador para variar ciertas modalidades de la prestación del trabajo. Coinciden en otorgarle esa misma calidad en la obra “La relación individual de trabajo”, coordinada por Diego Martín Tosca que en la pág. 794 se señala que “Desde tiempo muy anterior a que la potestad o facultad de que se trata adquiriera consagración en la legislación especial de la materia, el denominado *lus variandi* fue reconocido doctrinaria y jurisprudencialmente” y a continuación se lo definen como “la facultad otorgada al empleador para modificar de modo no esencial las modalidades de prestación del trabajo, por razones funcionales a la organización empresaria”. Señalan estos autores que el *lus Variandi* al ser ejercido lo será por medio de “un acto jurídico unilateral, que como tal tiene plena eficacia (no obstante, claro está, las diversas consecuencias que produzca según el modo en que se lo ejerce) ante la exclusiva decisión patronal.”²³

Pérez Botija, citado por Ignacio Garzón Ferreira, lo define como “la potestad empresaria de alterar los límites de la prestación del trabajo. Potestad, agregaríamos, sujeta a (...) la buena fe de los contratantes.”²⁴

Señala Garzón que el *lus Variandi* es una facultad unilateral condicionada, eso sí, sólo a una necesidad de la empresa y su justificación se debe a motivos especiales y racionalmente apreciados que deben tender a un desarrollo de la empresa y la producción²⁵.

²² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen I, 1a. edición, Bibliográfica Omega Editores – Libreros, Buenos Aires, Argentina, 1963, pág. 600

²³ ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador), Tratado de Derecho del Trabajo”, 1a edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 796

²⁴ Citado por GARZÓN FERREYRA, Ignacio, en AAVV, Estudios sobre Derecho Laboral, Homenaje a Rafael Caldera, 1ª edición, Edición Sucre, Caracas, Venezuela, 1977, pág. 674

²⁵ Ob. cit, pág. 675

Por tanto, debemos concluir que el *Ius Variandi* es una facultad o prerrogativa exclusiva del empleador, es decir, se materializa por medio de un acto jurídico unilateral emanada de aquel, y si se ejerce dentro de los límites legales y doctrinales, obligará al trabajador.

Como acto jurídico unilateral que es, requiere solamente la manifestación de voluntad de una sola persona o autor, cual es el empleador, y por tanto, no requerirá de la aceptación del trabajador para su perfeccionamiento.

Además, al tratarse de una facultad del empleador, éste no puede ser compelido u obligado para ejercer esta prerrogativa.

El hecho de que el *Ius Variandi* se trate de una facultad del empleador no lo convierte en un derecho absoluto o irrestricto que pueda ser ejercido arbitrariamente o sin límite alguno. La doctrina es unánime al señalar que el *Ius Variandi* se debe ejercer dentro de un marco muy estricto, respetando una serie de limitaciones que serán analizadas pormenorizadamente en la sección siguiente. Por ahora, basta señalar que el *Ius Variandi* reconoce límites, por una parte, inherentes que de no ser respetados implican la desnaturalización de la institución, razón por lo cual dejaría de ser un cambio de cláusulas no esenciales para transformarse en una alteración sustancial del contrato (lo que sólo puede hacerse por acuerdo de las partes o por convenio colectivo) y por otra, de límites funcionales que implican que el ejercicio del *Ius Variandi* debe no solo respetar el marco legal y límites inherentes, sino también, ejercerse de modo que su aplicación no resulte abusiva, causando un perjuicio al trabajador.

Así lo ha entendido también nuestra Dirección del Trabajo, la que ha afirmado que "(...) el *ius variandi*" 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 resistenciae"²⁶, temática que abordaremos en el capítulo siguiente.

A su turno, la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 28 de enero de 2009, pronunciada en causa ingreso No. 7265-2008, en su considerando séptimo afirmó que "siendo el contrato de trabajo un negocio jurídico bilateral, el jus variandi representa una situación excepcional que puede ser utilizado por el empleador dentro de sus potestades de mando y se restringe, por ello, a alteraciones o modificaciones que no importen un menoscabo para el trabajador"²⁷.

Por último, en lo relativo a la naturaleza jurídica del Ius Variandi, es conveniente recordar que esta institución es una facultad otorgada al empleador para modificar unilateralmente las prestaciones no esenciales del contrato de trabajo, como bien lo destaca la doctrina, y así lo señala Antonio Vásquez, para quien el Ius Variandi es "la facultad del empleador, que se traduce en la posibilidad de modificar por sí, como coordinador de la comunidad laboral, la forma, modo o lugar de la prestación laboral de sus dependientes"²⁸

Útil es señalar un conjunto de características del Ius Variandi que indica Helios Sarthou, para quien "El Ius variandi patronal es una alteración continuativa, relevante, voluntaria, unilateral, objetiva, definitiva y limitada del contrato de trabajo"²⁹ Este autor señala que se trata de una modificación continuativa, en oposición a las alteraciones

²⁶ Dirección del Trabajo, Ord. 3351/185, de 09 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88188.html>

²⁷ Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, el 28 de enero de 2009, en causa Rol Ingreso Corte No. 7295-2008, caratulada "De La Fuente con Representaciones Solce Ltda..", recurso electrónico disponible en http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAABqvFAAB&consulta=100&qlosa=&causa=7265/2008&numcua=3351&secre=UNICA

²⁸ Citado por SOTO BENTANCOURT, Daniel, El Ius variandi como elemento de flexibilidad laboral, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Concepción, Chile, 2001, pág. 15.

²⁹ SARTHOU, Helios, Trabajo, Derecho y Sociedad, tomo II Estudios de Derecho Individual del Trabajo, 1ª edición, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, septiembre 2004, pág. 38

interrumpivas que modifican la duración del contrato. Las continuativas no afectan la duración sino el contenido contractual.

Añade que esta modificación debe ser relevante en atención a que una modificación en un aspecto irrelevante o insustancial, no plantea la problemática del *lus Variandi*.

Por lo tanto, para encontrarnos ante el *lus Variandi*, las variaciones deben versar sobre un elemento no esencial, pero a la vez debe tratarse de un elemento de cierta importancia y no de variaciones insustanciales, como puede ser el cambio de una habitación a otra dentro del mismo recinto o fábrica.

Señala el mencionado autor que el carácter más importante de los reseñados es el de la unilateralidad, elemento que le otorga al *lus Variandi* su característica de atipicidad al romper las bases conceptuales de la contratación que requiere, como ya sabemos, de un acuerdo de voluntades para generar un contrato y su contenido.

De esta forma concluye el autor, se otorga “poderes jurídicos innovadores, a una sola de las voluntades del consenso”³⁰ Así concluye, como una impugnación a este instituto, que “La atipicidad jurídica del *lus variandi* importa la alteración unilateral del consenso violando también la norma del efecto preclusivo del perfeccionamiento contractual.”³¹ Es decir, el *lus Variandi* quebrantaría la norma del artículo 1545 del Código Civil, que establece que el contrato es una ley para las partes y que sólo éstas lo pueden modificar a través de un acuerdo de voluntades.

En este sentido, podemos sostener que el *lus Variandi* se presenta como una herramienta y como una necesidad para el empleador, pues le es útil al permitirle hacer frente a las necesidades de la empresa en el marco de una economía versátil especialmente a consecuencia del cambio tecnológico y otras variaciones derivadas de la oferta y la demanda. Es también un beneficio para el empleador porque le permite ir

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

concretizando permanentemente las funciones que deberán desarrollar sus trabajadores y variar otros elementos no esenciales de la prestación de trabajo.

Relativo a la objetividad del *Ius Variandi*, nos señala Helios que ésta radica en que la modificación contractual afecta el objeto material del acuerdo convencional y no a los sujetos. Este carácter desplaza como *Ius Variandi* la sustitución de sujetos, que por sí misma no altera los contenidos objetivos.

Además, el autor en análisis señala que el *Ius Variandi* se caracteriza por ser definitivo, lo que a su juicio “excluiría dentro de la ontología del instituto las situaciones del llamado *Ius Variandi* transitorio, porque no sería realmente continuativa la transformación y el carácter herético del cambio unilateral que implica el *Ius Variandi*, pierde su fuerza al ser meramente episódico. Toda la carga y gravedad de caracteres del *Ius Variandi* supone la permanencia de sus efectos jurídicos innovatorios”³².

A nuestro juicio, si bien es cierto que una modificación permanente puede ser generalmente más grave para el trabajador en el sentido de irrogarle mayores perjuicios, no coincidimos con la opinión del autor, por cuanto igualmente un cambio transitorio puede generar graves consecuencias al trabajador, incluso daño, y ello implicar una gran carga para aquel.

2.4 Fundamento o justificación.

Corresponde a continuación indagar sobre la fundamentación de la institución en estudio, tema que ha sido analizado por la doctrina desde variados puntos de vista en las últimas décadas, por lo cual nos encontramos ante una serie de conclusiones, diversas entre sí.

³² Ob. cit., pág. 39

Otra parte de la doctrina encuentra el fundamento del *lus Variandi* en el poder organizativo del empleador, como emanación de los poderes jerárquicos de éste en el control de la empresa. De esta opinión es Giorgio Ardaù, quien funda su desarrollo en el artículo 2103 del Código Civil italiano, en virtud del cual el empresario puede, en relación con las exigencias de la empresa, confiar al prestador de trabajo una tarea diversa, con tal de que no importe una disminución de la retribución o una transformación sustancial de su posición.³³

Otra parte de la doctrina encuentra el fundamento del *lus Variandi* en el deber de colaboración que asiste al trabajador, y en virtud de este deber el dependiente deberá desempeñar eventualmente tareas de otras categorías distintas de aquella a la que pertenece. Américo Plá ilustra respecto a esta postura refiriéndose a ella en los siguientes términos: “Se necesita una cierta elasticidad ya prevista en el derecho común que conceda un *lus variandi* al empresario, si bien esa elasticidad debe ser contenida dentro de ciertos límites.”³⁴

Una doctrina diversa señala que el ejercicio del poder disciplinario por parte del empleador es la base que justifica el *lus Variandi* y Américo Plá lo ejemplifica afirmando que para dicha doctrina el *lus Variandi* “(...) es sólo un aspecto del poder disciplinario. Según él debe entenderse como la facultad que tiene el empresario de mudar, alterar y hasta suprimir parcialmente el trabajo de sus subordinados en la empresa. Nace esta facultad a consecuencia de la jerarquía que acuerdan el contrato y las leyes del trabajo al empresario de dirigir, coordinar y fiscalizar.”³⁵

Por último, la posición que mayor aceptación ha encontrado en la doctrina es aquella que fundamenta el *lus Variandi* en el ejercicio del poder de dirección del empleador. De dicho modo, se señala que “el poder de dirección comprende en primer lugar, la función ejecutoria o decisoria sobre el modo en que se cumplirá el trabajo, y

³³ Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Curso de Derecho Laboral, tomo II, vol. I Contratos de Trabajo, Editorial Acalí, Montevideo, Uruguay, 1978, pág. 180

³⁴ Ob. cit., pág. 181.

³⁵ Ídem.

dado que, por un lado, el objeto del mismo no se encuentra generalmente definido con total precisión en el momento inicial de contratación, y por lo demás al tratarse de una relación que se prolonga en el tiempo requiere de cierto dinamismo, se reconoce al empleador la facultad de introducir modificaciones no sustanciales en el modo de la prestación de trabajo.³⁶ En el mismo texto se señala que cierta doctrina alemana “ha afirmado que no debería en realidad hablarse del *lus variandi* como figura independiente, sino entenderlo como simple manifestación del poder directivo del empresario.”³⁷ Ilustra sobre el tema Américo Plá, quien citando a Cabanellas, razona que “(...) si el patrono tiene la facultad de dirigir, coordinar y fiscalizar la empresa, es natural que de ella se deduzca una potestad de orientar a sus subordinados, en forma tal que la prestación se desarrolle de acuerdo con las exigencias de la producción de los servicios forman parte del poder directivo del empresario.”³⁸

Además señala que ese ejercicio debe tener como límite el no alterar las cláusulas esenciales del contrato. Por tanto, el *lus Variandi* está vinculado al poder jerárquico del empresario a fin de fijar las condiciones de la prestación de servicios por el trabajador, y por otro lado, el deber de este último de obedecer las órdenes que reciba en el desarrollo de su prestación. Por tanto, la facultad del empresario de dirigir su empresa permite fundamentar su derecho a variar las circunstancias no esenciales de la prestación de trabajo en cuanto a su forma y modalidades.

La finalidad para la que se contrata a un trabajador no puede entenderse como la adscripción permanente a una determinada función, sino que se encuentra condicionada a los fines de la empresa y el *lus Variandi*, el que se presenta como “una consecuencia de la facultad de dirección que habilita a disponer dicha capacidad según las exigencias de la producción.”³⁹

³⁶ ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador). *Tratado de Derecho del Trabajo*, 1ª edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 794.

³⁷ Ob. cit., pág. 796.

³⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 181.

³⁹ VASQUEZ VIALARD, Antonio. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág. 260.

Otros autores encuentran la fundamentación de este instituto en la estabilidad del contrato de trabajo, como De Ferrari, citado por Mario Silva, señalando que “la concepción civilista del contrato no permite admitir (...) la existencia de un *lus variandi*, porque el contrato es la ley de las partes y cada una de ellas tiene un poder jurídico para impedir que la otra modifique los dictados de esa ley.”⁴⁰

Se reconoce que el Derecho Laboral genera una relación de carácter permanente y en continuo cambio, para lo cual se requiere de herramientas para su adecuación a las nuevas realidades, por lo cual podría decirse que “(...) el *lus variandi* se confunde con la idea misma de estabilidad y constituye una posibilidad de supervivencia de la relación contractual.”⁴¹

La idea parte de la base de que la relación laboral no agota su objeto en un solo acto, sino que genera una diversidad de obligaciones que deberán irse cumpliendo a lo largo del tiempo. Derivado de este carácter permanente se irán presentando nuevas circunstancias que requerirán ajustes periódicos que beneficiarán a ambas partes de la relación, tanto al empleador -que podrá adaptarse a la nueva realidad económica, social, tecnológica, etc.-, como el trabajador -que podrá mantener la relación no obstante los cambios externos o internos que se presenten-.

De esta forma se reconoce que una nota característica del contrato de trabajo es su continua renovación, y por tanto, debe admitirse todos aquellos cambios necesarios para su posterior cumplimiento o existencia dentro de los marcos legales impuestos.

Esta posición indirectamente reconoce el poder de dirección como un antecedente para la institución en comento por cuanto en el ejercicio de esta prerrogativa, el empresario podrá modificar el contrato, pero incorpora un elemento nuevo en la medida que esta facultad sólo procederá por circunstancias nuevas y excluyendo su

⁴⁰ AAVV, IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1ª edición, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998, pág. 12.

⁴¹ GAETE VILLEGA, Daniel, La ley del contrato y el *lus variandi*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, Santiago, Chile, 1990, pág. 27.

solo arbitrio. “No obstante ello esta posición presenta un gran avance sobre la anterior, ya que implícitamente pregona que la facultad modificatoria unilateral del empleador sólo tendrá cabida ante circunstancias novedosas -que no existían al momento de contratar- y ajenas al mero arbitrio de aquel.”⁴²

Algunos autores fundamentan el *Ius Variandi* como modo de precisar la prestación del trabajador. Estos autores citan a Monzón, para quien la prestación del trabajador es una obligación de hacer que se caracteriza por un despliegue de energía física o de trabajo que se realiza en beneficio del empleador-acreedor⁴³, pero en el contrato no se contemplan, según este autor, una labor determinada sino que contempla el contrato de trabajo una serie, un complejo indeterminado e infinito de funciones que se describen abstractamente en el contrato y se limitan por la calificación profesional del trabajador. Es precisamente esta indeterminación la que fundamentaría el *Ius Variandi* permitiendo al empleador determinarlas de vez en cuando y se señala que “A partir de esto el empleador puede –explica Monzón–, dentro de una prestación genéricamente prometida, individualizar los distintos actos de cumplimiento de la misma.”⁴⁴

Podemos advertir que la doctrina ha discutido arduamente el fundamento de esta institución señalando diferentes explicaciones para la misma, pero debemos concluir que a pesar de las diferencias existentes, se ha otorgado esta facultad al empleador ante necesidades objetivas en la marcha de la empresa que requieren de una respuesta rápida para ser eficaces y que se vincula directamente con la posibilidad de perdurabilidad del vínculo laboral y por tanto, con los derechos y la situación del trabajador, especialmente con el hecho de que éste no se vea expuesto a perder su trabajo. Además se vincula este instituto con la concretización en la realidad de la labor genéricamente pactada. En virtud de esto se otorga al empleador la facultad de modificar el contrato de trabajo en materias no sustanciales para hacer frente a los cambios que se dan en la vida económica de la empresa.

⁴² ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador), ob. cit., pág. 797.

⁴³ Ob. cit., pág. 798.

⁴⁴ Ídem.

No está de más señalar que el ejercicio del *lus Variandi* reconoce límites inmanentes y otro de carácter funcional que se analizarán más adelante. Lo que debe concluirse en esta etapa es que el *lus Variandi* es una necesidad para el empleador, pero también tiene beneficios para el trabajador, siempre que se ejerza dentro de los límites impuestos normativamente.

2.5 Aproximación conceptual.

El *lus Variandi* puede ser definido como “la facultad otorgada al empleador para modificar de modo no esencial las modalidades de prestación del trabajo, por razones funcionales a la organización empresarial”⁴⁵, o bien como “la potestad del empleador de variar dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador.”⁴⁶

Otra definición que es conveniente señalar es la de Carlos Carro Zúñiga según el cual el *lus Variandi* corresponde a “un poder del empleador que le permite modificar las condiciones de trabajo, sin o contra la anuencia del empleado, cuando existe una justa necesidad de la empresa y sin que ocasione grave perjuicio a éste”⁴⁷

Podemos apreciar que todas las definiciones tienen algunos elementos en común, lo que es necesario analizar con un poco más de detención.

En primer lugar, en las varias definiciones se señala que el *lus Variandi* es una “facultad” o “potestad” del empleador, que queda a su entera libertad determinar si lo ejerce o no. Por lo tanto, el empleador no podrá ser obligado en su ejercicio por otras personas, especialmente por el trabajador, todo esto en virtud de que este derecho lo

⁴⁵ Ob. cit., pág. 795.

⁴⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob cit., pág. 176.

⁴⁷ Citado por SOTO BENTANCOURT, Daniel, El *lus variandi* como elemento de flexibilidad laboral, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Concepción, Chile, 2001, pág. 15.

ejerce el empleador gracias al poder de dirección que tiene sobre la empresa, para concretizar la labor precisa que deberá realizar el trabajador y que como ya se ha dicho, se ha determinado genéricamente en el contrato de trabajo.

El hecho de que sea conceptualizado como una facultad exclusiva del empleador no implica que pueda ser ejercido arbitrariamente sino que dentro de ciertos límites impuesto por la ley, el propio contrato de trabajo, la calificación profesional del trabajador, los fines de la empresa, etc., elementos todos que sirven de marco referencial para el ejercicio del *ius Variandi* y de los cuales se deducen los límites de éste y que de no respetarse darían origen al ejercicio abusivo de esta facultad y permitirían al trabajador oponerse a este cambio de circunstancias.

En segundo lugar, el titular del *ius Variandi* es el empleador, y solamente éste puede ejercerlo dentro de los límites legales. El trabajador no puede modificar unilateralmente el contrato de trabajo y por otro lado, el *ius Variandi* no se ejerce conjuntamente entre las partes de la relación laboral. En caso de presentarse esta última situación, nos encontraríamos ante una modificación del contrato de mutuo acuerdo.

El que su titularidad esté reservada al empleador es precisamente lo que nos permite distinguirlo de otras figuras jurídicas como la novación, en la que nos encontramos ante un acto bilateral, es decir, en el que ambas partes tienen participación.

Esta facultad concedida al empleador le permite variar ciertos elementos de la relación laboral. La doctrina ha señalado que este término de “variar” es el más preciso para dar a entender la esencia de esta institución, y que consiste en la posibilidad de modificación de elementos no esenciales del contrato y de la relación laboral y excluyendo por tanto todo intento del empleador de “alterar” la relación laboral, consistente en cambiar las condiciones esenciales del contrato, que sólo podría lograrse por un acuerdo entre las partes.

En este orden de ideas, Américo Plá nos dice que “Reservamos el verbo alterar para aquellas modificaciones que afecten la esencia de una cosa, mientras que variar significa simplemente cambiar una cosa de forma, propiedad o estado.”⁴⁸

Por otro lado, esta posibilidad de modificación dentro del ámbito de la relación laboral solamente permite variar ciertas modalidades o aspectos secundarios de la prestación de las tareas como pueden ser la circunstancia de lugar, tiempo y forma.

Así Vásquez Vialard señala que “de ningún modo se puede modificar sustancialmente lo concertado; en ese caso, no se trataría ya de un derecho a variar los modos de prestación, sino a alterar el acuerdo mismo.”⁴⁹ El *Ius Variandi* permite modificar aspectos no esenciales de la relación laboral y así señala que “los límites del *Ius variandi* coincidirán con la frontera entre lo que sea una modificación accesorio y una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.”⁵⁰

Finalmente, el *Ius Variandi* se puede referir a la prestación de las tareas del trabajador, es decir, las modificaciones pueden hacer relación a aquello que el trabajador debe hacer, el lugar donde realizarlo, y cuando ejecutar su trabajo. Puede apreciarse que el *Ius Variandi* se refiere al cumplimiento de la obligación del trabajador en cuanto permite concretar su deber de prestar su trabajo.

Según Américo Plá, el *Ius Variandi* puede “versar también sobre algún aspecto muy secundario de las obligaciones del empleador, como podría ser el lugar de pago del salario, la periodicidad con que se abona, algún detalle sobre la forma de cálculo.”⁵¹

2.6 Evolución legislativa.

⁴⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 176.

⁴⁹ VASQUEZ VIALARD, Antonio., ob. cit., pág. 261.

⁵⁰ ALVIOL MONTECINOS, Ignacio y otros, Compendio de Derecho del Trabajo, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2008, pág. 244.

⁵¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 177.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la institución del *lus Variandi* en el artículo 12 del Código del Trabajo, según se verá en el próximo capítulo, y su redacción proviene del Decreto Ley No. 2.200 del año 1978.

Adelantamos que dicha facultad puede ejercerse alterando la naturaleza de los servicios prestados, el lugar o recinto en que ellos deban otorgarse y la distribución de la jornada de trabajo.

Con anterioridad a la vigencia del mencionado Decreto Ley, la legislación recogía la institución en forma más atenuada o restringida pues durante la vigencia del anterior Código del Trabajo, sólo se otorgaba al empleador la facultad de variar la jornada de trabajo.

En efecto, el artículo 27 del Código del Trabajo de 1931, señalaba que “Podrá excederse la jornada ordinaria, pero sólo en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito, o cuando se deba impedir accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.”

Lamentablemente, desconocemos las razones o motivaciones específicas que condujeron al legislador del año 1978 a ampliar la facultad unilateral del empleador de variar aspectos de la relación laboral, ello por cuanto no hay constancia alguna de las disquisiciones que sobre el tema hubieren surgido ya que la historia de la ley no hace reminiscencia alguna al respecto. Sin embargo, atendido el contexto histórico en que la norma en comento se dictó, dentro del Plan Laboral, podemos inferir que con ella se pretendió otorgar una herramienta al empleador para flexibilizar a su necesidad la

relación individual de trabajo, ya que dicha etapa se caracterizó, a grandes razgos, por una reducción del contenido tutelar y protector de la normativa laboral.

CAPÍTULO III

EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

En este capítulo nos abocaremos a conocer los casos en que tiene cabida el ejercicio del Ius Variandi, reconociendo hipótesis de aplicación general y otras específicas, así como también estudiaremos los límites que una medida adoptada por el empleador, en ejercicio del Ius Variandi, debe respetar para que sea legítima.

3.1 Aplicación del Ius Variandi.

Tanto en doctrina como desde el punto de vista legal, se establecen ciertos elementos sobre los cuales debe recaer la medida adoptada por el empleador para que pueda constituir un uso legítimo de la institución en estudio.

3.1.1 Opinión doctrinaria.

La doctrina distingue varios tipos de Ius Variandi, los que ya son tradicionales en los manuales de Derecho Laboral, y que corresponde a la distinción entre Ius Variandi Normal y Excepcional. También la doctrina señala que el Ius Variandi puede ser Provisional o Definitivo.

En cuanto al Ius Variandi Normal y Excepcional, podemos señalar que el primero de ellos otorga la facultad de introducir pequeñas modificaciones en cualquier época y mientras se encuentre vigente la ejecución del contrato, y por consiguiente, la relación laboral. Según este tipo de Ius Variandi, no se podrá alterar las condiciones sustanciales del contrato de trabajo, o más bien, de la relación laboral, y además, se

encuentra sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos. El ejercicio de este Ius Variandi se daría “en todos aquellos casos en que se introducen modificaciones en aspectos secundarios de la prestación laboral, en cualquier momento durante la ejecución del contrato y en orden a la actividad normal y rutinaria de la empresa; se trata de la forma normal, habitual, ordinaria, natural de aplicación del ius variandi”⁵².

Por último cabe señalar que este Ius Variandi encuentra su justificación plenamente en el poder de dirección que tiene el empleador.

El Ius Variandi Excepcional implica la facultad de modificar las condiciones en las que se presta el trabajo debido al surgimiento de circunstancias imprevistas y extraordinarias. Este Ius Variandi, según la doctrina, “se motiva en situaciones empresariales de emergencia, en las que debe hacerse frente a circunstancias imprevistas; en atención a ese carácter extraordinario, la doctrina tiende a admitir una menor exigencia en el análisis de los requisitos y límites condicionantes de sus legitimidad, validez y eficacia”⁵³. Frente a la situación de excepción que sirve de fundamento a este Ius Variandi, se concede al empleador la facultad de que las variaciones sean más amplias, pero limitadas al tiempo que dure esa situación excepcional. Este tipo de Ius Variandi encuentra su justificación en el deber de colaboración que le impone el contrato de trabajo al trabajador y puede llevar a éste a tener que desempeñar funciones diferentes de las correspondientes a su categoría y de las consignadas en el contrato de trabajo mientras subsista la situación de emergencia.

Sin embargo, no cualquier situación excepcional amerita la aplicación de esta forma de Ius Variandi, y así lo ha entendido la Dirección del Trabajo, la que en Ord. No. 158/02 analiza los presupuestos fácticos de la medida adoptada por el empleador, señalando que “En definitiva, y en atención a las consideraciones realizadas, la Empresa Mantos de Oro no se encuentra habilitada para extender la jornada ordinaria

⁵² FERA, Mario, en AAVV, IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1ª edición, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998, pág. 23.

⁵³ Ob. cit., pág. 23.

de trabajo en los arreglos correspondientes al cambio del revestimiento interior y otros en la línea de producción interna toda vez que dichas reparaciones no reúnen ni la característica de impostergable ni tienen por objeto evitar un perjuicio en la marcha normal de la empresa sino que se trata de arreglos necesarios y ordinarios que constituyen ellos, precisamente, parte de la marcha normal de la empresa.”⁵⁴

En cuanto a la clasificación del *Ius Variandi* en Definitivo y Provisional, podemos señalar que el primero de ellos supone una modificación con vocación de permanencia, de mayor perdurabilidad, o por duración indefinida. El Provisional implica que las modificaciones tendrán un carácter temporal y, por tanto, limitadas en el tiempo. La importancia de esta clasificación radica en que para el ejercicio y admisión del *Ius Variandi* Definitivo se debe ser más severo para en cuanto a su aplicación.

Por otro lado, la doctrina señala como cláusulas que pueden ser modificadas, en virtud del *Ius Variandi*, las que siguen a continuación.

En primer lugar, señalan que el *Ius Variandi* se puede referir al lugar de la prestación de los servicios, tanto dentro de un mismo establecimiento como fuera de éste. En general, el cambio de lugar dentro del mismo establecimiento no debiera generar mayores problemas para su admisión, salvo que ésta no fuese justificada por razones objetivas y de necesidad de la empresa, y respondiera simplemente a un acto discriminatorio.

El cambio de sucursal o de establecimiento genera más problemas para su admisión, por cuanto afecta una esfera más amplia de los derechos y libertades del trabajador. Por ejemplo, podría presentarse un cambio de ciudad, situación que obviamente genera mayores gastos y perjuicios al dependiente. Algunas legislaciones, como la nuestra, establecen en sus respectivas regulaciones relativas al *Ius Variandi* que éste, cuando se refiera al cambio del lugar de prestación de faenas, el nuevo sitio

⁵⁴ Dirección del Trabajo, Ord. 158/02, de 04 de enero de 1995, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88599.html>

o recinto deberá quedar dentro del mismo lugar o ciudad en el cual se ejercían anteriormente las funciones.

En estos casos, la doctrina señala que “En cambio, con excepción de aquellas tareas que tienen como mercado normal una región dilatada (técnicos en incendios de pozos de petróleo, hombres rana, etc.), la modificación del lugar de prestación fuera de la localidad y sus alrededores, aunque sea transitoria, podría constituir una alteración sustancial que no obliga al trabajador”⁵⁵.

La doctrina también considera la situación en la cual el cambio se deba al traslado de la empresa a otro lugar. Así, el desplazamiento de la empresa puede ser a un sitio próximo o lejano. En el primer caso, el trabajador debiera aceptar el cambio que se encontraría justificado plenamente por el *lus Variandi*, salvo que se le genere perjuicios. En caso de que el traslado de la empresa sea a un lugar lejano, se concluye que sólo sería aceptable en la medida de que no cause perjuicios al trabajador, tanto morales como económicos. En este sentido, un cambio de región o ciudades no sería aceptable como ejercicio de *lus Variandi* por que implicaría un “grave perjuicio para los trabajadores, en cuanto estos deberían abandonar el medio social familiar, con los consiguientes problemas de todo orden que ello significa”⁵⁶.

De esta forma, el cambio a un lugar lejano, en principio, no debiera ser aceptado como caso de *lus Variandi* ya que se produciría una alteración sustancial de las condiciones del contrato de trabajo que no han sido tenidas en cuenta por las partes, especialmente por el sujeto trabajador, al momento de contratar. De esta opinión es Garzón, quien concluye que “Al empleador corresponde responder por las consecuencias de su decisión, al lesionar los intereses del trabajador”⁵⁷. Sobre este punto, ahondaremos en el próximo acápite, referido a los efectos del *lus Variandi*.

⁵⁵ FERA, Mario, en AAVV, IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ob. cit, pág. 24.

⁵⁶ GARZÓN FERREYRA, Ignacio, en AAVV, IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1a. edición, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998, pág. 686.

⁵⁷ Ídem.

Otro elemento de la relación laboral que puede ser modificada por el *lus Variandi*, según la doctrina, es en la clase de actividades a realizar por el trabajador dentro de la misma categoría profesional. En este sentido, se señala por la doctrina, a través de Justo López, que la calificación contractual “fija para el trabajador la naturaleza de sus derechos y obligaciones frente a la empresa (...) de la nitidez de sus contornos depende, en verdad, la ejecución del contrato: ella determina la cantidad y la naturaleza de las obligaciones fijadas por el vínculo establecido entre las partes. Es entonces un elemento esencial de todo contrato de trabajo”⁵⁸.

Debemos tener en cuenta que la doctrina se encuentra conteste en que la “regla consiste en que al trabajador no se le debe trasladar de uno a otro empleo, ni de un lugar a otro, para la prestación de sus servicios”⁵⁹. Este cambio sólo procederá por circunstancias especiales y sin que se genere perjuicio al trabajador. No debe olvidarse que existen importantes empresas y actividades económicas en las cuales el cambio de lugar de prestación de los servicios es consustancial con la actividad, y es precisamente allí, y solo allí, donde los cambios serán cláusula normal del contrato o bien deberán ser aceptadas por el trabajador, como podría tratarse con los trabajadores que construyen una larga carretera. En estos casos, incluso los trabajadores se verán obligados a vivir en campamentos que cambian con frecuencia de lugar según la progresión de las obras.

En tercer lugar, el *lus Variandi* puede incidir en el tiempo de trabajo. En este caso nos encontramos ante dos diversas posibilidades: la primera es que el *lus Variandi* se refiera al cambio de jornada y, por otro lado, al cambio de horario solamente.

Respecto al cambio de la jornada, podemos señalar que parte de la doctrina estima que ella forma parte del núcleo del contrato y de la prestación, por lo cual no puede ser objeto del *lus Variandi*.

⁵⁸ Citado en ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador), ob. cit., pág. 813.

⁵⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, tomo I, 4a. edición, Heliasta Editores, Argentina, 2001, pág. 526.

Otros autores admiten la posibilidad de cambio de jornada, pero en casos excepcionales y por necesidades justificadas de la empresa. Así, Garzón señala que “No es comprensible, así de improviso, admitir que a un trabajador que se desempeña en tareas de jornada diurna, pase a trabajar en horario nocturno. Pero ciertas exigencias o modalidades del empleador, pueden justificar el ejercicio del ius variandi”⁶⁰. De forma tal que un cambio de jornada diurna por nocturna debe ser debidamente justificada y no causar agravio al trabajador para poder concluir la legitimidad del el ejercicio de la facultad.

Además, en relación al cambio en la jornada, la doctrina también admite la posibilidad de variar los límites máximos de la jornada laboral, pero también se exige que se trate de casos excepcionales y por motivos justificados.

En relación al cambio de horario, la doctrina señala que es admisible un cambio en la distribución del tiempo de trabajo, ya sea adelantando la hora de ingreso o retrasando la hora de salida, o bien, aumentando las horas diarias de trabajo por circunstancias especiales de la marcha de la empresa o del mercado. Se puede pensar en el caso del aumento de la jornada de los trabajadores con anterioridad a festividades, lo cual es reconocido por la Ley chilena que, en el artículo 24 del Código del Trabajo, autoriza al empleador para extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas en los períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades.

Ahora, sea cual fuere el elemento a variar, el requisito común para todos los casos de ius Variandi que a continuación veremos, es el deber del empleador de informar en forma previa a los trabajadores afectados del cambio de que se trate, pues “si bien las facultades del empleador, de ejercitar el jus variandi, dentro de los rangos legales, son privativas, ellas deben ser previamente informadas a los trabajadores.”⁶¹

⁶⁰ GARZÓN FERREYRA, Ignacio, en AAVV, ob. cit., pág. 679.

⁶¹ Sentencia pronunciada por el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 13 julio de 2010, en causa RIT No. O-932-2010, caratulada “Torres y otra con Compass Catering S.A. y Compass Servicios S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

3.1.2 Casuística legal.

Nuestro Código del Trabajo establece en su artículo 12 casos de general aplicación del *Ius Variandi*, sin embargo, a lo largo del mismo cuerpo legal, se prevén otras hipótesis que tienen lugar bajo circunstancias especiales y/o dentro de determinadas actividades económicas.

3.1.2.1 Casos generales.

De acuerdo a lo que establece el artículo 12 del Código del Trabajo, dentro de los casos generales de *Ius Variandi* podemos señalar los siguientes:

- a) Alteración de la naturaleza de los servicios;
- b) Alteración del lugar o recinto en que se prestan los servicios; y
- c) Alteración de la distribución de la jornada de trabajo;

3.1.2.1.1 Alteración de la naturaleza de los servicios.

Señala el artículo 12 del Código del Trabajo que el empleador podrá modificar unilateralmente “la naturaleza de los servicios (...) a condición de que se trate de labores similares (...) sin que ello importe menoscabo para el trabajador.”

Dentro de las menciones obligatorias que el contrato de trabajo debe contener, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 No. 3 del Código del Ramo, se encuentra la fijación de la naturaleza de los servicios a prestar por el trabajador.

Dicha determinación debe ser entendida en el sentido de “establecer o consignar de forma clara y precisa el trabajo específico para el cual ha sido contratado el dependiente.”⁶²

Para que el empleador, unilateralmente, pueda variar este elemento debe cumplir con dos requisitos copulativos:

- i) Que se trate de labores similares; y,
- ii) Que no signifique menoscabo para el trabajador.

Respecto al primer requisito, la Dirección del Trabajo ha indicado lo que debemos entender por “labores similares”, siendo “aquellas que requieren de idéntico esfuerzo intelectual o físico, que se realizan en condiciones higiénicas y ambientales parecidas a aquellas en que se desempeñaba el dependiente y que se efectúen en un nivel jerárquico semejante a aquel en que se prestaban los servicios convenidos primitivamente.”⁶³

En cuanto al segundo requisito, que es común para los todos casos en estudio y sin perjuicio de lo que se abordará más adelante, podemos citar el mismo oficio de la Dirección del Trabajo, que señala que es “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, etc.”⁶⁴.

El perjuicio o menoscabo que se genera al trabajador puede ser tanto económico, como moral y/o físico. Así lo ha resuelto la jurisprudencia de los tribunales, que reconoce que en este concepto de menoscabo se incluye el daño moral. Así la Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 50-941 sostiene que “Es ilegal la

⁶² Dirección del Trabajo, Ord. No. 2790/133, de 05 de marzo de 1995, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88833.html>

⁶³ GOBIERNO DE CHILE, Dirección del Trabajo, Oficio Circular No. 5, de 02 de marzo de 1982.

⁶⁴ Ídem.

alteración de los servicios, aun cuando ellos se presten en un mismo lugar y sin menoscabo de sus remuneraciones, si el cambio importa una disminución de su esfera de influencia y área de desempeño de sus funciones”⁶⁵.

Considerando entonces lo precedentemente señalado, podemos afirmar que los requisitos exigidos para que el empleador pueda alterar la naturaleza de los servicios en forma válida son:

i) Debe tratarse de labores similares, aunque no iguales, y que requieran idéntico esfuerzo intelectual o físico;

ii) Que las condiciones ambientales sean de semejante naturaleza, es decir, como señala la Dirección del Trabajo deben ser similares mas no idénticas; y

iii) Que las nuevas labores encomendadas no importen un mayor grado de subordinación o dependencia jerárquica al interior de la empresa.

Sin embargo, no podemos confundir una alteración en la naturaleza de las funciones con una simple modificación en la forma de cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo.

Para aclarar el punto, resulta conveniente citar un fallo reciente que señala y ejemplifica: “Que, del mérito de los antecedentes allegados al juicio, en particular la declaración de los testigos presentados por la parte demandada, se desprende inequívocamente el hecho que éste siempre se desempeñó como enfermera de pabellón, que para eso fue contratada, pero que debido a su gusto por el área de traumatología se desempeño en dicha área, de lo que se desprende que la circunstancia de que la demandada la destinara al pabellón de traumatología y que posteriormente la destinaran a otros pabellones, no puede estimarse una alteración

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, autos Rol Ingreso Corte No. 50-941, sentencia de 30 de septiembre de 1994, recurso electrónico disponible en www.legalpublishing.cl

como ha quedado dicho en las funciones para las cuales fue contratada, sino una simple modificación en la forma en que debía cumplir sus obligaciones como enfermera de pabellón⁶⁶.

3.1.2.1.2 Alteración del lugar o recinto en que se prestan los servicios.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 10 No. 3 del Código del Trabajo, la determinación del lugar o ciudad en que hayan de prestarse los servicios constituye una estipulación mínima del contrato de trabajo.

La Dirección del Trabajo ha señalado que debemos entender por lugar de trabajo “al espacio o sitio físico donde el trabajador, dentro del recinto de la empresa desempeña sus labores”⁶⁷.

La finalidad de esta cláusula mínima es dar certeza al trabajador respecto del lugar en que deberá prestar sus servicios, evitando así que este aspecto quede sujeto al mero arbitrio del empleador, lo que se traduce en “la improcedencia de fijar cláusulas amplias (...) con reservas que permiten al empleador trasladar a un trabajador a una ciudad distinta a la de su desempeño habitual”⁶⁸.

No obstante lo anterior, el artículo 12 del Código del Trabajo admite, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, el cambio del lugar en que se prestan los servicios. En efecto, el mencionado artículo señala que: “El empleador podrá alterar (...) el sitio o recinto en que ellos (*los servicios*) deban prestarse, a condición de (...)

⁶⁶ Sentencia pronunciada por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 29 de marzo de 2010, en causa RIT No. O-16-2010, caratulada “Luhr con Dirección de Previsión de Carabineros de Chile”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

⁶⁷ Dirección del Trabajo, Ord. No. 3794/200, de 30 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88215.html>

⁶⁸ Dirección del Trabajo, Ord. No. 2790/133, de 05 de marzo de 1995, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88833.html>

que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.”

Entonces, para que tenga aplicación este caso de los Variandi, es menester la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que el nuevo sitio o recinto quede ubicado dentro del mismo lugar o ciudad, y
- 2) Que la alteración no produzca menoscabo para el trabajador.

En cuanto al primer requisito, el cambio debe verificarse necesariamente “dentro de la misma 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”⁶⁹.

Respecto al concepto de ciudad señalado por el artículo 12 del Código del Trabajo, y en cuanto al caso específico de la ciudad de Santiago, la Dirección del Trabajo ha señalado que “comprende todas las comunas establecidas en el Plan Regulador Metropolitano” y para los efectos previstos en el precepto mencionado, es “el espacio geográfico comprendido por los territorios urbanizados y urbanizables (áreas consolidadas y de extensión urbana), establecidos en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago, comprendidos en las comunas de: Santiago, Independencia, Conchalí, Huechuraba, Recoleta, Providencia, Vitacura, Lo Barnechea, Las Condes, Ñuñoa, La Reina, Macul, Peñalolén, La Florida, La Pintana, San Joaquín, La Granja, San Ramón, San Miguel, La Cisterna, El Bosque, P. Aguirre Cerda, Lo Espejo, Estación Central, Cerrillos, Maipú, Quinta Normal, Pudahuel, Lo Prado, Cerro Navia, Renca, Quilicura, Puente Alto y San Bernardo”⁷⁰.

⁶⁹ GOBIERNO DE CHILE, Dirección del Trabajo, Oficio Circular No. 5, de 02 de marzo de 1982.

⁷⁰ Dirección del Trabajo, Ord. No. 1162/52, 26 de marzo de 2001, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62531.html>

Por lo tanto, y a partir de lo precedentemente aseverado, concluimos que el concepto en estudio debemos entenderlo en relación al Plan Regulador de la ciudad geográfica de que se trate.

Por otra parte, debemos tener presente que algunas actividades económicas se desarrollan con cambios continuos de los lugares en que se deban prestar las labores (ligados al desplazamiento de los trabajadores) y en las cuales debería, en principio, aceptarse las variaciones respecto de ciudades e incluso de largas distancias, siempre y cuando corresponda a “la zona y área geográfica donde la empresa desarrolle su actividad”⁷¹.

En efecto, el inciso final del artículo 10 del Código del Trabajo prevé la situación antes descrita, ejemplificando con los viajantes y trabajadores de transportes y circunscribiendo su lugar de trabajo a la “zona geográfica que comprenda la actividad de la empresa”.

Normalmente estos trabajadores deberán aceptar los cambios, circunstancia que deberá ser incorporada con detalle en los contratos de trabajo, determinando el área geográfica a que se refiere.

Otro tema de relevancia es la situación del cambio de domicilio de la empresa y su consecuencial efecto en el lugar de desempeño de las funciones del dependiente.

La Dirección del Trabajo ha unificado su criterio a través de su Ord. No. 4428/173, el cual establece que si el cambio de domicilio de la empresa se realiza dentro de la misma ciudad en que se estipuló inicialmente, el empleador puede entonces modificar unilateralmente el lugar en que el trabajador debe prestar sus servicios, dando cumplimiento sí a los requisitos prescritos por el artículo 12 del Código del Trabajo.

⁷¹ Dirección del Trabajo, Ord. No. 1177/61, de 03 de marzo de 1999, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-84876.html>

A contrario sensu, “si el cambio de domicilio de una empresa se efectúa a una ciudad distinta a la primitivamente estipulada en el contrato de trabajo, el empleador debe contar necesariamente con el consentimiento del trabajador, toda vez que con ello se estaría alterando una de las condiciones del contrato, cual es el lugar de prestación de los servicios”⁷².

Sobre la base de lo anterior, la Dirección del Trabajo razona en que si el trabajador se niega a dicho cambio, ello no autoriza al empleador para poner término a la relación laboral por una causal imputable a aquél. Añade que entonces el empleador debe “invocar para tales efectos la contemplada en el inciso 1º del artículo 161 del Código del Trabajo, la cual genera para el trabajador el derecho a percibir las indemnizaciones que prevé el ordenamiento jurídico vigente”⁷³.

3.1.2.1.3 Alteración de la distribución de la jornada de trabajo.

El empleador puede alterar la distribución de la jornada de trabajo, como lo permite el artículo 12 del Código del Trabajo, en los siguientes términos “(...) podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo (...)”

Podemos apreciar que el legislador expresamente acepta el cambio en la distribución de la jornada como uno de los casos generales de los Variandi y que debemos entender aplicable a cualquier actividad productiva, cumpliendo los requisitos que se señalarán.

Previamente, cabe precisar que existen casos de los Variandi especial o particular que también se refieren a la duración de la jornada, pero sólo en ciertas actividades especialmente señaladas por la Ley o en situaciones excepcionales (artículos 24, 29 y

⁷² Dirección del Trabajo, Ord. No. 4428/173, de 22 de octubre de 2003., recurso electrónico disponible <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63022.html>

⁷³ Ídem.

137 del Código del Trabajo), las que veremos más adelante. De todas maneras, podemos adelantar que estimamos que ambos casos de Ius Variandi (general y particular) son plenamente compatibles, por lo cual, por ejemplo, a un trabajador de comercio se le podría aplicar el Ius Variandi del artículo 12 en análisis, cumpliendo con sus requisitos generales. Por lo tanto, ésto no excluye la posibilidad de que ambas instituciones sean aplicadas conjuntamente.

Ahora, en este caso, se impone por Ley una serie de requisitos para su aplicación:

- i) Que la alteración se deba a circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa, establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos;
- ii) Debe darse aviso escrito al trabajador de la alteración con una anticipación mínima de 30 días; y
- iii) Sólo se puede anticipar o postergar la entrada al trabajo por un tiempo máximo de 60 minutos.

Así, la Dirección del Trabajo se ha referido a este respecto en Ord. No. 3351/185, señalando que "(...) excepcionalmente el legislador ha concedido al empleador la facultad de modificar unilateralmente la distribución de la jornada de trabajo, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, hasta en 60 minutos, lo cual, solamente le está permitido de mediar la concurrencia copulativa de dos requisitos, a saber: a) que existan circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa, establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, y b) que se de aviso al trabajador de la alteración con una anticipación mínima de treinta días."⁷⁴

⁷⁴ Dirección del Trabajo, Ord. 3351/185, de 09 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88188.html>

3.1.2.2 Casos particulares.

El Código del Trabajo, en diversas normas diseminadas, contempla casos especiales en que tiene aplicación específica el *Ius Variandi*.

- a) Alteración de la jornada de los dependientes del comercio;
- b) Alteración de la jornada de trabajadores portuarios;
- c) Alteración de la jornada por reparaciones impostergables; y
- d) Alteración de las labores agrícolas por razones climáticas.

3.1.2.2.1 Alteración de la jornada de los dependientes del comercio.

Este caso especial de *Ius Variandi* se encuentra reglamentado por el artículo 24 del Código del Ramo, que señala que el empleador “podrá extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas diarias en los períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades”.

A su turno, la Dirección del Trabajo ha manifestado que esta facultad específica del empleador “se manifiesta exigiendo laborar en las festividades anotadas, mediante la extensión de la jornada de trabajo pactada, dando derecho al trabajador a percibir el pago de horas extraordinarias”⁷⁵

La ley impone una serie de limitaciones a este ejercicio de *Ius Variandi*, los que serán analizados con mayor detenimiento cuando se estudien los límites legales al *Ius Variandi*. Por ahora basta con señalar que copulativamente:

⁷⁵ Dirección del Trabajo, Ord. No. 81/3, de 08 de enero de 2001, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62460.html>

- i) Se debe tratar de dependientes del comercio;
- ii) Que se trate de períodos inmediatamente anteriores a festividades;
- iii) Las horas que excedan al máximo legal o convencional se deben pagar como jornada extraordinaria; y
- iv) Cuando el empleador ejerza esta facultad no procederá pactar horas extraordinarias.

Debemos precisar que la expresión “dependientes del comercio” se encuentra definida por el artículo 237 del Código de Comercio, el cual expone que “los empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilien en las diversas operaciones de su giro, obrando bajo su dirección inmediata”.

El segundo requisito que impone la norma en análisis consiste en que la facultad de variar la jornada sólo puede hacerse en los períodos inmediatamente anteriores a festividades, por lo cual corresponde determinar en qué consisten dichos “períodos inmediatamente anteriores”.

La Dirección del Trabajo ha señalado que “el período en el cual se faculta al empleador para extender la jornada es 7 días inmediatamente anteriores a la festividad respectiva”⁷⁶, ello basado en dos razones interpretativas. La primera de ellas relativa a la historia del precepto, ya que este artículo vino a reemplazar la norma que permitía extender la jornada de trabajo, previa autorización, con el objeto de asegurar la atención al público. Este plazo, de acuerdo al Servicio, resulta un tiempo prudente para el abastecimiento de la población. En segundo lugar, el Dictamen aplica la regla interpretativa de la equidad natural, que corresponde al “sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana”⁷⁷.

Esta regla y la historia del precepto, según el Dictamen, autoriza al intérprete para sostener que el lapso prudencial a que se ha aludido no puede exceder de 7 días, toda

⁷⁶ GOBIERNO DE CHILE, Dirección del Trabajo, Boletín Oficial No. 75, abril de 1995, pág. 15.

⁷⁷ Ídem.

vez que “ese número de días normal y necesariamente debe bastar para asegurar a toda la población de contar con un aprovisionamiento seguro.”⁷⁸

En todo caso, el ejercicio de esta facultad, por una parte, queda sujeto al límite establecido en el artículo 31 del Código del Trabajo, esto es, 2 horas diarias, y por otra, excluye la posibilidad de que paralelamente se pacten horas extraordinarias.

Respecto de esta última situación, la prohibición emana expresamente de la Ley, en el artículo 24 inciso 2º del Código del Trabajo, precepto del cual resulta lógico afirmar que “el pacto de horas extraordinarias resulta jurídicamente procedente en toda otra circunstancia en que el empleador no haya ejercido la antedicha facultad.”⁷⁹

3.1.2.2 Alteración de la jornada de trabajadores portuarios.

Análoga a la disposición contenida en el artículo 24 del Código del Trabajo – precedentemente analizada– el legislador ha contemplado la posibilidad de extender la jornada laboral de los trabajadores portuarios para efectos de terminar con las faenas de carga y descarga, según prescribe el inciso 2º de la letra b) correspondiente al artículo 137 del mismo cuerpo legal citado.

El mencionado precepto establece que “El empleador podrá extender la jornada ordinaria sobre lo pactado siempre que deban terminarse las faenas de carga y descarga, sin que, en ningún caso, ésta pueda exceder de diez horas diarias”.

Respecto de lo que ha de entenderse por “trabajador portuario”, la Dirección del Trabajo, en Ord. No. 4413/172, es clara al señalar que “son trabajadores portuarios los trabajadores que cumplen funciones de carga y/o descarga de mercancías entre la

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Dirección del Trabajo, Ord. No. 81/3, de 08 de enero de 2001, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62460.html>

nave o artefacto naval y los recintos portuarios a los medios de transporte terrestre y viceversa, como asimismo, los que laboran en faenas que aparezcan directa e inseparablemente relacionadas con las anteriores, tales como la movilización que se inicia y termina al interior de los aludidos recintos; la que se efectúa para el acopio o almacenaje de la descarga dentro de ellos y la que tiene lugar desde los recintos portuarios a la nave o artefacto naval.”⁸⁰

Ahora, en cuanto al requisito para hacer viable la aplicación de esta forma especial de los Variandi, siguiendo las reglas de interpretación establecidas en los artículos 18 y 20 del Código Civil, la Dirección del Trabajo la ha delimitado y circunscrito a “la terminación de la labor específica para la cual fue contratada la empresa”⁸¹.

Y el Servicio se refiere a “empresa” en atención que en un mismo buque o nave puede actuar más de una empresa que otorgue el servicio de carga y/o descarga de mercancías.

Consecuentemente, señala la entidad fiscal que por la expresión “deban terminarse las faenas de carga y descarga” debe entenderse la “terminación de la faena de carga y/o descarga que, a bordo de la nave, ha contratado la respectiva empresa de muellaje”⁸².

Al igual que en la situación de los dependientes del comercio, en este caso también es aplicable el límite de la extensión de la medida (de 2 horas diarias) y la prohibición de pactar paralelamente horas extraordinarias.

⁸⁰ Dirección del Trabajo, Ord. No. 4413/172, de 22 de octubre de 2003, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63020.html>

⁸¹ Dirección del Trabajo, Ord. No. 81/3, de 08 de enero de 2001, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62460.html>

⁸² Ídem.

Sin embargo, en el caso concreto de los trabajadores portuarios eventuales, la norma en análisis no tiene aplicación puesto que “la breve y reducida duración de su contrato de trabajo hace imposible e inconcebible el funcionamiento del ius variandi”⁸³

3.1.2.2.3 Alteración de la jornada por reparaciones impostergables.

Este caso de Ius Variandi Excepcional se encuentra regulado en el artículo 29 del Código del Trabajo, el cual permite la variación unilateral por parte del empleador de la jornada de trabajo en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

Este es un caso de Ius Variandi Excepcional que sólo procede en los casos especialmente señalados por la Ley, pero además, estimamos que esta facultad del empleador debe ser utilizada con carácter de esencialmente temporal y no con un carácter definitivo. Esto se deduce de la propia regulación legal que sólo permite el cambio de jornada en situaciones anormales y por tanto, esencialmente temporales.

La Dirección de Trabajo, en Ord. No. 158/02, ha señalado específicamente que respecto de la aplicación del artículo 29 del Código del Trabajo, que: “De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que la jornada ordinaria de trabajo puede ser excedida, en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, en alguno de los siguientes casos: 1) Cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito; 2) Cuando deban impedirse accidentes, ó 3) Cuando

⁸³ Dirección del Trabajo, Ord. No. 4936/213, de 17 de noviembre de 2003, en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63068.html>

deban efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones del establecimiento o faena”⁸⁴

Ahora, en cuanto a la expresión de caso fortuito o fuerza mayor que autorizaría el ejercicio de la facultad en comento, debe entenderse referida a la definición que al efecto proporciona el artículo 45 del Código Civil, esto es, imprevisto a que no es posible resistir.

Para que en los hechos se configure el caso fortuito o fuerza mayor, la Dirección del Trabajo ha dicho que deben concurrir copulativamente los siguientes elementos⁸⁵:

a) Que el hecho o suceso que se invoca como constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor sea inimputable, esto es, que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, en el sentido que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su ocurrencia.

b) Que el referido hecho o suceso sea imprevisible, vale decir, que no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes.

c) Que el hecho o suceso sea irresistible, o sea, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo.

En cuanto a “accidente” y de acuerdo a lo que establece la Real Academia de la Lengua Española, debemos entender que dicho concepto se refiere a todo suceso eventual o acción de que involuntariamente altera el orden regular de las cosas y resulta daño para las personas o las cosas.

⁸⁴ Dirección del Trabajo, Ord. 158/02 de 9 de enero de 1995, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88599.html>

⁸⁵ Dirección del Trabajo, Ord. 5268/309, de 18 de octubre de 1999, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-85018.html>

Por otra parte, el legislador, al referirse a “un arreglo impostergable”, ha querido significar “un arreglo necesario pero además urgente y extraordinario, esto es, que requiere de pronta solución para superar una situación de emergencia.”⁸⁶

Cabe agregar que “el tiempo que los dependientes deban laborar como consecuencia de la extensión de su jornada ordinaria se considera legalmente como extraordinario, debiendo, por tanto, pagarse con el recargo legal correspondiente”⁸⁷.

3.1.2.2.4 Alteración de las labores agrícolas por razones climáticas.

Este último caso de los Variandi Específico se encuentra regulado por el artículo 89 del Código del Trabajo que dispone que “Los trabajadores agrícolas que por las razones climáticas no pudieren realizar su labor (...)”... “En el caso previsto en el inciso anterior, los trabajadores deberán efectuar las labores agrícolas compatibles con las condiciones climáticas que les encomiende el empleador, aun cuando no sean las determinadas en los respectivos contratos de trabajo.”

Se trata, por tanto, de un caso de los Variandi que se aplica exclusivamente a los trabajadores agrícolas, no pudiendo ser extendido a otras hipótesis ni a otra clase de trabajadores.

Cabe entonces señalar que en virtud de lo establecido por el artículo 87 del Código de Trabajo, se entiende limitada la aplicación de esta forma especial de los Variandi exclusivamente a aquellos dependientes que trabajen en el cultivo de la tierra y a aquellos que se desempeñen en actividades agrícolas en empresas que no sean comerciales o industriales derivadas de la agricultura.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Dirección del Trabajo, Ord. 3351/185, de 09 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88188.html>

En virtud de esta norma, se faculta al empleador para fijar otras labores a sus dependientes, pero compatibles con su condición de trabajador agrícola, aun cuando no se trate de aquellas contempladas en el respectivo contrato.

En este caso, el empleador puede ejercer la facultad cuando sus trabajadores no han podido realizar sus labores pactadas en el contrato de trabajo debido única y exclusivamente a las condiciones climáticas. En este sentido, el artículo es preciso y sólo procede el cambio de labores cuando las primitivas no se pueden realizar por una imposibilidad climática, y no por circunstancias de índole diversa.

Para saber a qué se refiere el concepto de “condiciones climáticas”, útil es recurrir al Decreto Supremo No. 45 de 16 de mayo de 1986 del Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, que aprueba el reglamento para la aplicación de los artículos 135 y 136 del Decreto Ley No. 2.200, de 1978 (actuales 88 y 89 del Código del Trabajo, respectivamente).

El cuerpo legal mencionado, en su artículo 6, señala que “se considerarán condiciones climáticas que no permiten a los trabajadores agrícolas realizar sus labores habituales, la lluvia, la nieve, el granizo o la neblina, siempre que se presenten en tal magnitud e intensidad, que impidan realizar dichas labores”.

Además, para poder ejercer esta facultad, el empleador debe observar otro requisito y que dice relación con el tipo de labores a realizar a cambio de las que aparecen en el contrato de trabajo, pero que por condiciones climáticas existe imposibilidad de llevar a cabo.

El referido cambio debe consistir en que las nuevas funciones sean “compatibles con las condiciones climáticas”, según prescribe el artículo 7 No. 3 del Decreto Supremo No. 45 y además, que sean de naturaleza agrícola, lo cual debe entenderse según lo que establece el artículo 87 del Código del Trabajo, del cual se desprende que debemos entender por aquéllas, las que se refieran al cultivo de la tierra y no a las propias de empresas comerciales o industriales derivadas de la agricultura.

3.2 Límites al ejercicio del *Ius Variandi*.

De la aproximación conceptual que sobre *Ius Variandi* se hubiere hecho en el acápite 3.1 precedente, aparece claro que esta institución posee límites que le son inherentes. Y no podría ser de otra forma atendido que, por una parte, el *Ius Variandi* constituye una excepción a los principios generales del Derecho concerniente a que los contratos bilaterales no pueden ser modificados unilateralmente por una de las partes, y por otra, el fin protector del Derecho de Trabajo.

Por lo tanto, esta facultad debe ser interpretada restrictivamente, y conforme ello, no puede ser entendida como una prerrogativa absoluta, ilimitada o arbitraria del empleador, sin sujeción a cauce alguno, y ello porque sería inconcebible que nuestro propio sistema jurídico pudiera amparar el ejercicio abusivo de un derecho.

Así lo reconoce Américo Plá, quien nos dice que “El *ius variandi* no puede alterar límites sino que tiene que sujetarse a límites. Dicho de otra manera: no está por encima de los límites sino por debajo de ellos”⁸⁸

En el mismo sentido lo ha entendido la Excm. Corte Suprema de Justicia, la que respecto al *Ius Variandi* ha señalado que se debe ejercer respetando “los derechos de los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo, excluyéndose entonces todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que importen un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser tanto desde un punto de vista económico, cuyo caso más característico es la disminución del nivel de ingresos, como también desde un punto de vista social y moral”⁸⁹.

El fin último pretendido con esta institución es que el empleador pueda facilitar el desarrollo de la actividad de la empresa, sin embargo, en caso alguno ello puede

⁸⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 184.

⁸⁹ Excm. Corte Suprema, Rol Ingreso Corte No. 2692-2007, sentencia de 29 de noviembre de 2007, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

significar la afectación de los derechos del trabajador, en especial, las condiciones relativas a la estabilidad de aquel en el cumplimiento de sus funciones.

Entonces, el *Ius Variandi* debe ser ejercido respetando ciertas fronteras, evitando vulnerar la esfera material y moral del trabajador, y que en caso de no ser observados, nos encontraremos ante un ejercicio abusivo del *Ius Variandi*.

Así también lo reconoce la jurisprudencia argentina que señala que “el *ius variandi* (...) no puede entenderse como una facultad arbitraria y omnímoda, sino que se encuentra sometida a determinadas limitaciones, debiendo utilizarse con el máximo respeto a los derechos del trabajador y a su dignidad humana y sin perjuicio para él, o con la compensación adecuada cuando el ejercicio de tal potestad resulte inevitable, y sin que pueda exceder de lo que las normas legales y los principios generales inspiradores del derecho del trabajo imponen (...) los límites del *ius variandi*, coincidirán con la frontera entre lo que sea una modificación accesorias y una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, quedando, por supuesto, fuera del “*ius variandi*” todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que afecten a la formación profesional o a la dignidad personal del trabajador.”⁹⁰

Estas limitaciones son de diversa índole y para poder determinar cuándo se han excedido, útil es recurrir al concepto de perjuicio grave causado al trabajador, a lo cual nos referiremos más adelante.

Para un estudio práctico de este tema y a fin de abarcar en forma integral todas las posibilidades procedentes, distinguiremos entre límites conceptuales o inherentes, institucionales, funcionales y normativos.

⁹⁰ Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de la República Argentina el 19 de enero de 1984 citado por ALBIOL MONTECINOS, Ignacio y otros, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 3a. edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2008, pág. 612.

3.2.1 Límites conceptuales o inherentes.

Este primer grupo de límites se relaciona con las temáticas dentro de las cuales se puede ejercer legítimamente el *lus Variandi* a fin de que éste no se desnaturalice o deje de ser tal. Si se exceden estos límites, ya no nos encontraremos ante un *lus Variandi* sino frente a una alteración del contrato de trabajo que afecta o alcanza los elementos esenciales de la prestación de trabajo y no elementos accidentales, que como se ha señalado, son los que pueden ser variados en el ejercicio de esta facultad.

Para Américo Plá, este límite “marca la órbita de validez de *ius variandi*. Para que quepa el *ius variandi* debe tratarse de una modificación que no altere el contrato de trabajo”⁹¹, por tanto, la limitación en comento sirve para demarcar el contorno de la institución en estudio y en caso de ser traspasado, nos encontraremos simplemente ante otra institución. En este sentido, los dichos límites son inmanentes a la institución del *lus Variandi*, por lo cual, la variación introducida por el empleador no puede alterar los términos de la prestación laboral, pues no está por encima de ellos, sino que por debajo y sometido a ellos.

Entonces, en virtud de estos límites, la modificación unilateral sólo puede versar sobre elementos accidentales de la relación laboral, pues “el contrato funciona como una valla intangible que impide su modificación con fundamento en las potestades jerárquicas del empleador.”⁹²

En consecuencia, no se puede cambiar las condiciones esenciales del contrato de trabajo, pues en tal caso nos encontraríamos ante una alteración sustancial del mismo.

A este respecto conveniente es citar la Ley No. 20.744 de Argentina, que en su artículo 66 señala que “El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos

⁹¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 184.

⁹² FERA, Mario en AAVV, IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1a. edición, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998, pág. 14.

cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato ni causen perjuicio material ni moral al trabajador”.

Por tanto, si en el ejercicio de esta facultad el empleador altera de manera sustancial las condiciones de trabajo, se puede estimar fundadamente que este ejercicio ha sido ilegítimo.

En este orden de ideas, el primer límite será entonces la naturaleza de las cláusulas a modificar, pues como ya se adelantó, el *ius Variandi* sólo se debe ejercer para modificar elementos no esenciales de la prestación de trabajo. Sin embargo, ante ello surge la duda respecto a qué debe entenderse por alteración contractual propiamente tal y cuál sería una modificación no esencial de las condiciones.

Para distinguir entre una y otra modificación la jurisprudencia española ha señalado que habrá una modificación sustancial (alteración) cuando “se altera y transforma el contenido mismo de la prestación laboral objeto del contrato de un modo notorio, en evidente detrimento de la formación profesional del trabajador”⁹³.

También ha afirmado que habrá una modificación sustancial cuando “(...) implique para los trabajadores una mayor onerosidad de sus prestaciones con un perjuicio comprobable.”⁹⁴

Aclaratorio resulta la explicación que al respecto nos entrega la Dirección del Trabajo, al señalar que “la relación laboral constituye un sistema complejo, integrado por múltiples variables, cuya puerta de entrada es el contrato, el cual fija un conjunto de condiciones esenciales a las que deberán sujetarse las partes en sus relaciones al interior de dicho sistema, una alteración en dichas variables o condiciones, necesariamente impactará en el contenido de las voluntades de los contratantes,

⁹³ Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de Argentina el de 15 de marzo de 1991, citada por FERA, Mario, en AAVV, ob. cit., pág. 14.

⁹⁴ Sentencia pronunciada por el Tribunal Central del Trabajo el 01 de diciembre de 1987, ob. cit., pág. 15.

exigiendo en el marco del principio de la buena fe, la adecuación del contrato para no violentar el consentimiento que cada parte otorgó al momento de pactar la relación laboral⁹⁵, de lo que se sigue que si la alteración es de tal entidad que no es posible una adecuación del contrato que permita su supervivencia, se estará transgrediendo las condiciones esenciales fijadas por el concurso originario de voluntades arribado entre empleador y trabajador.

En concordancia con lo que señala Américo Plá, en la práctica este límite no siempre es fácil de precisar, por ello, como primera medida habrá de estarse a lo que señale el contrato respectivo y en caso de que éste nada diga o no se encuentre escriturado, “este límite impide que se modifiquen aquellos aspectos relacionados con las obligaciones principales de las partes: la prestación de la tarea y la retribución servida⁹⁶, y relacionado ello con lo dispuesto en el artículo 10 del Código del Trabajo, debemos considerar por prestaciones esenciales la categoría laboral, las remuneraciones, la jornada laboral y el lugar de trabajo.

Por categoría laboral nos referimos a la función para la cual cada dependiente fue contratado y que “sintetiza y define el tipo de tareas que debe cumplir el trabajador⁹⁷. Este concepto a su vez contiene a la calificación profesional o la establecida entre las partes en el contrato de trabajo, y que corresponde o dice relación con la preparación y formación del trabajador.

La categoría laboral deviene en esencial por cuanto es el marco mínimo que permitirá determinar el complejo cúmulo de obligaciones asumidas por el trabajador, y en especial, las funciones que deberá ejecutar, descritas en forma genérica y abstracta en el contrato.

⁹⁵ Dirección del Trabajo, Ord. No. 4338/168, de 22 de septiembre de 2004, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-70421.html>

⁹⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 185.

⁹⁷ Ídem.

Por lo tanto, la categoría laboral es el marco que servirá para fijar la naturaleza de los derechos y deberes recíprocos que surgen entre las partes como consecuencia del contrato celebrado.

Por otra parte, al hablar de categoría profesional nos referimos al conjunto de aptitudes, conocimientos y habilidades del trabajador para una labor determinada, es decir, para un conjunto de labores que definen un oficio, especialidad o profesión laboral.

Debe tenerse en cuenta que el contrato de trabajo es de carácter personalísimo, lo que implica que se celebra en atención a las calidades, aptitudes, conocimientos y/o preparación del trabajador, circunstancias que han sido el motivo principal y determinante del empleador para contratar.

De esta forma, el *lus Variandi* no puede ejercerse de tal forma que perjudique la calificación profesional del trabajador en el sentido de rebajar su calidad por el cambio de faenas.

Así, Sala Franco señala que “las nuevas funciones pueden exigir una aptitud técnica que el trabajador no posee y dar lugar más tarde a un despido por esta causa, situación que no se logra evitar con la fijación de un período de adaptación al nuevo puesto. Puede ocurrir también que el nuevo puesto suponga un mayor riesgo físico para el trabajador, bien por que objetivamente sea más peligroso, bien porque la impericia del trabajador para ese trabajo cree tal riesgo. Igualmente puede significar un ataque a su derecho a la formación profesional, ya que, desviándole de su habitual labor, puede provocar un “retraso” en su carrera profesional (ascensos futuros).”⁹⁸

Si bien el empleador, en ejercicio del *lus Variandi*, podrá concretar específicamente las labores a realizar por parte del dependiente (que en la mayoría de los casos han

⁹⁸ Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág., 187.

sido determinadas genéricamente en el contrato de trabajo), en ningún caso podrá afectar la calificación profesional del trabajador que se estableció en dicha convención.

No debemos confundir por un lado la facultad del empleador para “concretizar” las labores que han sido genéricamente descritas en el contrato de trabajo, con el derecho del trabajador a que no se le altere su categoría laboral y así se concluye que “no debe equipararse el concepto de categoría profesional con el de “tareas asignadas”, por lo que una alteración de estas últimas, siempre y cuando las nuevas ofrecidas resulten encuadrables dentro de la misma categoría que tenía el trabajador, no se presentaría contraria a Derecho.”⁹⁹

En este sentido la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema reconoce que el *lus Variandi* no puede afectar la jerarquía del trabajador y así se aprecia en sentencia de 24 de julio de 2003 según la cual “(...) la alteración de la naturaleza de los servicios del trabajador que la ley permite, en cuanto expresión de la potestad de dirección del empresario, tiene un ámbito de aplicación que no puede ser transgredido. En efecto, las nuevas labores deben ser análogas, semejantes o parecidas a las que desempeñaba con anterioridad el afectado en virtud del contrato de trabajo vigente, es decir, el legislador permite al empleador alterar las funciones del dependiente pero no cambiar o modificar la “naturaleza de los servicios”¹⁰⁰.

Si bien en el considerando citado la Excma. Corte se refiere al límite en análisis en forma poco precisa al exigir sólo la mantención de labores análogas, en el considerando siguiente nos esclarece el punto, señalando “Que de lo anterior se concluye que el cambio de lugar de trabajo y la alteración de servicios alegada por la demandante no constituyen violación de contrato de trabajo por parte de su empleador, porque el cambio importó el desempeño de funciones similares, a lo que debe

⁹⁹ ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador), ob. cit., pág. 814.

¹⁰⁰ Fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema, en causa caratulada “García de la Huerta con Italy Sport S.A.”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo C, N° 2, julio – diciembre, 2003, pág. 103.

agregarse el hecho indiscutido de que la trabajadora mantenía igual jerarquía y un mismo nivel de remuneraciones.”¹⁰¹

Ahora, en cuanto a las remuneraciones, se debe tener presente que el objeto del contrato de trabajo es la prestación de servicios remunerados, donde el trabajador se obliga a ejecutar ciertas labores a favor del empleador y éste, a cambio, a remunerarle por los mismos; por lo tanto, una rebaja unilateral del monto de las remuneraciones sin previa y proporcional disminución de las tareas a efectuar, constituye una alteración al concurso de voluntades al que se hubiere arribado originariamente.

A este respecto, debemos considerar un concepto amplio de remuneraciones, en los términos establecidos en el artículo 41 del Código del Trabajo.

Un reciente fallo de la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso identifica en forma clara lo que venimos diciendo, pues al acoger la demanda interpuesta y declarando ilegal la modificación unilateral de lo que se denomina “estímulo de cajas pactado entre las partes”, señala que “tal como lo prevé el artículo 5 del código del trabajo, los contratos tanto individuales como colectivos de trabajo podrán ser modificados, añadiendo que para ello deben cumplirse las condiciones que siguen, una de las cuales, la primera, no es más que la expresión de las reglas generales del derecho, esto es, que dicha modificación debe ser producto del mutuo acuerdo entre las partes, y la segunda, la expresión de la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Si bien es cierto en materia de remuneraciones lo irrenunciable está dado por el ingreso mínimo mensual, bajo el cual no es lícito a las partes pactar y cualquier acuerdo en dicho sentido sería inexistente o nulo, no es menos cierto que para que sea lícito, dicha modificación debe contar con el acuerdo de las partes contratantes, acuerdo con el que, como se ha dicho, la modificación de la que nos ocupamos, no

¹⁰¹ Ídem.

contó, lo que la transforma en ilegal por emanar de la sola voluntad de la parte que sin tal consentimiento se la impuso a los trabajadores”¹⁰².

Respecto a la jornada laboral, debemos entender por ella, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 del Código del Trabajo, el tiempo durante el cual el dependiente debe estar efectivamente prestando sus servicios de acuerdo a lo pactado en su respectivo contrato.

La regla general es que la jornada de trabajo no puede exceder las 45 horas semanales distribuidas entre 5 y 6 días, con un máximo de 10 horas diarias, lo que deberá constar en el contrato de trabajo, por aplicación de lo prescrito en el artículo 10 No. 5 del Código del Trabajo.

Una modificación a la jornada de trabajo sólo puede ser adoptada por un acuerdo bilateral, por lo tanto queda vedada, salvo los casos mencionados en el acápite de casuística legal, la modificación unilateral de este elemento.

La Judicatura también ha razonado en este sentido, y al efecto resulta pertinente destacar que un fallo de reciente data ha asentado la conclusión que la inasistencia de una trabajadora, amparada en que el cambio impuesto unilateralmente por su empleador respecto de su turno de trabajo –de diurno a nocturno–, considerando que laboró 10 años en turno diurno, es justificada y por lo tanto, el despido por inasistencia injustificado del cual fue objeto, no resulta ajustado a derecho.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal a quo, en su motivo noveno, letra r), sostuvo: “Que debe tenerse en cuenta la fuerte injerencia de los principios éticos en el

¹⁰² Sentencia pronunciada por la Ittma. Corte de Apelaciones de Valparaíso el 09 de noviembre de 2009, Ingreso de Corte No. 374-2009, caratulada “Sindicato de Empresa Líder Supermercado Viña del Mar Ltda. con Supermercado Viña del Mar Ltda.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

ámbito laboral que obedece en primer término a la especial naturaleza que reviste la relación que surge de la celebración de un contrato de trabajo, el que origina una relación jurídico personal, esencialmente de confianza, debido a que la relación laboral involucra a dos sujetos que han convenido sobre la base de solidaridad y colaboración, quienes aúnan fuerzas para enfrentar un destino común y no a sujetos extraños, que se vinculan por circunstancias accidentales y transitorias, de manera tal que la demandada debió a lo menos atender los motivos de su negativa al cambio unilateral de turno, por una parte y por otra, estaba en conocimiento cual eran las razones de su no concurrencia a trabajar.”¹⁰³

Por otra parte, y en cuanto al lugar de prestación de los servicios, como cláusula mínima y esencial que es del contrato de trabajo, tiene por objeto otorgar certeza al trabajador respecto del espacio o sitio físico donde éste habrá de laborar, evitando de ese modo que el empleador pueda a su gusto cambiarlo.

En dicho sentido se ha fallado que “(...) es importante consignar que la orden escueta y ambigua de trasladar a la trabajadora recurrente a otro establecimiento educacional a partir del mismo día y sin fundamento, ni de hecho ni de derecho, en atención a que el cargo que ella desempeñaba como encargado de biblioteca estaba siendo cubierto satisfactoriamente en la Escuela Culenar y, además, porque su desempeño laboral no aparecía cuestionado, denota una mera arbitrariedad de la autoridad que dispuso la modificación del contrato de trabajo en los términos que contempla el artículo 12 del Código del Trabajo, afectándose de este modo el derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental, esto es, la libertad de trabajo y su protección, entendiéndose como tal no solamente proteger a todas las personas el ingreso a cualquiera actividad laboral lícita sino también de todo acto que altere caprichosa y unilateralmente el vínculo jurídico

¹⁰³ Sentencia dictada por el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa RIT 0 659-2009, caratulada “Villagra con F y P Soporte S.A.”, de 03 de febrero de 2010, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

libremente elegido por el trabajador, derecho que en la especie ha sido amagado con ocasión de la dictación de la orden de trabajo de 3 de mayo de 2007¹⁰⁴.

Américo Plá agrega a esta clase de limitación los niveles mínimos de protección establecidos por las normas laborales vigentes, sin embargo, y por un fin pedagógico, a éstos los consideraremos en los acápite sobre límites institucionales y normativos.

3.2.2 Límites funcionales.

Puede suceder que en términos teóricos un cambio unilateral no afecte a los elementos esenciales de la prestación del trabajador, sin embargo, en la práctica puede resultar igualmente abusivo o ilegítimo, significando en definitiva una desnaturalización del *Ius Variandi*.

Los límites funcionales guardan relación con la funcionalidad y razonabilidad de la medida de variación adoptada por el empleador y son complementarios a los límites inherentes ya analizados, es decir, se deben observar respetando primeramente a éstos. Pueden estar referidos tanto al empleador como al trabajador.

3.2.2.1 Indemnidad.

Desde el punto de vista del trabajador, el ejercicio del *Ius Variandi* debe realizarse en tal forma que no se le genere un menoscabo, tanto en sus derechos como en su dignidad humana.

¹⁰⁴ Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Talca el 20 de julio de 2007, en Recurso de Protección caratulado "Guzmán con Guajardo", Rol Ingreso Corte N° 609-2007, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Así, el ejercicio de esta facultad será ilegítima en la medida que provoque daños al trabajador, sean inmediatos o futuros, sean de carácter económico y/o moral.

Según la doctrina, este límite también se conoce como el de “intangibilidad del interés del trabajador” y que “exige que en el ejercicio del ius variandi no se irroge perjuicio alguno al trabajador, esto es, que no produzca mediante la modificación introducida una afectación patrimonial, como así tampoco de índole moral.”¹⁰⁵

Agrega la doctrina que se genera daño al trabajador en el ejercicio del ius Variandi cuando “se adjudican tareas que perjudiquen la carrera del trabajador en alguna forma, impliquen la pérdida o retraso de alguna calidad o dominio intelectual o manual o comprometan su reputación profesional, que lo expongan a un mayor peligro físico, o si la modificación provoca la alteración de su sistema regular de vida (... si debe renunciar a capacitación laboral, si pierde otro empleo).”¹⁰⁶

A su turno, Krotoschin, citado por Américo Plá señala que “en ningún caso el empleador podría exigir del trabajador un trabajo que pusiera en peligro su integridad física (por ejemplo sin haberse tomado las medidas necesarias para prevenir accidentes) o bien un trabajo que comprometiera su reputación profesional. Es imposible presentar un repertorio completo de los perjuicios posibles pero se han puesto estos ejemplos para dar una idea de esa variedad indefinida.”¹⁰⁷

En este sentido, la Dirección del Trabajo en Chile ha especificado lo que debemos entender por menoscabo a través del dictamen No. 1509 de 03 de mayo de 1983, indicando que lo constituye “todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socioeconómico del trabajador de la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales

¹⁰⁵ ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador), ob cit., pág. 809.

¹⁰⁶ FERA, Mario en AAVV, ob cit., pág. 16.

¹⁰⁷ Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, op. cit., pág. 188.

adversas, disminución del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de los turnos, etc...”¹⁰⁸

De lo señalado precedentemente se puede colegir que la modificación introducida por el empleador no puede causar al dependiente un perjuicio, entendido en un sentido amplio, abarcando tanto el daño patrimonial -en sus dos ramas de daño emergente y lucro cesante- como daño moral, y ello es claro pues “en el fondo de todas las obligaciones del empleador está el respeto a la dignidad del trabajador como persona, que en estos términos se vería lesionada.”¹⁰⁹

Recogiendo la idea precitada, nuestra Excma. Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme entorno a comprender dentro del concepto de perjuicio del artículo 12 del Código del Trabajo tanto al daño patrimonial como al extrapatrimonial, así, a mero título ejemplar podemos citar el siguiente razonamiento: “Que analizada la prueba aportada por la actora, conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, de acuerdo a la lógica y máximas de la experiencia, se da por acreditada la existencia de un menoscabo económico y moral padecido por la trabajadora, toda vez que la decisión del empleador importa no percibir, en el futuro, el bono del 7% y abandonar una labor que (...) significaba estar “encargada de la oficina de Arica”, con un claro liderazgo dentro del grupo de trabajo de los agentes de venta de esa sucursal. En autos se acreditó que el empleador modificó la labores de la trabajadora al rebajar sus funciones de agente monitor a agente de ventas y se da cuenta que la labor de monitor constituye un desafío que impone nuevas responsabilidades y que implican un paso mas en su carrera como agente de seguros de vida y como líder dentro de la empresa además de un bono de 7%, por lo cual la modificación de labores afecta su desarrollo profesional y

¹⁰⁸ GOBIERNO DE CHILE, Dirección del Trabajo, Código del Trabajo, legislación complementaria, instrucciones y jurisprudencia articulada, tomo 1, Santiago, Chile, 1995, pág. 70.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ VIVOT, Julio, Elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social, 6ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, pág. 144.

le genera perjuicios morales y económicos al perder el bono y su calidad de jefe dentro de un grupo determinada de trabajadores.”¹¹⁰

Por otra parte, y considerando que este límite plantea dificultades de interpretación y prueba en cuando a la existencia misma del perjuicio, Helios Sarthou plantea la “inversión de la carga de la prueba como un factor protector del trabajador sometido al cambio contractual.”¹¹¹, en otras palabras, propone que ante la concurrencia de ciertas circunstancias fácticas opere la presunción simplemente legal de la existencia del perjuicio –y que por su naturaleza permitiría prueba en contrario de parte del empleador– lo que en definitiva permitiría la adecuada protección del trabajador en el marco de la teoría del *Ius Variandi*.

Afortunadamente, y como veremos más adelante, nuestro ordenamiento jurídico hace eco a esta problemática y al establecer la acción de tutela de los derechos de los trabajadores introdujo una reducción probatoria donde el trabajador sólo debe aportar indicios suficientes de la vulneración que alega, siendo de carga del empleador justificar que la medida adoptada se realizó dentro del ejercicio de sus facultades legales.

3.2.2.2 Razonabilidad.

La Organización Internacional del Trabajo sostiene que este elemento cumple un doble rol, primero “para medir la verosimilitud de determinada explicación o solución”¹¹², donde “puede servir como criterio distintivo en situaciones límite o

¹¹⁰ Sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCIX, N 2, abril-junio, 2002, Editorial Jurídica de Chile, pág. 133.

¹¹¹ SARTHOU, Helios. Trabajo, Derecho y Sociedad, tomo II Estudios de Derecho Individual del Trabajo, 1a edición, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, septiembre 2004, pág. 43.

¹¹² OIT/ILANUD, Módulo de capacitación: derecho laboral / ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, San José, Costa Rica: El Programa, 2001, pág. 37.

confusas en las cuales deba distinguirse la realidad de la simulación”¹¹³, y segundo “como cauce, como límite, como freno de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse para arbitrariedades”. Es a este último aspecto al cual nos referimos.

A su turno, la Dirección del Trabajo ha sido clara al expresar que “la aplicación del principio de razonabilidad que inspira al Derecho del Trabajo (...) debe actuar como límite de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse a la arbitrariedad”¹¹⁴

Se ha señalado en páginas anteriores que el fundamento del *Ius Variandi* se encuentra en el poder de dirección que goza el empleador y como potestad, se justifica en el interés colectivo de la empresa para la realización de sus fines propios y no en el beneficio individual del empleador.

Entorno a dicho sentido se señala que para entender esta limitación se debe tener en cuenta que “tratándose de un contrato sinalagmático, el reconocimiento que se hace a una de las partes de modificar de algún modo la prestación de la otra no puede hallar respuesta en un interés particular de la primera, sino que sólo estará justificado en necesidades propias de la organización empresaria en que se desarrolla aquel contrato.”¹¹⁵

Ilustra sobre la materia el tratadista Guillermo Cabanellas, quien indica que “El patrono no es sino el director de la industria, pero en beneficio de la producción, a la cual se encuentra a su vez subordinado. Sería despotismo todo criterio unilateral no basado sino en la conveniencia personal y subjetiva del empresario.”¹¹⁶

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Dirección del Trabajo, Ord. No. 5885/370, de 02 de diciembre de 1999, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-85154.html>

¹¹⁵ ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador), ob. cit., pág. 807.

¹¹⁶ CABANELLAS, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Editorial Heliasta, 4a. edición, 2001, Buenos Aires, Argentina, pág. 524.

Lo anterior significa que la modificación deberá realizarse con discrecionalidad, es decir, con un “fin o interés preexistente y reconocido por el ordenamiento jurídico”¹¹⁷, por lo tanto, se podrá ejercer en la medida en que existan necesidades objetivas en la empresa, fundadas en circunstancias funcionales de la misma –por ejemplo, cambios en la producción, en la tecnología, etc.– excluyéndose por ende todas aquellas motivaciones que se fundamenten en el mero capricho o en la arbitrariedad.

Entonces, la mencionada discrecionalidad se opone a la arbitrariedad, y para mayor claridad, al efecto conviene señalar que la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción ha referido que “un acto u omisión es arbitrario, cuando no existe razón que lo fundamente, cuando quien actúa o se abstiene de actuar lo hace por mero capricho, sin una razón legal, lógica o al menos moral, que le sirva de fundamento y que justifique su actuar u omisión.”¹¹⁸

Relacionado con lo anterior, constituye un acto arbitrario el utilizar el *Ius Variandi* como medida sancionatoria y la doctrina se encuentra conteste en que la institución en comento no puede ser utilizada con tales propósitos.

Fundamentan su posición en que las medidas sancionatorias que el empleador pueda adoptar sobre el trabajador, en el marco de la relación laboral, sólo tienen por objeto conminar a este último al cumplimiento del contrato, mientras que el *Ius Variandi* tiende a la modificación de ciertas cláusulas no esenciales de dicha convención. Además, las sanciones sólo pueden tener un carácter temporal, lo que no sucede, en principio, con la modificación contractual introducida a través del *Ius Variandi*.

Constituye también un acto arbitrario el adoptar medidas en el marco de *Ius Variandi* como represalia a alguna actuación del trabajador, por ejemplo por haber denunciado a su empleador ante la Inspección del Trabajo.

¹¹⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 186.

¹¹⁸ Sentencia pronunciada por la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Protección en favor de doña Ohytavit Parra Riquelme y doña Jacinta del Carmen Concha Martínez en contra del Alcalde de San Rosendo, Rol Ingreso Corte N° 4356-2004, sentencia de 02 de marzo de 2005, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Así las cosas, al ejercerse el *lus Variandi* se deberá invocar en forma precisa y clara los hechos y circunstancias que fundamentarían aquellas exigencias insoslayables de la empresa para el cambio de las condiciones de la relación laboral.

Puede apreciarse entonces que esta valoración del ejercicio del *lus Variandi* es bastante compleja y en razón a ello, para su aplicación no se puede establecer criterios inalterables –ni abstractos ni generales–. Al contrario, se debe considerar las circunstancias particulares de cada caso específico, siempre privilegiando la adaptación y buscando como fin último el debido equilibrio entre los intereses del trabajador y los del empresario, teniendo presente que nos encontramos en un momento histórico de grandes cambios a nivel global desde lo económico hasta lo climático, pasando por una amplia gama de innovaciones científicas y tecnológicas.

La consideración de aquellas circunstancias particulares no puede significar relegar la situación del trabajador a un segundo plano, sino que se debe propender a una armonía entre dichas circunstancias y los intereses del empleador, por una parte, y los derechos elementales del trabajador y su dignidad, por otra.

Y en este orden de ideas “los empresarios deben efectuar ingentes esfuerzos para optimizar el rendimiento de los factores de producción y adecuar el resultado de sus actividad a las exigencias de un mercado altamente competitivo.”¹¹⁹

Como colofón podemos citar al Papa Juan Pablo II, quien en la carta encíclica *Laborem Exercens*, citado por Mario Silva, nos señala que “La salvaguarda de la dignidad del trabajador, objetivo primordial del derecho del trabajo, debe ser la guía que regule los criterios que se utilicen para juzgar la legitimidad de cualquier modificación que el empleador pretenda introducir en las prestaciones laborales dado que el hombre está por encima del proceso de producción y de las cosas y como sujeto del trabajo (y no objeto), e independientemente del trabajo que realiza, él sólo es una persona que debe respetarse como tal”.

¹¹⁹ FERA, Mario en AAVV, ob. cit., pág. 18.

3.2.3 Límites institucionales.

Como institución inserta en el área del Derecho del Trabajo, el *ius Variandi* también se encuentra limitado por los principios que rigen dicha rama del Derecho, razón por la cual le son aplicables, entre otros, el principio protector o de protección, de irrenunciabilidad de derechos, el de primacía de la realidad, pero además, sostenemos que los principios generales del Derecho tales como la buena fe y la equidad, también restringen el empleo del *ius Variandi*.

En efecto, porque los principios son “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos”¹²⁰.

El primer gran principio que rige el Derecho del Trabajo está íntimamente ligado con el fundamento de aquel. El principio protector viene en corregir la desigualdad generada entre las partes de un contrato de trabajo, como consecuencia de la diferencia de poder negociador y económico.

El principio protector cumple un triple rol al ser informador, normativo e interpretativo. Es informador en cuanto debe orientar y servir de fundamento al legislador en el esbozo y elaboración de la política legislativa en materia laboral; es también normativo puesto que permite a los jueces integrar las lagunas legales y además, es interpretativo ya que orienta al juez cuando al interpretar una norma de ella se deriven diversas soluciones.

¹²⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios del Derecho del Trabajo, 3a. edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 14.

En esta última faz encontramos la regla interpretativa denominada “indubio pro operario” o “principio de la duda”, mediante la cual, en caso de que una norma acepte más de un sentido, el juez deberá escoger aquel que sea más beneficiosa al trabajador.

Además, dicha regla también puede ser utilizada para interpretar hechos y ponderar el valor de la prueba. El profesor Palavecino sostiene que lo anterior podría tener fundamento positivo en “el art. 9º inciso 4º del Código del Trabajo, de acuerdo con el cual, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador”¹²¹.

Sostenemos que lo anterior incide en la aplicación del *ius Variandi* porque en el caso hipotético de existir duda en la calificación de que ciertas medidas adoptadas por el empleador constituyen un uso legítimo o arbitrario del *ius Variandi*, habrá de considerarse aquella opción que signifique la mayor protección del trabajador.

Existen además otros principios o reglas derivados a partir del principio protector, tales son el principio de la norma más favorable, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el de la primacía de la realidad y el de la continuidad de la relación de trabajo.

El principio de la condición más beneficiosa –que permite afirmar legítimamente que las condiciones de trabajo establecidas por una situación anterior no puede ser objeto de reforma en su perjuicio por una nueva norma– tiene aplicación directa en nuestra institución en estudio pues es el mismo artículo 12 del Código del Trabajo el que permite la alteración de las condiciones de trabajo bajo ciertas premisas y “sin que ello importe menoscabo para el trabajador”.

Respecto de las condiciones de trabajo, debemos entenderlas referidas tanto a aquellas establecidas en el contrato mismo de trabajo como aquellas concedidas por el

¹²¹ PALAVECINO, Claudio, Principios del Derecho del Trabajo, Separata, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008, pág. 5.

empleador, aceptadas por los dependientes y prolongadas en el tiempo, pues estas últimas se integran como derechos adquiridos a los patrimonios de los trabajadores, ya sea por el principio de la realidad que ya estudiaremos, ya sea por la teoría civilista de los actos propios, ampliamente recogida por nuestros tribunales de justicia.

Por su parte, el principio o regla de la irrenunciabilidad, que consiste en limitar la autonomía del trabajador en cuanto a la privación voluntaria de garantías laborales, también juega como limitante a la aplicación del *Ius Variandi*. En efecto, pese a la aceptación o acato por parte del trabajador de una medida patronal que no cumpla con los requisitos legales, ello no puede importar una legitimación de la misma ni tampoco una modificación al contrato de trabajo por mutuo acuerdo, ya que en virtud de este principio se resta todo efecto a la voluntad prestada por el trabajador destinada a privarle de algún beneficio reconocido a su favor y al cual habría renunciado ante el ejercicio de la decisión de su empleador.

En virtud del principio de la primacía de la realidad, ante un desacuerdo entre lo teórico –plasmado en el contrato de trabajo o en acuerdos– y lo práctico –lo que sucede en la realidad– se debe preferir a estos últimos, en protección al trabajador, de tal suerte que si una modificación unilateral del contrato de trabajo adoptada por el empleador en el papel es legítima pero en los hechos no resulta así, habrá de preferirse esta última situación, dando efectiva protección al sujeto dependiente.

Finalmente, el principio de la continuidad de la relación laboral, imbuido del propósito del Derecho Laboral que “aspira a que las relaciones jurídico laborales sean indefinidas, estables y de larga duración y tutela su continuidad, protegiéndola de rupturas e interrupciones”¹²², permite sostener, como dijimos en el capítulo anterior, que el *Ius Variandi* constituye una herramienta del empleador que le permite ir adecuando la relación laboral a los constantes cambios que se pueden generar a lo largo de su ejecución, sin que ello signifique el término de la misma.

¹²² Dirección del Trabajo, Ord. No. 1607/35, de 28 de abril de 2003, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62886.html>

Además, el instituto del *Ius Variandi*, como parte integrante de nuestro sistema legal, también obedece a principios generales del Derecho, y de tal modo deberá observar los principios de buena fe, equidad, responsabilidad y autonomía de la voluntad.

3.2.4 Límites normativos.

Estos límites dicen relación con aquellos que surgen desde nuestro ordenamiento jurídico, ya desde las normas legales, ya de las normas convencionales.

3.2.4.1 Límites legales.

Este tipo de limitaciones provienen del ordenamiento jurídico vigente y para fines pedagógicos, los estudiaremos jerárquicamente.

3.2.4.1.1 Constitución Política de la República.

Nuestra Constitución Política, como norma fundamental que es, establece ciertos límites cuyo respeto y observación es obligatoria a toda la amplia gama de legislación que a ella se subordina, y sus preceptos obligan, de conformidad a lo dispuesto por su artículo 6º, que establece el denominado “principio de vinculación directa a la Constitución”, tanto a autoridades públicas como a todos los ciudadanos.

En primer término, el inciso 1º del artículo 1 recoge el principio relativo a la dignidad humana, contenido en variadas Convenciones sobre Derechos Humanos –tales como

la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 y la última Declaración sobre el Derecho y el Deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos de 1998– en relación estrecha con las ideas de libertad e igualdad, prescribiendo que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y además, el precepto agrega en su inciso 3º que “el Estado está al servicio de la persona humana”.

En segundo lugar, y con el propósito de reforzar la idea de Derechos Humanos, la Constitución, en su artículo 5 inciso 2º, señala que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y luego indica que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Respecto de este artículo, quedó expresa constancia en las Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203, que la protección constitucional se refiere “no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana.”¹²³

De lo anterior, podemos concluir que los Derechos Humanos protegidos por la Constitución Política son todos aquellos que tienen por objeto proteger la dignidad

¹²³ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989 AL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN: SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol. 9, n.1 [citado 2010-11-21], pp. 365-374, recurso electrónico disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext

humana y no se limitan únicamente a los referidos expresamente en un texto legal, y al estar ellos reconocidos y garantizados por nuestra Carta Fundamental, todas las leyes de menor jerarquía se deben disciplinar a ella, razón por la cual el legislador no podría suprimirlos, limitarlos o menoscabarlos.

Además, mediante el artículo 19 No. 26, nuestra Constitución consagra el principio de igualdad ante la Ley, y en relación a ello, el inciso 3º del No. 16 del mencionado artículo, señala que “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación pertenecen a aquel conjunto de derechos universalmente reconocidos como inherentes a toda persona, por emanar de su dignidad y de su esencia como ser humano. Ellos aseguran la plena vigencia del derecho a la igualdad de trato, excluyendo en el ejercicio del *Ius Variandi* toda justificación distinta a aquellas basadas en la justicia, la razón y el bien común aplicados a la empresa.

Entonces, desde el punto de vista laboral y específicamente del *Ius Variandi*, al ejercer esta facultad el empleador habrá de tener especial cuidado en respetar y no vulnerar los Derechos Humanos establecidos y reconocidos por la misma Constitución Política.

Así por ejemplo, en ejercicio del *Ius Variandi* no se podrá vulnerar el derecho de los dependientes a la integridad física y psíquica (artículo 19 No. 1 de la Constitución Política de la República), a la igualdad y no discriminación (19 No. 2 y 16), a la libertad de conciencia y de religión (artículo 19 No. 6), al honor y a la intimidad personal (artículo 19 No. 4), a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 No. 5), a la libertad de opinión e información (artículo 19 No. 2), derecho de reunión (artículo 19 N° 13), entre otros.

3.2.4.1.2 Tratado Internacionales.

De acuerdo a lo que razonáramos más arriba, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2o., en relación al artículo 6, ambos de la Constitución Política de la República, el empleador deberá respetar aquellos derechos humanos consagrados en los Tratados Internacionales en general, y en específico, en los Convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyas normas en general se encuentran recogidos en diversos textos legales, incluido el Código del Trabajo.

Al efecto, y en relación al tema en estudio, podemos citar los Convenios ratificados y vigentes en Chile No. 3 sobre la protección a la maternidad, Nos. 4 y 6 sobre trabajo nocturno, No. 18 sobre enfermedades profesionales, No. 19 sobre igualdad de trato, No. 30 sobre las horas de trabajo, No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y No. 127 sobre el peso máximo, entre otros.

Podemos agregar también que en caso de conflicto entre normas que consagren Derechos Humanos, se debe preferir aquella que contemple el derecho que sea más extenso y acorde al respeto de la dignidad humana.

De todas formas hemos de precisar que si bien nuestro ordenamiento jurídico recoge y consagra a nivel positivo a través de diversas leyes estos Tratados Internacionales, existiendo en la mayoría de los casos congruencia entre éstos y aquéllos, sin embargo, podemos sostener que lamentablemente y respecto al caso de la huelga, no existe tal sincronía, circunstancia a la que nos referiremos en el próximo capítulo, pero podemos adelantar que en la práctica, a través del *ius Variandi* se puede burlar y socavar los cimientos de la huelga, haciéndola ilusoria y estéril.

3.2.4.1.3 Código del Trabajo.

Los mencionados principios constitucionales son recogidos a nivel legal a través de nuestro Código del Trabajo, el cual además agrega otras limitaciones según pasaremos a estudiar.

3.2.4.1.3.1 Artículo 2.

Este precepto reitera en su inciso 2º el principio de respeto a la dignidad humana, y centrándolo en el ámbito laboral señala que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad humana”.

Además, el mismo precepto, pero en su inciso 4º, valida en esta área el principio constitucional de no discriminación, desarrollándolo con mayor amplitud y armonizándolo con los Tratados Internacionales ratificados por Chile sobre la materia, tales como el Convenio 111, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, y la Declaración de la OIT, de 1998, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, otorgando a este derecho fundamental “un contenido preciso e ineludible, propio de este tipo de garantías, al constituirse en límite a los poderes empresariales.”¹²⁴.

3.2.4.1.3.2 Artículo 5.

¹²⁴ Dirección del Trabajo, Ord. No. 3704/134, de 11 de agosto de 2004, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-68527.html>

Nuestro Código del Trabajo en su artículo 5 establece que para su ejercicio, el *Ius Variandi*, como facultad del empleador que es, habrá de respetar las garantías constitucionales de los trabajadores, especialmente cuando en virtud de él se pudiere afectar la intimidad, la vida privada o la honra de los dependientes.

Respecto de dicho precepto, la Dirección del Trabajo, en Ord. No. 2856/162, señala que en virtud de aquel “se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como “ciudadanía en la empresa”; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones laborales”¹²⁵.

Agrega además la Dirección del Trabajo que “Los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica sino que un principio o valor normativo -función unificadora o integradora de los derechos fundamentales- que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquellos por sobre éstos.

Se crea pues, un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos.”¹²⁶

La Dirección del Trabajo se ha referido específicamente a la relación entre derechos fundamentales y ejercicio del *Ius Variandi*, afirmando que “Desde otra perspectiva, los derechos fundamentales del trabajador limitarán el ejercicio de todas las potestades que al empleador le reconoce el ordenamiento jurídico, a saber, la

¹²⁵ Dirección del Trabajo, Ord. No. 2856/162, de 30 de agosto de 2002, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-76653.html>

¹²⁶ Idem.

potestad de mando, la potestad disciplinaria y el poder de variación o *ius variandi*. Lo anterior quiere decir, por más elemental que parezca, que al empleador no le ha de bastar como argumentación frente a un reproche de afectación a un derecho fundamental del trabajador, el que se ha limitado a ejercer su potestad de mando, o el poder disciplinario que la ley lo autoriza o que se ha limitado a los márgenes que le permite el mismo legislador para varias ciertas condiciones del contrato (ej. en el caso del artículo 12 del Código del Trabajo), pues el sólo ejercicio de tal poder nada dice respecto a la posible lesión de uno o más derechos fundamentales.”¹²⁷

Además de consagrar los principios constitucionales como límites legales al ejercicio de la institución en estudio, debemos considerar la concreción legal del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales contemplada en el artículo 6 del Código del Trabajo, en virtud del cual, mientras subsista la relación laboral, el ejercicio del *Ius Variandi* no podrá implicar una renuncia por parte del trabajador de los derechos establecidos por las leyes laborales.

También nuestro Código del Trabajo establece otras limitaciones, de carácter especial, contenidas en los artículos 12, 154, 184, 243 y 493, según pasaremos a revisar.

3.2.4.1.3.3 Artículo 12.

¹²⁷ Dirección del Trabajo, Ord. No. 2210/035, de 10 de junio de 2009, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>

El mismo precepto que dispone el caso de aplicación general de los Variandi establece a la vez una limitación del mismo carácter, en cuanto a que no se debe causar menoscabo al trabajador. Es a este elemento al que hemos denominado más arriba como “principio de intangibilidad del interés del trabajador” y su desconocimiento deviene en un ejercicio ilegítimo de la institución en estudio. Volveremos a éste en el acápite 4.3.2.2., destacando desde ya que su aplicación cabe en todos y cada uno de los casos que del instituto haya lugar.

En todo caso, la institución del los Variandi contemplada en el artículo 12 del Código del Ramo no puede ser aplicada respecto de los directores sindicales, excepto caso fortuito o fuerza mayor, según dispone el artículo 243 inciso 2o. del cuerpo legal citado.

3.2.4.1.3.4 Artículo 243 inciso 2o.

Esta limitación consiste en que, salvo caso fortuito o fuerza mayor, no podrá el empleador respecto del director sindical alterar la naturaleza de sus servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, durante el lapso que media entre la fecha de la elección hasta seis meses después de que hubiere cesado en el cargo. Esto último, en relación a lo prescrito por el inciso primero del mencionado artículo 243.

Señala la Dirección del Trabajo que el fundamento de esta disposición es que “la labor de dirigente sindical no se vea entorpecida, o impedido su ejercicio, por acciones del empleador, sin que por ello pueda entenderse que ha querido limitar las atribuciones propias de dicho empleador para efectuar los ajustes de personal, con el fin de obtener una mayor eficiencia administrativa, limitando tales facultades, en este caso, a la alteración de la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellas deban prestarse, salvo caso fortuito o fuerza mayor”¹²⁸.

¹²⁸ Dirección del Trabajo, Ord. No. 5079/188, de 06 de diciembre de 2004, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-74243.html>

Interesante resulta consignar que en caso de incurrir el empleador en conductas que transgredan este límite, nuestra jurisprudencia ha sido uniforme en considerar a dichas actuaciones como prácticas antisindicales, y así sancionándolas.

Efectivamente, en un caso en que la empleadora procedió a cambiar de la función de inspector de seguridad a la función de portero o vigilante de portería al trabajador demandante, quien a la época de los hechos era Presidente del Sindicato Interempresas, la judicatura señaló que “el Tribunal adquiere la convicción de que las conductas desplegadas por la demandada, en orden a cambiar de funciones al trabajador (...), son constitutivas de prácticas antisindicales capaces de ser incluidas en aquellas de las letras a) y f) del artículo 289 del Código del ramo, cuyo tenor debe tenerse presente no es taxativo”¹²⁹.

3.2.4.1.3.5 Artículo 154.

El reglamento interno como normativa propia e interna de la empresa es otorgada por la misma, por el empleador, unilateralmente, debiendo cumplir con el mínimo de estipulaciones que establece el artículo 154 del Código del Trabajo, menciones que en el quehacer cotidiano habrán de ser respetadas y sirven como límites al poder de variación del empresario.

Sin embargo, a través del reglamento interno el empleador no se puede reservar la facultad de modificar aspectos propios del contrato de trabajo y que podrían variar sólo a instancia de un acuerdo entre las partes.

¹²⁹ Sentencia de Corte Suprema, de fecha 26 de mayo de 2008, en autos caratulados “Dirección del Trabajo con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.”, Rol Ingreso Corte No. 1116-2008, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Así lo ha entendido la entidad administrativa, quien resolvió que “(...) en la especie no se ajusta a derecho la disposición del artículo 6º, inciso 1º, del reglamento interno que faculta al empleador para alterar la jornada, los horarios o el lugar de trabajo o establecer turnos si estas alteraciones no corresponden a las previstas y analizadas, especialmente en los artículos 10, inciso final y 12 del Código del Trabajo, debiendo requerirse al efecto el consentimiento de los trabajadores”¹³⁰.

3.2.4.1.3.6 Artículo 184.

A partir del artículo 184 del Código del Trabajo se puede colegir la imposición al empleador un deber de abstención, al exigírsele una actitud activa, positiva, de prevención y protección pues deberá tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, ergo, le queda prohibido y debe abstenerse de adoptar medidas que signifiquen riesgo para la vida y salud de sus trabajadores.

3.2.4.1.3.7 Artículo 493.

Analizando en forma integral nuestro Código del Trabajo, podemos inferir de su artículo 493 que la medida adoptada por el empleador en el marco del ejercicio del *ius Variandi*, debe tener un fundamento legítimo y además debe ser proporcional.

En efecto, cuando la medida afecte derechos fundamentales del trabajador, en primer término la decisión debe poseer un fundamento, una base racional y objetiva que la amerite, en los términos ya analizados más arriba sobre razonabilidad.

¹³⁰ Dirección del Trabajo, Ord. No. 5586/331, de 11 de noviembre de 1999, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-85080.html>

Por otra parte se encuentra el elemento de la proporcionalidad. A este respecto, una reciente jurisprudencia ha explicitado que aquel consiste en un juicio de ponderación, el que a su vez, se divide en tres sub-juicios: de adecuación, necesidad y de proporcionalidad¹³¹.

La Dirección del Trabajo ha explicitado lo que se entiende por dichos sub-juicios, señalando que “El principio de la proporcionalidad, como también se ha sostenido en anteriores dictámenes, admite una división en sub principios que, en su conjunto, comprenden el contenido de este principio genérico, a saber: a) El “principio de la adecuación”: El medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; b) El “principio de necesidad”: Éste exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y, c) El “principio de proporcionalidad en sentido estricto”: Por éste, se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.”¹³²

3.2.4.2 Límites convencionales.

¹³¹ Sentencia dictada por 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT 67-2009, de 16 de febrero de 2010, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

¹³² Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2210/035, de 10 de junio de 2009, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>

La autonomía de la voluntad también tiene cabida a fin de limitar la aplicación del *ius Variandi*, ya sea en forma individual, a través del contrato de trabajo, ya en forma general, por medio de los convenios colectivos.

3.2.4.2.1 Contrato de trabajo.

El contrato de trabajo, como fruto del concurso de voluntades generado entre trabajador y empleador, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, en relación al artículo 9 del Código del Trabajo, puede establecer límites diferentes a los casos de *ius Variandi* ya analizados.

Ahora, si bien las partes pueden, en virtud de su autonomía de voluntad, establecer otras limitaciones diversas a las legales, ello en caso alguno podrá significar una reducción, restricción o privación de los derechos del trabajador, sino que sólo podrán fijar condiciones más exigentes para su aplicación.

Arribamos a dicha conclusión teniendo presente lo establecido por el inciso 2º del artículo 5 del Código del Trabajo, el que establece el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, señalando que “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.”

A nuestro juicio, refuerza dicha conclusión el inciso siguiente del mencionado artículo 5, el cual permite a las partes modificar un contrato individual de trabajo “en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente.”

Finalmente, debemos considerar el carácter tutelar del Derecho Laboral, que propende a la protección del trabajador y sus derechos esenciales estableciendo un marco mínimo de normas al efecto, de carácter indisponible para las partes, especialmente para el trabajador, a quien le queda vedado renunciar a los derechos mínimos que la Ley Laboral le otorga.

En el entendido, la Dirección del Trabajo ha afirmado que un trabajador no puede aceptar como cláusula del contrato de trabajo aquella que faculte al empleador a reservarse el derecho a rebajar la jornada laboral, señalando que “De las disposiciones legales precedentemente transcritas y, de acuerdo con la doctrina reiterada y uniforme de esta Dirección se colige que la duración y distribución de la jornada de trabajo constituye una cláusula mínima del contrato de trabajo, la que como tal, no puede ser modificada o suprimida sino por consentimiento mutuo de las mismas partes. (...) En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpro con informar a UD. que no resulta legalmente procedente convenir en el contrato de trabajo una cláusula que establezca que el empleador se reserva el derecho para rebajar en forma unilateral la jornada de trabajo acordada por las partes”¹³³

En conclusión, la autonomía de las partes les permite limitar o excluir o imponer mayores requisitos a los casos de los Variandi que la Ley establece, pero no les faculta establecer condiciones más gravosas, entonces por ejemplo, se podría establecer que el dependiente no podrá ser destinado a otro lugar de trabajo, no obstante quedar dentro de la misma ciudad, o excluir ciertas áreas a las que no podría ser destinado, aunque sean labores similares.

3.2.4.2.2 Convenios colectivos.

¹³³ Dirección del Trabajo, Ord. No. 3351/185, de 9 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88188.html>

En cuanto al ámbito colectivo, al igual que en el contrato de trabajo y por aplicación de los mismos principios a que se ha hecho referencia al estudiarlo precedentemente, podemos sostener que no procede la posibilidad de alterar los casos de *Ius Variandi* en perjuicio de los trabajadores, por cuanto además dicha posibilidad no estaría contemplada dentro de las facultades negociadoras de un sindicato.

Al contrario, la posibilidad de restringir los casos de *Ius Variandi* o de imponerles mayores requisitos, gravámenes o cargas que los legales, siempre en beneficio de el o los trabajadores, sería una materia susceptible de ser negociada colectivamente.

CAPÍTULO IV

EFFECTOS DEL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

Ante el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 12 -y en otras normas específicas ya vistas- del Código del Trabajo, el empleador puede actuar dentro de la hipótesis legal, configurándose así una práctica regular del instituto, o bien, apartarse de ésta, excediendo o quebrantando los límites antes vistos, provocando el ejercicio irregular o abusivo del Ius Variandi.

4.1 Ejercicio regular.

De acuerdo a lo razonado en los acápites anteriores, cuando la modificación unilateral del empleador cumple con los requisitos y respeta los límites estudiados, nos encontramos ante un ejercicio regular del Ius Variandi, y en consecuencia, el trabajador, en virtud de su deberes de colaboración y de fidelidad, ínsitos en todo contrato de trabajo, habrá de acatar la medida sin derecho a ulterior reclamo ya que “se trata de la utilización, por parte del principal, de un recurso legal que debe ser aceptado por el dependiente.”¹³⁴

Por lo tanto, si el trabajador se rehúsa a obedecer o cumplir con sus nuevas obligaciones, éste incurrirá en la causal de caducidad del contrato de trabajo prevista en el artículo 160 No. 7 del Código del Ramo, otorgando al empleador la posibilidad de poner término a la relación laboral, sin derecho a indemnización alguna.

¹³⁴ CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Ediciones El Gráfico Impresiones, Buenos Aires, Argentina, 1949, 1a. edición, pág. 821

4.2 Ejercicio irregular.

Como adelantamos, en caso que la medida adoptada por el patrono constituya una alteración que exceda el marco regulatorio del instituto, ésta devendrá en un uso ilegítimo o irregular del *lus Variandi*, situación que genera una doble problemática para el sujeto trabajador, primero en cuanto a su posición respecto a la medida, y segundo, en cuanto a los perjuicios que se le pudiere irrogar.

4.2.1 El perjuicio como consecuencia de la aplicación del *lus Variandi*.

Como hubiésemos señalado en el apartado correspondiente a los límites funcionales referidos al trabajador, la exigencia de indemnidad en doctrina se ha denominado “principio de intangibilidad de los derechos del trabajador” en virtud del cual el ejercicio del *lus Variandi* no puede significar al dependiente “una afectación patrimonial, como así tampoco de índole moral.”¹³⁵

Si bien la exigencia legal de no producir perjuicios al trabajador se encuentra consagrada positivamente en el artículo 12 del Código del Trabajo, restringiendo aparentemente su aplicación a las hipótesis planteadas en el mismo precepto, consistentes en la variación de los servicios o del sitio o recinto en que ellos deban prestarse, podemos sostener conforme a lo razonado en los acápites anteriores, que la indemnidad del sujeto trabajador ante una alteración del contrato por parte de su empleador en ejercicio del *lus Variandi* es un presupuesto para su legitimidad y por ende, aplicable a todos los casos que del instituto pueda haber lugar.

Sin embargo, si en los hechos se provocan perjuicios, dicho ilícito civil otorga al trabajador el derecho a ser resarcido de ellos.

¹³⁵ ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador), ob. cit., pág. 809.

Como ha señalado la Excma. Corte Suprema, y de conformidad a lo prescrito por el artículo 420 del Código del Trabajo, son los Tribunales con competencia en materia laboral los llamados a conocer y fallar los asuntos concernientes a las indemnizaciones a que de lugar la infracción al artículo 12 del Código del Trabajo, señalando, a propósito de un caso de ejercicio abusivo de *lus Variandi*, que “relativamente a la infracción a las normas sobre competencia de los juzgados laborales (...) son esos tribunales los llamados a conocer y resolver las acciones indemnizatorias deducidas, desde que el contrato de trabajo se encuentra vigente”.¹³⁶

Conforme a lo que razonáramos al estudiar el autodespido, el ejercicio abusivo de la facultad del *lus Variandi* constituye un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato a la parte empleadora, el que se produce durante la ejecución del mismo, por lo que la indemnización a demandar se ubica en el contexto de la responsabilidad contractual.

Tendiendo presente el propósito del legislador en cuanto a consagrar la indemnidad del trabajador como límite al ejercicio al *lus Variandi*, sostenemos que el dependiente afectado podrá ocurrir ante los tribunales competentes demandando el resarcimiento de los daños tanto patrimoniales como morales.

En el mismo sentido, la judicatura ha señalado “el menoscabo implica dos aspectos: uno económico, cuando el cambio de funciones importa una disminución de los ingresos del trabajador; y otro social, cuando acorde con la cultura o sistema de valores del núcleo social, el cambio de funciones importa una mengua o descrédito en la honra de un trabajador”¹³⁷

¹³⁶ Fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema el 13 de diciembre de 2001, en causa Rol Ingreso Corte No. 3446-2001, caratulada “Poblete con Autofrance Limitada”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

¹³⁷ Sentencia pronunciada por la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua el 17 de diciembre de 2003, en causa Rol Ingreso Corte No. 4203, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

4.2.1.1 Daño patrimonial.

Como sabemos, el daño patrimonial o material es aquel menoscabo o detrimento que afecta directa o indirectamente el patrimonio de una persona y que además es susceptible de evaluación económica, abarcando tanto el daño actual efectivamente causado como la pérdida de la ganancia o utilidad legítima.

Para determinar el daño patrimonial se debe comparar la situación patrimonial del trabajador afectado una vez materializada la medida abusiva con la hipotética o eventual en que se encontraría el sujeto de no haber mediado la adopción la medida.

En materia laboral se suele demandar el daño patrimonial directamente como cobro de prestaciones laborales.

En el caso de un trabajador respecto de quien su empleador rebajó unilateralmente la tasa sobre la cual se calculaba la parte variable de la remuneración, incidiendo ello directamente sobre las comisiones, al rebajarlas incluso al 0%, la judicatura catalogó de abusivo el *Ius Variandi* ejercido por el empleador.

Acogiendo la demanda por despido indirecto ordenó el pago de las diferencias insolutas de las comisiones durante el período en que se rebajó unilateralmente la tasa, sobre la base de aquellas percibidas durante el tiempo en que no se había adoptado la medida.¹³⁸

En otro caso, el sentenciador se explaya sobre la concurrencia del daño patrimonial, específicamente a lo concerniente al lucro cesante, y es interesante de referir ya que en analiza a su existencia no obstante haber mediado la decisión de la

¹³⁸ Sentencia pronunciada por el 1er. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 25 de noviembre de 2009, en causa RIT No. O-73-2009, caratulada “Correa con AFP Hábitat S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

trabajadora aforada de poner término al contrato de trabajo mediante la acción de autodespido, en conjunto con la acción de tutela.

Señala el citado fallo que “en cuanto a la indemnización solicitada como lucro cesante, es necesario señalar que aquella tiene por objeto compensar lo que la víctima haya dejado de ganar o dejará de percibir en el futuro, por efecto del daño sufrido, y la determinación de la misma, debe corresponder u obedecer, a criterios objetivos y comprobados, y en la especie, se tiene que la demandante gozaba de fuero hasta el 6 de marzo del año 2010, que la actora decidió poner término anticipado a la relación contractual por el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato por parte de la empleadora, incumplimiento que derivó en vulneración a sus garantías constitucionales como se ha señalado con anterioridad. Pues bien de no haber mediado la actitud de la empleadora, la actora en virtud de su fuero maternal, debió haber trabajado para la empresa a lo menos hasta el 6 de marzo del año en curso, lo cual se vio interrumpido por las circunstancias ya reseñadas.

En mérito de aquello estando la actora frente a la disyuntiva de permanecer en el lugar con el costo que aquello significaba para su integridad psíquica o poner freno a la situación y utilizar las herramientas que el propio legislador contempla frente a situaciones de igual naturaleza, la demandante optó por la vía más sana acorde a su estado de salud, desvinculándose con anterioridad, lo cual no significa que aquello constituya una decisión asimilable a una renuncia de lo que legítimamente le correspondía percibir hasta marzo del 2010.

Que así las cosas esta sentenciadora entiende que las remuneraciones reclamadas a título de indemnización compensatoria, son aquellas que precisamente ha dejado de percibir o dejó de ganar a causa del comportamiento de la contraria, por lo que dará lugar a lo solicitado, tomando como base de cálculo la última remuneración percibida en septiembre de 2009, sin exclusiones por no encontrarnos frente a la hipótesis ni del artículo 172, ni 71 del Código del Trabajo.

Que en todo caso la presente indemnización resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 176 del Código del ramo, pues ésta se basa en remuneraciones pendientes hasta el término del fuero y no en indemnizaciones propiamente tal a que alude la disposición citada.”¹³⁹

4.2.1.2 Daño moral

Atrás quedó la discusión sobre si el daño moral puede ser demandado en sede laboral. Actualmente, el resarcimiento de daños extramatrimoniales es ampliamente reconocido y así declarado por nuestros Tribunales de Justicia con competencia en lo laboral, y la reparación de los perjuicios generados a causa del ejercicio abusivo del *lus Variandi* no es la excepción.

Por lo tanto, habrá lugar a la indemnización por daño moral a consecuencia de la adopción de una medida abusiva del *lus Variandi* por parte del empleador cuando a consecuencia del hecho dañoso el trabajador afectado hubiere padecido dolor, sufrimiento o aflicción, lo que de todas formas habrá de ser probado en juicio.

Así lo ha señalado la jurisprudencia: “Que teniendo presente, que la indemnización por daño moral no está establecida en nuestra legislación como una pena o sanción para el empleador negligente, sino que como una compensación al trabajador que ha sufrido un daño, y estando ésta acreditada por la prueba pericial de autos, donde se acredita el nexo causal entre el hostigamiento laboral y el cuadro depresivo de la demandante, no se tendrá más que acceder a dicha solicitud.”¹⁴⁰

¹³⁹ Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras de Santiago, el 25 de enero de 2010, en causa RIT No. T-56-2009, caratulada “Peña con Axis Logística de Chile”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

¹⁴⁰ Sentencia pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, el 10 de marzo de 2010, causa RIT No. T-10-2009, caratulada “Torres y otro con Escuela Básica”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Ahora bien, hemos de precisar que en el caso de ejercerse la acción de tutela, según veremos más abajo, al acogerla, el juez podrá fijar una indemnización adicional, que no puede ser inferior a 6 veces la última remuneración percibida, ni mayor a 11.

Durante la discusión en sala del proyecto de la Ley 20.087, se dejó constancia los dichos del diputado Sr. Pedro Muñoz, quien señala que “El proyecto en trámite innova en forma sustantiva al reconocer la procedencia de la reparación del daño moral no sólo durante el contrato, sino también por hechos ocurridos en forma previa o posterior a la relación laboral o con ocasión de su extinción, a la vez que otorga competencia a los tribunales del trabajo para que lo analice.”¹⁴¹, agregando luego que “Quien afecte la dignidad de los trabajadores será responsable no sólo de las sanciones establecidas en el Código, a título de multa, sino que deberá reparar íntegramente el daño, como ocurre en general en todos los ámbitos del derecho.”

Algunos han sostenido que “esta indemnización no es una simple tarificación por antigüedad, sino que deja un margen de apreciación importante al juez de la causa, acerca del daño producido, especialmente el moral”¹⁴².

Nosotros consideramos que ante la dificultad de prueba y de la determinación y apreciación de este tipo de daño, atendido los bienes jurídicos conculcados, el legislador ha premunido al juez de una herramienta que le permite salvar dichas dificultades, asegurando un mínimo de resarcimiento del daño ocasionado, incluso no obstante haberlo omitido el trabajador en su libelo pretensor.

Sin embargo ello no puede significar circunscribir exclusivamente a esos rangos la reparación de los perjuicios extramatrimoniales que pueda haber experimentado el trabajador, pues ello significaría desconocer el límite funcional y normativo de la indemnidad.

¹⁴¹ Historia fidedigna de la Ley No. 20.087, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, Biblioteca del Congreso Nacional, 03 de enero de 2006, pág. 240, recurso electrónico disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20087/HL20087.pdf>

¹⁴² GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, pág. 27.

Por lo anterior, sostenemos que independientemente de la indemnización adicional que el juez pueda determinar conociendo de una causa de tutela, igualmente podrá acoger en lo que estime pertinente la demanda por reparación de daño moral deducida en forma paralela a fin de reparar integralmente el daño ocasionado, sin que ello signifique claro está, un enriquecimiento injusto por parte del sujeto acreedor de la indemnización.

Esta idea ha sido avalada por la jurisprudencia, la que ha señalado que “la indemnización compensatoria del daño extrapatrimonial que se demanda bajo el rótulo de daño moral será desestimada únicamente por estimarse que la indemnización adicional cubre adecuadamente en este caso el resarcimiento compensatorio de la lesión de los bienes extrapatrimoniales anotados, sin perjuicio de lo que pueda decirse en otros casos a la luz del principio general del derecho que impone la reparación integral del daño, cuando la tarifa legal pueda impresionar como manifiestamente insuficiente.”¹⁴³

4.2.2 Actitudes del trabajador afectado.

El trabajador que resulta aquejado por la alteración abusiva de su empleador puede adoptar diversas reacciones que pueden ser de aceptación o rechazo.

En caso de rechazar la medida, la doctrina señala que el trabajador posee diversos medios para reclamar de esta situación y así Cabanellas señala que “(...) el trabajador debe formular su reclamación, en primer término, ante el propio empresario, haciendo

¹⁴³ Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 25 de enero de 2010, en causa RIT No. T-56-2009, caratulada “Peña con Axis Logística de Chile Limitada”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

efectiva su manifestación de voluntad de no aceptar cambio alguno en las condiciones contractuales.”¹⁴⁴

La doctrina además señala que la sanción sería la nulidad de lo alterado o modificado y también se plantea la posibilidad de que el trabajador afectado dé por terminada la relación laboral.

4.2.2.1 Acatamiento de la alteración.

El trabajador tiene la opción de aceptar o rechazar la medida abusiva, en caso de aceptarla, procederá a acatarla sin representar disconformidad, pudiendo manifestar su voluntad de modo expreso o tácito.

Sin embargo, surge la interrogante de si ese cumplimiento constituye o no una novación del contrato de trabajo.

Sostenemos que si el consentimiento es prestado libremente por el trabajador, con total conocimiento de la medida y de sus alcances, efectivamente sí se produce una novación del contrato, lo que deberá consignarse por escrito según dispone el artículo 11 del Código del Trabajo, sin perjuicio de la presunción legal establecida en el inciso 5o. del artículo 9 del mismo cuerpo legal.

Lo anterior, considerando que “La mayoría de las disposiciones legales dictadas para el amparo de los trabajadores no toman en cuenta el efecto propio de la novación, que consiste en extinguir la obligación preexistente, sino que se fijan en la relación de trabajo, o sea, en la circunstancia de hecho de la continuación de los servicios.”¹⁴⁵

¹⁴⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen I, 1a. edición, Bibliográfica Omega Editores – Libreros, Buenos Aires, Argentina, 1963, pág. 604.

¹⁴⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 197.

Ahora bien, el problema se suscita cuando el consentimiento del dependiente no ha sido prestado libremente o ha padecido de vicios, o cuando hubiere sido otorgado en forma meramente tácita.

Consideramos que en dichas hipótesis no puede haber una novación del contrato de trabajo; no puede interpretarse la conducta del trabajador como una manifestación implícita de su voluntad para con una medida que introduzca modificaciones que empeore su situación, en cualquier sentido, ya que “el trabajador no goza realmente de libertad para discutir o acordar la modificación impuesta. Generalmente sabe que le acarreará el despido no sólo el incumplimiento de la medida dispuesta sino también el simple planteo de la discusión judicial al respecto.”¹⁴⁶

Algunos autores sostienen que si se produce una modificación unilateral por el empleador y “transcurrido un término razonable de tiempo ninguna de las partes objeta la alteración del contrato, significa que se admite la modificación y se presume establecida por acuerdo de voluntades.”¹⁴⁷

En este caso, se señala que debe transcurrir un espacio de tiempo razonable para presumir la modificación del contrato ya que el trabajador podría no reclamar inmediatamente a fin de evaluar, fundadamente, si con posterioridad se le causa o no algún detrimento con la medida, sugiriendo así la existencia de una aceptación preliminar de carácter condicional, sujeta a la existencia de perjuicios.

Con todo, en las hipótesis planteadas, en resguardo del trabajador y en virtud de los principios que imbuyen nuestro Derecho del Trabajo, habrá de entenderse que igualmente queda a salvo la posibilidad de reclamar judicialmente respecto de la medida y de los perjuicios generados, siempre y cuando se haga valer en un tiempo

¹⁴⁶ Ob. cit., pág. 196.

¹⁴⁷ SOTO BENTANCOURT, Daniel, El *ius variandi* como elemento de flexibilidad laboral, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Concepción, Chile, 2001, pág. 75.

prudente, el cual deberá ser determinado en cada caso particular por los Tribunales de Justicia, propiciando la certeza jurídica.

4.2.2.2 El “ius resistendi”.

Los deberes de fidelidad y colaboración a los que el trabajador es llamado a observar no son sinónimos de sumisión irrestricta.

Si bien el artículo 160 No. 4 letra b) del Código del Trabajo establece como causal de terminación del contrato de trabajo la negativa a trabajar por parte del dependiente, la redacción del precepto permite colegir la existencia y vigencia del “ius resistendi” en nuestro derecho positivo.

En efecto, a la luz de lo dispuesto en la norma citada, se puede colegir que es legítimo, y por ende no es óbice para que el empleador ponga término a la relación laboral, que el trabajador se niegue a prestar sus servicios cuando le asiste una causa justificada.

Sin embargo, la ley no especifica cuál sería una causa justificada y ha sido la jurisprudencia la que ha señalado que la hay cuando “cuando se invoque un motivo no imputable al trabajador, digno de ser atendido racionalmente”¹⁴⁸, siendo carga de éste el acreditar los supuestos fácticos que hagan atendible su reacción.

Razona el fallo aludido que en los hechos se configura una causal de justificación para la negativa de efectuar su faena, aquel trabajador que se niega a realizar un trabajo físico considerable, cuando no estaba en condiciones de realizarlo porque se había reincorporado

¹⁴⁸ Sentencia pronunciada por la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, el 28 de noviembre de 2007, en causa caratulada “Arriagada con Administradora San Pedro S.A.”, Rol Ingreso Corte No. 533-2007, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

recientemente a su trabajo luego de una licencia médica por una dolencia física, pues ésta podía recrudecer.

Siendo nuestro propósito meramente ejemplarizar, y sin pretender reducir o agotar la infinidad de casos que en la práctica se puedan presentar, señalaremos que también se ha afirmado que si el empleador no proporciona al trabajador la información esencial que requiere para desempeñar sus funciones, existe causa justificada de éste para negarse a cumplir su contrato por no contar con los medios necesarios para su desempeño. De tal suerte se señaló que “(...) queda demostrado que la demandada no dio cumplimiento a su obligación contractual de proporcionar a la trabajadora la información esencial que la misma requería para desempeñar sus funciones, omisión o incumplimiento que siendo imputable a la demandada, releva a la trabajadora de la obligación de realizar las labores que la demandada hecha de menos y sobre las cuales justifica el despido. En estas circunstancias ha sido la demandada quien se ha puesto en situación de no poder exigir a la trabajadora la realización de sus labores contractuales porque le ha impedido cumplir con ellas”¹⁴⁹

Agrega por su parte la doctrina que se exceptúa del deber de obediencia, y por ende constituye justa causa, “las órdenes del empresario que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, atenten a su dignidad, sean ilegales, o concurren circunstancias de peligrosidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa.”¹⁵⁰

¹⁴⁹ Fallo dictado por la Excm. Corte Suprema el 01 de junio de 2006, en causa caratulada Benavides con AFP Planvital S.A., Rol Ingreso Corte No. 5985-2005, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

¹⁵⁰ ALBIOL MONTECINOS, Ignacio y otros, ob. cit., pág. 620.

4.2.2.3 Reclamo artículo 12 del Código del Trabajo.

Si a pesar de la decisión adoptada por su empleador, el trabajador afectado por el ejercicio del *ius Variandi* opta por conservar su empleo acatando la medida abusiva, podrá reclamar de ella ante el ente administrativo para que la deje sin efecto.

En efecto, y en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 12 del Código del Trabajo, el trabajador podrá ocurrir ante el Inspector del Trabajo correspondiente, a fin de que, dejando sin efecto la medida, se le ordene al patrono subsanar las irregularidades dentro de cierto plazo, con la posibilidad de la aplicación de multas.

Para Américo Plá esta actitud es “aconsejable en muchos casos pues tiene la ventaja de la permanencia del empleado en la empresa, que vale más que la indemnización.”¹⁵¹

Con tal propósito, el trabajador afectado, como titular exclusivo de la acción, deberá presentar su reclamo ante el inspector del trabajo respectivo, que corresponde al del domicilio en que presta sus servicios, dentro del plazo de 30 días hábiles.

Dicho plazo se cuenta ya desde el día en que el empleador ejerció la facultad de alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que éstos debían efectuarse, ya desde que el empleador realiza la notificación del aviso correspondiente en los casos de alteración de distribución de jornada.

Si bien el trabajador afectado con la medida es el único titular de la acción en comento, atendida la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma, ello es sin perjuicio de que, en aplicación de lo preceptuado por el artículo 220 del Código del Ramo, aquel requiera a la organización sindical a la cual se encuentre afiliado para que accione en su representación.

¹⁵¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., pág. 195.

El procedimiento administrativo que rige la materia está contenido en la Circular No. 88 de la Dirección del Trabajo, de 05 de julio de 2001, en cuyo capítulo IV sobre Normas y procedimientos extraordinarios de fiscalización, en su punto 2 regula la Reclamación del trabajador ante una modificación unilateral de su contrato de trabajo en el ámbito del artículo 12 del Código del Trabajo, el que permite la revisión de los hechos y su confrontación con el derecho, proveyendo de los elementos necesarios al sustanciador para la adecuada y fundada resolución del conflicto, la que constará en un informe de fiscalización.

En dicho informe, el inspector deberá determinar si acoge o no la reclamación.

En caso de acoger el reclamo, deberá otorgar un plazo al empleador para que subsane las irregularidades, el que será normalmente de 5 días desde notificada, pues corresponde al plazo para una eventual reclamación judicial, bajo apercibimiento de sanción administrativa.

Dentro de quinto día desde notificada, la resolución es recurrible para ante los Tribunales de Justicia, tanto por el empleador como por el trabajador, y será la Inspección del Trabajo a quien le corresponderá su defensa, sobre los antecedentes que se tuvieron a la vista durante la tramitación de la instancia administrativa y que sirvieron de fundamento a lo resuelto.

Ahora, si bien en su parte final el artículo 12 establece que el juez conocerá en única instancia y sin forma de juicio, oyendo a las partes, podemos sostener fundadamente que en lo señalado, dicha disposición se encuentra derogada tácitamente en virtud de la Ley 20.260 que establece el nuevo procedimiento laboral, publicada en el Diario Oficial el 28 de marzo de 2008, tesis con la cual se excluiría finalmente las comunes argumentaciones de los empleadores en cuanto a que el procedimiento previsto en la norma citada atentaría contra el debido proceso.

En su lugar, de conformidad a la actual redacción del artículo 504 del Código del Trabajo, la reclamación en contra de lo resuelto por el inspector del trabajo se

sustanciará de acuerdo a las reglas del procedimiento monitorio, contenidas en los artículos 500 y siguientes de dicho cuerpo legal.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, pudiendo citar un reciente fallo, en el que, conociendo por vía de procedimiento monitorio de una reclamación deducida por el empleador –a causa de que en instancia administrativa la Inspección del Trabajo, acogiendo el reclamo interpuesto por ocho trabajadores, le ordenó el desistimiento de la alteración de las funciones desempeñadas por los denunciados, debiendo reintegrarlos a sus labores originalmente convenidas en sus contratos de trabajo– rechazó la demanda, argumentando que “(...) este tribunal analizando la pruebas incorporadas por la parte reclamante establece que si bien ésta amplió la dotación del personal de mercaderistas de los productos correspondientes a su cliente (...) a 74 trabajadores, lo fue para toda la VII Región del Maule sin tener la misma precisión de cuántos de aquellos fueron asignados a la ciudad de Talca y que si bien la naturaleza de los servicios a los cuales se obligaron prestar los trabajadores denunciados en virtud de sus contratos de trabajo, no fue alterada, pues sigue siendo la misma la de reponedores y no obstante la amplitud de la descripción de las mismas contenida en la cláusula primera de dichos contratos de trabajo, este tribunal arriba a la convicción que en la especie, la movilidad funcional, dispuesta por la reclamante infringió la regulación normativa que se hace de la misma en el artículo 12 del Código del Trabajo, al no cumplirse con una de las condiciones que prevé dicha norma legal, esto es, que las nuevas labores requieran de un idéntico esfuerzo físico, pues sin duda, hoy en día los trabajadores denunciados para desarrollar la globalidad de los productos del cliente de la reclamante (...), en razón de la mayor rotación de los mismos y la mayor cantidad de aquellos y que en la especie en promedio alcanza al doble de las cantidades anteriores, deben necesariamente redoblar sus esfuerzos físicos para descargar, depositar en las transpaletas o carros las cajas con los productos en cuestión para ir luego a los diversos estancos o pasillos de los establecimientos comerciales donde se

exhiben aquellos, todo ello en la misma jornada laboral dispuesta originalmente en sus contratos.”¹⁵²

Ahora, no habiéndose deducido reclamación, una vez vencido el plazo para subsanar las irregularidades, el mismo fiscalizador debe verificar el cumplimiento o no de lo decidido, debiendo dejar constancia de ello en un informe complementario.

Además, el fiscalizador que sustancia el reclamo puede evacuar su informe fijando una multa al empleador, caso en el cual se seguirán los procedimientos ordinarios respectivos “(archivo transitorio, posible reconsideración y acreditación de cumplimiento correctivo, refiscalización si ello no ocurre)”¹⁵³, y en caso de recurrirse en contra de la multa, habrá de observarse el procedimiento contemplado para ello y previsto en los artículos 500 y siguientes del Código del Trabajo.

En la práctica, según registros de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, de lo que va de la reforma, ante nuestros Tribunales de Justicia tan sólo se han presentado nueve acciones de reclamación en contra de la decisión del fiscalizador y si bien no podemos asegurar con certeza los resultados finales de ellas ya que no se precisa el sujeto que acciona, sí podemos concluir que la utilización de esta herramienta es bastante infrecuente.

¹⁵² Sentencia pronunciada por Juzgado de Letras de Talca el 24 de octubre de 2009, en causa RIT I-01-2009, caratulada “Complementos Chile S.A. con Inspección Provincial del Trabajo de Talca”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

¹⁵³ Dirección del Trabajo, Circular No. 88, de 05 de julio de 2008, recurso electrónico disponible en http://www.dt.gob.cl/transparencia/Circular_88.pdf

4.2.2.4 El autodespido.

Otra vía para reclamar en contra de la medida abusiva, pero sin conservar el vínculo, es el despido indirecto o autodespido, regulado en el artículo 171 del Código del Trabajo.

Si el trabajador afectado por la decisión patronal considera que ello constituye un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo al empleador, podrá poner término a la relación laboral, ejerciendo la acción de autodespido y dando derecho al pago de las indemnizaciones que correspondieren.

Así lo ha señalado la Corte Suprema, expresando “Que siendo el contrato de trabajo un negocio jurídico bilateral, el *ius variandi* representa una situación excepcional que puede hacerse efectiva por el empleador dentro de sus potestades de mando y está restringida, por ello, a modificaciones que no importen un menoscabo para el trabajador (...) Por otro lado concede al dependiente, la prerrogativa de imputar incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empleador, lo que también supone una actitud que altere el normal desenvolvimiento de las relaciones habituales entre las partes.”¹⁵⁴

Habiendo incurrido el empleador en la causal de caducidad prevista en el artículo 160 No. 7 del Código del Trabajo al adoptar una medida que no respeta o contraviene los límites ya estudiados, se produce el fundamento para poner término de la relación laboral. Sin embargo, para que el trabajador pueda percibir las indemnizaciones legales que correspondieren, habrá de cumplir ciertos requisitos de forma.

Primero, como instancia administrativa previa, el trabajador debe dar aviso tanto al empleador como a la Inspección del Trabajo que corresponda. Dicha comunicación

¹⁵⁴ Fallo pronunciado por la Excm. Corte Suprema, el 23 de agosto de 2005, en causa caratulada “Lozano con Comercial Automotriz Antonio Garrido y Compañía Limitada”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2005, tomo CII, Editorial Jurídica de Chile, pág. 934.

debe cumplir con las mismas exigencias que una carta de aviso despido, tanto en la forma, como en la oportunidad.

Según el artículo 162 del Código del Trabajo, el aviso al empleador debe realizarse por escrito, personalmente o mediante carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato de trabajo, dentro del plazo de tercero día contado desde la separación del trabajador. La carta habrá de expresar la causal por la cual pone término a la relación laboral –la del No. 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, como ya afirmamos– y además, deberá narrar circunstanciadamente los hechos en que se funda.

Dentro del mismo plazo, habrá de enviarse a la Inspección del Trabajo que corresponda, copia del aviso dirigido al empleador.

En segundo término, dentro de los 60 días hábiles contados desde la terminación del contrato, el trabajador deberá interponer la demanda de despido indirecto ante el Tribunal con competencia en materia laboral que corresponda al domicilio de la parte empleadora o donde su hubiere prestado los servicios, a elección del demandante, a fin de que éste “declare que los hechos invocados son constitutivos de una o más de las causales de despido indirecto y ordene el pago de las indemnizaciones reclamadas.”¹⁵⁵

No estableciendo el artículo 171 un procedimiento especial para la tramitación de la acción de auto despido, habrá de tramitarse de acuerdo al procedimiento de aplicación general, contemplado en los artículos 446 y siguientes del Código del Trabajo.

Las indemnizaciones que el trabajador tiene derecho a percibir por causa del despido indirecto son la sustitutiva del aviso previo, la por años de servicio, con un recargo del 50%, y por daño patrimonial y/o moral, en caso de concurrir.

¹⁵⁵ BARAHONA ESTAY, Francisca, Despido Indirecto, Ediciones ThomsonReuters Puntotex, 1a. edición, Santiago, Chile, 2009, pág. 101.

En efecto, se “ha reconocido que el trabajador tiene derecho a considerarse despedido y ser indemnizado en el supuesto de que el empleador no retracte la medida abusiva.”¹⁵⁶ , y ello porque “se trata de la pérdida de la estabilidad a causa de un comportamiento del empleador contrario a sus deberes contractuales. Además, si las características de la situación que dio lugar al despido indirecto lo permiten, el trabajador tendría derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que demuestre...”¹⁵⁷

Reconociendo este derecho, la judicatura acogió la demanda de auto despido interpuesta por un trabajador que como consecuencia de un asalto sufrió un accidente de trayecto, lo que le generó un 25% de incapacidad laboral, con secuelas consistentes en deterioro orgánico cerebral leve a moderado con incidencia en la memoria, respecto de quien, una vez reincorporado a sus labores, el empleador cambió unilateralmente sus funciones contractuales por otras más exigentes, desde la división de maquinaria liviana a pesada y luego, al negarse al cambio, fue objeto de hostigamientos consistentes en no otorgarle el trabajo convenido.

En vista de los antecedentes, el sentenciador razonó que “(...) desde esa perspectiva, teniendo especialmente en cuenta que los hechos descritos en la carta de despido indirecto han sido irrefutablemente probados y la circunstancia de que la infracción contractual atañe a una de las principales obligaciones que emanan del contrato de trabajo, cabe concluir que el incumplimiento es de carácter grave y que, por ende, el empleador incurrió en la causal de terminación del artículo 160 No. 7 del Código del Trabajo.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ FERA, Mario S. en AAVV, ob. cit., pág. 30.

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ Sentencia pronunciada por el 1er. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 07 de mayo de 2010, en causa RIT No. O-277-2010, caratulada “Pérez con Incesa Ingeniería y Servicios S. A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

En otro fallo, el sentenciador discurre en que el cambio unilateral de las remuneraciones constituye también un incumplimiento grave de las obligaciones que impone al empleador el contrato de trabajo, circunstancia por la cual también acoge la demanda de auto despido interpuesta.

El caso citado dice relación con la rebaja unilateral del porcentaje sobre el cual se calculaba la parte variable del sueldo del trabajador, denominada “tasa de egreso”. En lo pertinente se coligió que “En consideración a lo razonado en los considerandos respectivos, la modificación unilateral –no consentida por el trabajador– de las tasas de egreso aplicando una tabla que en relación a las aplicadas anteriormente reduce la posibilidad de obtener el bono respectivo en un 100%, 90 y 80% a un 305 o incluso a un 0% tiene un impacto directo en la remuneración del actor –como da cuenta la liquidación de sueldo del mes de mayo de 2009– y no puede ser considerado como el ejercicio del ius variandi toda vez que éste exige que no importe menoscabo al trabajador, por lo tanto no cabe más que concluir que la demandada ha incurrido en una conducta que constituye un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por su parte y facultan al actor para poner término a su contrato de trabajo.”¹⁵⁹

De otro lado, importante es precisar que para accionar a través de esta vía, el trabajador puede directamente hacer uso de ésta, sin necesidad de recurrir previamente a la instancia administrativa correspondiente a la reclamación del inciso final del artículo 12 del Código del Trabajo, ya que ambas son dos vías alternativas y lícitas para el caso en que se hubiere ejercido indebidamente el Ius Variandi.

Así, un reciente fallo ha señalado que “el reclamo del dependiente afectado por el ejercicio del ius variandi por parte del empleador, ante la Inspección del Trabajo, previsto en el artículo 12 inciso 3º del Código del Trabajo, no constituye una exigencia para accionar de despido indirecto. En efecto, lo que la disposición precitada hace es

¹⁵⁹ Sentencia pronunciada por el 1er. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 25 de noviembre de 2009, en causa RIT No. O-73-2009, caratulada “Correa con AFP Hábitat S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

conceder una facultad al trabajador, consistente en reclamar en sede administrativa, la cual puede o no utilizar toda vez que la norma no lo exige perentoriamente.”¹⁶⁰

4.2.2.5 La acción de tutela.

Con motivo de la Ley 20.087, que sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la acción de tutela de derechos laborales, regulándose a través de los artículos 485 a 495 del Código del Ramo.

En lo relacionado con el tema en estudio, la acción de tutela tiene por objeto amparar ciertos derechos fundamentales del trabajador, cuando éstos resulten lesionados por una medida abusiva adoptada por el empleador en el marco del *ius Variandi*, al limitar el pleno ejercicio de aquellos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial, declarando la nulidad del acto lesivo de derechos fundamentales o decretando la procedencia de indemnizaciones legales, según se verá.

Esta vía pretende ser un mecanismo rápido y eficaz para la protección de derechos fundamentales del trabajador, pues su conocimiento no sólo goza de preferencia respecto de las demás causas seguidas ante el mismo tribunal que la conoce, al igual que los recursos que en ella se interpongan, sino que además su tramitación otorga facultades oficiosas para que el juez pueda decretar, sin posibilidad de recurso alguno, la suspensión de los efectos del acto impugnado, con apercibimiento de multa y con posibilidad de repetición en caso de desobediencia.

¹⁶⁰ Sentencia dictada por el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el día 07 de julio de 2010, en causa RIT O-277-2010, caratulada “Sandoval con Incesa Ingeniería y Servicios S.A., recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Además, como anunciáramos más arriba, esta acción introduce una reducción probatoria, consistente en la obligación del denunciante de presentar sólo indicios suficientes de la vulneración que alega, alterándose la carga de la prueba pues en tal caso le corresponderá al denunciado explicar tanto los fundamentos de las medidas adoptadas, como su proporcionalidad.

Para comprender esta figura, un reciente fallo recaído sobre un recurso de unificación de jurisprudencia ha señalado que “La tutela judicial de los derechos de los trabajadores, tiene como una vertiente, el tema relativo al difícil escenario probatorio en que se encuentra el trabajador al momento de efectuar una denuncia por violación o lesión de derechos fundamentales, dificultad que evidentemente emana, como lo destaca nuestra doctrina, de la situación estratégica en que se encuentra el empresario sobre la prueba, derivado de la proximidad y dominio que tiene la mayoría de las veces sobre ella. Es por ello, que haciéndose cargo de lo anterior, nuestro legislador laboral en el artículo 493, introdujo una reducción probatoria (...)”¹⁶¹

Respecto a la fundamentación y a la proporcionalidad que habrá de probar el empleador en relación a la decisión adoptada y que se tilda de abusiva, nos remitimos a lo ya expresado en el acápite correspondiente a límites normativos contenidos en el Código del Trabajo, especialmente en cuanto a lo referido al artículo 493.

Por cierto, para que una medida adoptada por el empleador en el ejercicio del *ius Variandi*, pueda ser objeto de una acción de tutela, ésta sólo se podrá intentar si se han vulnerado ciertos derechos fundamentales que el artículo 485 del Código del Trabajo, en sus incisos 2o. y 3o., se encarga de señalar, a saber, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 No. 1 de la Constitución), siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; el respeto y protección a la vida privada y pública y, de la honra de la persona y de su familia (artículo 19 No. 4 de la Constitución); la inviolabilidad de toda forma de

¹⁶¹ Sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema el 12 de enero de 2001, en causa Rol Ingreso Corte No. 52-2009, caratulada “Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

comunicación privada (artículo 19 No. 5 de la Constitución); la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, buenas costumbres o al orden público (artículo 19 No. 6 de la Constitución); la libertad de expresión, opinión e información, sin censura previa, de cualquier forma y por cualquier medio (artículo 19 No. 12 de la Constitución); la libertad de trabajo y su protección y el derecho a su libre elección (artículo 19 No. 16 de la Constitución), y los actos discriminatorios ocurridos durante la ejecución y término del contrato de trabajo (artículo 2 del Código del Trabajo), con excepción de las ofertas discriminatorias de trabajo.

Además, el mencionado precepto señala que “en igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

De todas maneras, cabe tener presente que un reciente fallo ha señalado que si bien la dignidad no se encuentra formalmente recogida como elemento de protección, igualmente cabe fundamentar una denuncia de tutela basada en ella, ya que “(...) debe inmediatamente desecharse cualquier pretensión que persiga excluir la dignidad como objeto de protección por la vía del procedimiento de tutela, utilizando argumentos formalistas, relativos a que este valor no se encontraría dentro del catálogo contemplado por el legislador en el artículo 485 del Código del Trabajo, la dignidad da sustento a los derechos fundamentales”¹⁶².

Si respecto de los mismos hechos en los que se funda la acción de tutela nacen otras acciones de naturaleza laboral, ellas deberán ser ejercidas en conjunto con la de tutela, salvo si se tratare de la acción de despido injustificado, puesto que en dicho caso debe interponerse en forma subsidiaria, ello porque no cabe la acumulación con otras causas.

¹⁶² Sentencia pronunciada por el 2o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 28 de diciembre de 2009, en causa RIT No. T-33-2009, caratulada “Correa con Hipermercado San Pablo Limitada”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Puede accionar por esta vía el trabajador afectado y la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, ya sea directamente o bien a través de su organización de grado superior, la que también puede hacerse parte en el juicio ya iniciado, en calidad de tercero coadyuvante. Además, podrá actuar como parte, interponiendo directamente su denuncia ante los Tribunales de Justicia que fueren competentes.

Ahora bien, si la vulneración de los derechos de los incisos 1 y 2 del artículo 485 del Código del Trabajo se produce a causa del despido, el artículo 489 prescribe que sólo podrá accionar el trabajador afectado. Sin embargo, en caso de producirse un despido como represalia en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales, sostenemos que ante el silencio del legislador se volvería a la regla general ya vista más arriba, pudiendo accionar el trabajador afectado, la organización sindical a la que se encuentra afiliado o la Inspección del Trabajo.

La acción en comento caduca en el plazo de 60 días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada, el que se suspenderá en de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo. Si la acción se interpone con ocasión del despido, el plazo señalado se debe cuenta desde la separación efectiva del trabajador de sus funciones, según dispone el inciso 2º del artículo 489 del Código del Trabajo.

A requerimiento del tribunal la Inspección del Trabajo deberá emitir un informe sobre los hechos denunciados, y también puede hacerse parte en el respectivo proceso.

Además, si en el ejercicio de sus atribuciones propias la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos, deberá realizar la respectiva denuncia ante la judicatura, previa instancia administrativa de mediación entre las partes en conflicto con el objeto de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

Para que sea admitida a tramitación, la denuncia deberá cumplir con los requisitos comunes a toda demanda laboral, pero además, deberá enunciar en forma clara y precisa los hechos constitutivos de la vulneración alegada, acompañando todos los antecedentes fundantes al efecto. Se tramitará conforme a las normas del juicio de aplicación general y la sentencia deberá contener las menciones prescritas por el artículo 495 del Código del Trabajo, declarando la existencia o no de la lesión de derechos denunciada, ordenando en su caso el cese inmediato de la medida abusiva, bajo apercibimiento de multa, indicando las medidas concretas que el empleador debe realizar para reparar las consecuencias lesivas derivadas de la medida, incluidas las correspondientes indemnizaciones, bajo apercibimiento de multa, y estableciendo las demás multas que procedieren.

El juez deberá declarar la nulidad del acto lesivo de derechos fundamentales, salvo que aquel hubiere tenido lugar con ocasión del despido del trabajador, retrotrayendo las cosas al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que deje indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Si a causa del despido se ha provocado la lesión de derechos fundamentales, por ejemplo, si ante una medida abusiva el trabajador ejerce el *ius resistendi*, y por esa razón es despedido, el juez, al acoger la acción de tutela deberá decretar a favor del trabajador el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, indemnización por años de servicio recargos legales del artículo 168 y una indemnización adicional que el Tribunal fijará incidentalmente y que fluctuará entre los 6 y 11 meses de la última remuneración mensual percibida.

Un trabajador que ejercía como guardia de seguridad se vio expuesto a diversos cambios del lugar donde debía prestar sus servicios, derivado de una acusación informal de robos en las dependencias donde originalmente y desde hacía años trabajaba. Su empleador, una empresa de seguridad, no le asignó un lugar en específico donde desempeñar sus funciones, sino que lo enviaba a diversos lugares

sólo por un día, o le hacía quedarse en las oficinas de la empresa, o bien, lo enviaban a su hogar.

Todo ello le impidió al trabajador desarrollar una vida normal, generándole un gran trauma, stress, insomnios y en general cambios de conducta, lo que derivó en fuertes dolores de cabeza, de espalda y neuralgias, situaciones por las cuales se le concedió licencia médica, provocándole todo ello una lesión, entre otros, a su derecho a la vida e integridad física y psíquica, y a su honra.

Al acoger ambas demandas, la sentenciadora señaló que: “Con lo razonado, esta sentenciadora, estima que el demandado no ha dado suficientes fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, por lo que necesariamente deberá instarse por la protección del derecho fundamental del trabajador, materializando con ello lo tutela judicial efectiva del mandato contenido en el inciso primero del artículo quinto del Código del Trabajo, que ha dispuesto que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen 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. La norma citada viene a ser sin duda, el correlato laboral, del principio de vinculación directa, contenido en el inciso segundo del artículo sexto de la Constitución Política de la República, el cual dispone que sus preceptos obligan tanto a titulares como integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo. Todo lo anteriormente expuesto, sin duda justifica la decisión del trabajador de poner término a su contrato de trabajo de conformidad a lo dispuesto en la artículo 171, en relación con el artículo 160 N°7 ambos del Código del Trabajo”¹⁶³.

Además, y para efectos de la indemnización contemplada para la acción de tutela, fijándola en el tope legal, razonó: “Que en cuanto al monto de la indemnización sancionatoria., la cual va de seis a once meses de la última remuneración mensual, corresponde al Juez fijar en concreto el quantum de la sanción, donde éste en

¹⁶³ Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 16 de febrero de 2010, en autos RIT No. T-67-2009, caratulados “Mardones con PPI Chile Seguridad Limitada”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

particular, tendrá en consideración, que la trabajador debió presentar su carta de autodespido a la empresa, quedando siempre entre sus antiguos compañeros de trabajo, el velo de duda respecto a los reales motivos que llevaron a su empleadora a relevarlo de sus funciones en dicha sucursal, además de la gravedad de la vulneración efectuada por el empleador, la que se determina a partir de los derechos fundamentales afectados, de la intensidad de afectación de los mismos y de la conducta que haya tenido la sancionada en relación al debido respeto que se debe tener de este tipo de derechos; todo ello lleva a estimar que la sanción no puede ser el mínimo legal”¹⁶⁴.

En otro juicio iniciado también por una demanda conjunta de auto despido y tutela, donde una trabajadora acciona a causa de que a su regreso de una licencia médica por enfermedad de su hijo, menor de un año, fue víctima de un cambio unilateral y arbitrio de recinto y funciones, siendo forzada a trabajar en cámaras de refrigerado y congelado sin los implementos y vestimenta adecuada, también a trasladar su puesto de trabajo a un lugar contiguo a un pasillo de uso permanente y junto a los baños de la empresa, debiendo soportar el paso incesante del personal, la exposición a una gran corriente de aire frío de dos grados Celsius aproximados y al hedor proveniente de los sanitarios; además fue obligada a usar una silla metálica carente de condiciones ergonómicas, a usar un computador portátil no personalizado y se le privó del beneficio de sala cuna.

A consecuencia de lo anterior padeció de síndrome depresivo ansioso de origen conflictivo laboral, lo que originó tratamiento y reposo médico, viendo vulnerados de dicha manera los derechos consagrados en los numerandos 1 y 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La sentenciadora, al acoger también sendas demandas, razonó “Que todo lo expuesto no lleva sino a convencer a esta sentenciadora que las circunstancias que rodearon el regreso de la denunciante a su trabajo constituye una flagrante violación al ius variandi, con menoscabo para la afectada, donde se la denigró de manera flagrante

¹⁶⁴ Ídem.

tanto desde que se la cambia unilateralmente de funciones, cuanto se la ubica físicamente en un lugar adverso, sin herramientas para trabajar y sin las condiciones de seguridad necesarias, como en la silla de los castigados, no es menor que se la haya sentado en una silla tipo escolar o universitaria, lo que refleja con sus acciones el desdén y encono de la empleadora respecto de la denunciante, casi como una advertencia al resto del personal acerca de las consecuencias que derivan las ausencias o “reiteradas licencias” como repetidamente indicó el Sr. Vergara en su declaración. El actuar de la denunciada, contraviene también el mandato de respeto de los derechos fundamentales (artículo 6° inciso segundo y 19 de la Constitución Política de la República; en relación con lo dispuesto en los artículos 5, inciso 1, 2 inciso del Código del Trabajo) En efecto, los hechos probados son más que meros indicios de la existencia de la conducta atentatoria de derechos fundamentales que se postula en la denuncia. Se asientan en una convicción plena de la sentenciadora acerca de la existencia de un procedimiento por parte de la empleadora, ajeno al respeto de las garantías constitucionales de la actora, claramente abusivo y excediendo sus facultades de mando, cambiándola de funciones sin justificación alguna, en un lugar físico no apto para aquello, además de denigrante, al lado del baño, sin herramientas mínimas de trabajo, sin silla adecuada, sin computador adecuado y obligándola a realizar su funciones en las cámaras de frío sin la implementación adecuada y careciendo la actora, en la desigualdad de la relación laboral, de poder defenderse adecuadamente a través de los mecanismos adecuados que la propia empresa debe proveer, recurriendo entonces a la protección de los órganos administrativos y jurisdiccionales”¹⁶⁵.

En este caso, la judicatura también reguló la indemnización adicional en el tope establecido por la Ley.

¹⁶⁵ Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, el 25 de enero de 2010, en causa RIT T-56-2009, caratulada “Peña con Axis Logística de Chile Ltda.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

CAPÍTULO V

EL IUS VARIANDI FRENTE AL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

A lo largo de nuestra legislación sobre Derecho Colectivo del Trabajo encontramos ciertas instituciones que se relacionan con nuestro tema en estudio, y que por su relevancia pasamos a exponer.

5.1 El Dirigente Sindical.

Con el fin último de proteger la Libertad Sindical, el legislador contempló expresamente una excepción al ejercicio del Ius Variandi en relación a la labor del dirigente sindical.

Según estudiásemos en el acápite de límites legales, el artículo 243 del Código del Trabajo prescribe que respecto del director sindical, el empleador no podrá alterar la naturaleza de sus servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, durante el lapso que media entre la fecha de la elección hasta seis meses después de que hubiere cesado en el cargo, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Respecto al sujeto de protección, la norma es clara y cita a los “dirigentes sindicales”, esto es, “aquellos trabajadores que resultan elegidos como directores sindicales entre las más altas mayorías relativas a que se refiere el artículo 235 del Código del Trabajo”¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Dirección del Trabajo, Ord. No. 3995/198, de 02 de diciembre de 2002, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-63623.html>

En consecuencia, los dependientes que participen como constituyentes de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa, de un sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios, en la etapa previa a la constitución -es decir, durante los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y mientras se encuentran amparados por el fuero adicional de treinta días posteriores a la realización de la misma, con un tope de cuarenta días, acumulados ambos períodos, o hasta el día siguiente de haberse realizado la citada asamblea, con un máximo de quince días, en el caso de los trabajadores eventuales o transitorios-, quedan excluidos de la excepción en comento, a pesar que de conformidad al artículo 211 del Código del Trabajo, sí gozan de fuero sindical.

En tal sentido, la Dirección del Trabajo ha señalado que “Sin embargo, aún cuando la voluntad del legislador ha sido velar porque los trabajadores que participan en la constitución de un sindicato puedan gozar de una relativa estabilidad en su trabajo, su intención no ha sido, en esta etapa del proceso, limitar las facultades del empleador respecto de la aplicación del Jus Variandi, de que da cuenta el artículo 12 del Código del Trabajo. En efecto, del análisis efectuado a las normas pertinentes, artículos 221, incisos 3º y 4º, 238, inciso 1º y 243, incisos 1º y 2º, todos del Código del Trabajo, es posible concluir que su intención ha sido entregar a estos trabajadores sólo la prerrogativa del fuero y mantener en beneficio del empleador la facultad ya mencionada”¹⁶⁷.

Respecto al caso fortuito o fuerza mayor, nos remitimos a lo que el Código Civil señala a su respecto en su artículo 45.

En cuanto a su trato jurisprudencial, insistimos en que la conducta que quebranta esta norma prohibitiva es considerada y sancionada como práctica antisindical.

¹⁶⁷ Ob. cit.

5.2 El Derecho a Huelga.

Si bien el derecho a huelga no tiene una consagración constitucional explícita, más allá de lo dispuesto en el artículo 19 No. 16 inciso final, donde sólo se limita a excluir de ella a ciertos trabajadores, éste es un derecho fundamental reconocido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y constituye una manifestación esencial de la libertad sindical consagrada en el Convenio No. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 01 de febrero del año 1999, siendo el Código del Trabajo el que la regula desde el artículo 369 y siguientes.

Como institución, la huelga es un elemento esencial del Derecho Colectivo del Trabajo pues constituye el derecho de reivindicación laboral por excelencia, siendo una herramienta de presión para la obtención y concreción de otros derechos laborales, como por ejemplo, salarios justos o condiciones laborales dignas.

Sin embargo, a pesar de que este derecho se encuentra consagrado y regulado en Chile, nuestra legislación es especialmente restrictiva de la huelga en sus aspectos esenciales.

En relación al estudio del *Ius Variandi*, existe una norma del Código del Trabajo cuya interpretación y aplicación genera escozor, pues dependiendo del criterio del juez es si en definitiva se otorga o no completa protección y efectividad a la huelga.

No obstante que en la mayoría de los países de Latinoamérica, una vez declarada la huelga se veda la posibilidad tanto de reemplazar trabajadores como de celebrar nuevos contratos de trabajo, en Chile, a través del artículo 381 del Código del Trabajo ocurre algo diferente.

En efecto, dicho precepto si bien niega preliminarmente el reemplazo de trabajadores en huelga, luego igualmente otorga la posibilidad de su sustitución, cumpliendo sí ciertos requisitos por parte del empleador en su última oferta en la

negociación colectiva, permitiendo así la contratación del número de trabajadores que considere necesario para el desempeño de las funciones de aquellos que se encuentran ejerciendo el derecho a huelga.

A nuestro entender, esta posibilidad otorgada al empleador en definitiva significa desnaturalizar el derecho a huelga pues lesiona su contenido esencial, restándole totalmente su efectividad ya que permite al empleador mantener en perfecta normalidad su producción, tornando prescindibles a los trabajadores en huelga y desatendibles sus reivindicaciones.

Por esta circunstancia, la OIT, a través del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendación a propósito del artículo en comento recomendó su modificación señalando que “la Comisión recuerda que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical”¹⁶⁸.

Ahora bien, en los hechos, los empleadores han recurrido a otros mecanismos, diversos al reemplazo, a fin de inhibir los efectos de la huelga, por ejemplo, mediante el traslado o movilización de sus dependientes desde otras reparticiones hacia las afectadas, ejerciendo la facultad del *Ius Variandi* al cambiar el lugar o recinto donde deben prestar sus servicios aquellos otros trabajadores que vienen en subsanar el déficit en las dependencias donde incide la huelga.

Si bien en un examen superficial de la circunstancia anotada se podría concluir que el ejercicio de *Ius Variandi* en tal caso cumpliría con los requisitos formales ya estudiados, ello resulta erróneo puesto que debemos comprender la institución en su conjunto, integralmente, debiendo colegir en definitiva que el *Ius Variandi* utilizado para reemplazar trabajadores en huelga es ilegítimo puesto que no respeta los límites

¹⁶⁸ Organización Internacional del Trabajo, en http://www.cgmosicam.cl/Noticia_237.htm

institucionales, especialmente en relación al principio protector y de buena fe, además de los normativos, en cuanto a los preceptos que regulan la materia de la huelga.

Es esta situación que se ha suscitado en la práctica la que ha generado discusión en torno a qué figuras constituirían un reemplazo ilegal de trabajadores en huelga, en los términos del artículo 381 del Código del Trabajo, porque lo que en definitiva está en juego es el garantizar el derecho a huelga.

Una primera hipótesis es la sostenida en forma tradicional por nuestros Tribunales de Justicia, incluido nuestro máximo tribunal, en torno a no considerar la utilización del *lus Variandi* en la forma señalada como una vulneración al derecho de huelga.

Quienes sostienen esta postura la fundan en que la prohibición de reemplazar a trabajadores en huelga constituye la regla general, y que por lo tanto la posibilidad de reemplazo es la excepción, y que tendrá lugar siempre que el empleador reúna los requisitos prescritos por el artículo 381 del Código del Trabajo.

De lo anterior infieren que la prohibición de reemplazo está referida única, necesaria y exclusivamente a la celebración de nuevas contrataciones de trabajadores, ajenos a la empresa, y no así respecto de la reubicación de trabajadores de la misma empresa no adheridos a la huelga.

La Excma. Corte Suprema, en un fallo de abril de 2008 y que ha servido de orientación a muchos otros en la materia, aborda in extenso lo que ha de entenderse por reemplazo de trabajadores en huelga, institución última a la que considera como una “instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo”¹⁶⁹, sobre la cual correspondería “realizar una interpretación restrictiva de las

¹⁶⁹ Fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema de Justicia el 14 de abril de 2008, en autos Rol Ingreso Corte No. 345-2008, caratulado “Dirección del Trabajo con ISS Facility Service S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país”¹⁷⁰.

Al efecto discurrió sobre la inteligencia de la norma contenida en el artículo 381 del Código del Trabajo, precisando que “si bien es cierto se inicia disponiendo la prohibición de realizar “reemplazo”, no lo es menos, que en el desarrollo de las situaciones excepcionales en que esa circunstancia está permitida, el legislador se refiere a la contratación de trabajadores para los efectos de realizar el reemplazo de los dependientes en huelga. Y no es lo mismo reemplazar que contratar. No lo es, por cuanto la expresión reemplazo, en su sentido natural y obvio significa sustitución, es decir, cambiar uno por otro y la voz contratación, es indicativa de celebración de una convención”¹⁷¹.

Y acorde con lo consignado, nuestro máximo tribunal razonó que “como lo ha resuelto este Tribunal en casos similares, es en esta orientación en la que ha de procurarse el sentido del reemplazo prohibido en el artículo 381 del Código del Trabajo, delimitándolo dentro del contexto de la normativa en la que se contiene, es decir, a propósito de una instancia no deseada, atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo, por lo tanto, debe entenderse que lo que la ley impide –salvo en las condiciones excepcionales que ella misma regula– es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquellos que han declarado la huelga. Es decir, ha de tratarse de personal ajeno a la empresa (...)”¹⁷²

Según nuestra opinión, a fin de reconocer la plena vigencia del derecho a huelga, la interpretación restrictiva del derecho a que hace referencia la Excma. Corte Suprema habría de corresponder a la mayor limitación de los mecanismos de reemplazo de los trabajadores en huelga, sometiendo precisamente a esos mecanismos a una interpretación restrictiva, y no así delimitar la interpretación al contexto de la normativa

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Ídem.

¹⁷² Ídem.

en la que se contiene la prohibición en estudio, lo que más bien correspondería a una interpretación extensiva de la excepción.

Por lo demás, el recurrir a la vía del *ius Variandi* para salvar la paralización a la que se ve enfrentado el empleador ante la huelga, sin duda no respeta los límites normativos impuesto por los Tratados Internacionales que regulan la materia, lo que lo convierte en ilegítimo.

En virtud del principio de interpretación “pro homine”, lo más sano a nuestro entender habría sido dar preferencia a la protección del derecho a huelga por sobre las consideraciones referentes al desarrollo económico del país.

Esta segunda hipótesis, que es compartida mayoritariamente en doctrina, no es recogida de igual modo a nivel jurisprudencial.

El mismo fallo citado consigna un voto disidente, pronunciado por el abogado integrante Sr. Roberto Jacob Chicair, para quien “la regla general es la prohibición de reemplazar a los trabajadores que se encuentran en huelga. Dicha conclusión se extrae de los términos en que el artículo 381 se encuentra redactado y ello obedece a la regulación restrictiva que presenta la huelga en nuestra legislación. (...) Que, por consiguiente, la interpretación de la disposición contenida en el artículo 381 del Código del ramo, no puede orientarse hacia una huelga inoperante en la práctica, pues los trabajadores que la acordaron han debido cumplir con todos los requisitos pertinentes. Por lo demás, la expresión rectora en dicha norma es la voz “reemplazo”, palabra que, en su sentido natural y obvio, significa “sustituir una cosa o persona por otra, poner en lugar de una cosa o persona, otra que haga sus veces” y, ciertamente, ha sido lo que ocurrió en la situación que se plantea en estos autos, ya que el empleador asignó a otros de sus trabajadores a cumplir con las funciones que desarrollaban los dependientes que optaron por la huelga, es decir, produjo una sustitución”¹⁷³.

Luego razona sobre el significado y las consecuencias que un reemplazo de

¹⁷³ Ídem.

trabajadores en huelga por vía de traslado entrañaría: “Que al producirse la referida sustitución se atenta contra la huelga acordada, desde que si existe la posibilidad de designar a otros trabajadores para que realicen las labores cuyo cometido corresponde a los huelguistas, la paralización por parte de estos deja de constituir la instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador y, en mayor o menor medida, contraría el derecho a la asociación garantizado constitucionalmente, desde que el objetivo perseguido a través de la organización o constitución de un sindicato, se ve mermado ante la imposibilidad de ejercer en plenitud las finalidades del ente sindical”¹⁷⁴.

Y haciéndose cargo de los fundamentos de contrario afirma “Que, no obsta a la conclusión anterior, la circunstancia que la redacción del artículo 381 en comento, contenga referencias a la contratación de trabajadores, pues, sin duda alguna, que la situación de regular ocurrencia, será esa. Es decir, en el evento que el empleador cumpla con las exigencias legales, podrá celebrar contratos de trabajo con terceros ajenos a la empresa. Pero la alusión a contratación no significa que pueda, a su arbitrio, sin acatar disposición alguna, reemplazar a los huelguistas por otros dependientes de la misma empresa o establecimientos”¹⁷⁵.

Concluye su razonamiento indicando “que, además, si bien la huelga constituye un desenlace no deseado para una negociación colectiva, ningún sentido tiene ese derecho reconocido a favor de los trabajadores, si el empleador, en cualquier situación, puede realizar el reemplazo y continuar con el funcionamiento de la empresa, sin mayores tropiezos, pues ello importa atentar contra la eficacia de la huelga, lo que resulta inadmisibles dentro del contexto de la reglamentación de dicha situación, pues, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 380 del Código del Trabajo, en el caso de producirse la huelga en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Ídem.

grupo negociador está obligado a proporcionar personal de emergencia, cuyo no ha sido el caso”¹⁷⁶.

Similares fundamentos encontramos en un fallo de primera instancia, pronunciado durante la reforma procesal, donde el sentenciador afirma que “cualquier reemplazo de trabajadores en huelga, sea con personal nuevo contratado o con personal de la propia empresa que no participe en la huelga y que ejecute las labores o funciones del personal que ha suspendido sus funciones, debe ser entendido que ejecuta labores de reemplazo de personal en huelga, lo que se encuentra vedado por el artículo 381 del Código del Trabajo (...) y reemplazar, como se sabe, significa precisamente sustituir algo o alguien por otra cosa o persona o poner en su lugar otra que haga sus veces, por lo que, específicamente, se encuentra prohibido por ley el reemplazo de las funciones de los trabajadores en huelga, lo que resulta a todas luces lógico, si se piensa que el efecto esperable de una huelga es la privación para la empleadora de las funciones ejercidas por los dependientes huelguistas, generándose así la presión lícita que pretende y fundamenta toda huelga”¹⁷⁷.

Adhiere también a esta postura la Dirección del Trabajo, la que sostiene que “Cualquier modalidad que permita el reemplazo de las labores que ejecuta el personal en huelga se encuentra legalmente prohibida, salvo en las condiciones previstas en el artículo 381 del Código del Trabajo”¹⁷⁸, y luego precisa que “Para todos los efectos legales constituye reemplazo de los trabajadores en huelga cualquier modalidad que signifique que trabajadores dependientes de la empresa o ajenas a la misma desarrollen las funciones del personal en huelga.”¹⁷⁹

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ Sentencia pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique el 19 de octubre de 2009, en autos RIT No. T-20-2009, caratulados “Inspección del Trabajo de Iquique con Empresa SIGES Chile S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

¹⁷⁸ Dirección del Trabajo, Ord. No. 1197/61, de 11 de abril de 2002, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63243.html>

¹⁷⁹ Ídem.

Por lo demás, esta interpretación se aviene con la historia de la norma en comento, la que se encarga de recordárnosla el fallo de primera instancia antedicho, señalando: “Que valga señalar que la referida interpretación no resulta antojadiza, pues la misma encuentra respaldo en la historia de la propia norma, desde su modificación por la ley 19.069 de 1991 y luego por la ley 19.759 de 2001, siendo la misma progresivamente acorde con el reconocimiento del derecho a huelga efectiva, desde aquella norma que autorizaba al empresario “contratar los trabajadores que considere necesarios” (artículo 58 del DL 2.578 de 1979), pasando por la ley 19.069 que señaló “el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva, siempre y cuando la última oferta formulada...” y terminando con la actual que expresa “estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada...”. El sentido expresado de la norma en análisis, en cuanto a que lo prohibido es el reemplazo de las funciones de los trabajadores en huelga, provenga este reemplazo de personal nuevo contratado para tales efectos, como de personal dependiente de la empresa que se le redestine a funciones propias de los huelguistas, encuentra expreso respaldo en la discusión que se produjo en el congreso a propósito de la aprobación de la ley 19.759, en la que precisamente fue objeto de debate por los legisladores la amplitud pretendida por la reforma, cuestionándose por algunos el hecho de no permitirse durante la huelga el reemplazo con trabajadores de la misma empresa, cuestión que quedó zanjada con la aprobación de la ley aludida, en el sentido que estaba prohibido todo reemplazo en los términos ya comentados”¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Sentencia pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique el 19 de octubre de 2009, en autos RIT No. T-20-2009, caratulados “Inspección del Trabajo de Iquique con Empresa SIGES Chile S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

5.3 Propuesta.

Según lo visto, al no existir una prohibición expresa de la utilización del *Ius Variandi* en caso de huelga, se genera inseguridad jurídica especialmente a los trabajadores, cuya protección es la piedra angular del Derecho del Trabajo, dejando al juez de fondo la decisión final de tildar o no de abusiva e improcedente dicha conducta.

Mientras la tendencia jurisprudencial mayoritaria sea circunscribir la figura del reemplazo ilegal de trabajadores en huelga exclusivamente a la contratación de nuevo personal, consideramos que a fin de encontrar una fórmula que otorgue efectiva protección de los derechos de los trabajadores, se hace menester una reforma legal que expresamente prohíba y sancione el ejercicio del *Ius Variandi* en caso de huelga.

Con esta idea, en el año 2008, los Senadores Srs. Carlos Bianchi y Ricardo Núñez presentaron un proyecto de ley que modificaba el Código del Trabajo estableciendo la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga, “ya sea mediante la contratación de nuevos trabajadores, o la utilización de las facultades establecidas en favor del empleador”¹⁸¹

Sin embargo, por ser materia de resorte exclusivo del Presidente de la República, la Sala del Senado declaró inadmisibile el proyecto, pero igualmente pidió al Ejecutivo el patrocinio de la moción.

Habrá que esperar entonces que sea el Presidente de turno quien zanje la situación poniendo coto definitivo al reemplazo de trabajadores en huelgas por la vía de la utilización abusiva del *Ius Variandi*.

CONCLUSIÓN

¹⁸¹ Noticia del periódico electrónico del Senado de la República, de fecha 15 de septiembre de 2008, en http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20080922/pags/20080922180932.html

El *Ius Variandi*, como facultad otorgada por el ordenamiento jurídico al empleador para variar ciertos elementos de la relación laboral, debe entenderse e interpretarse restrictivamente pues se trata de una excepción al principio general de intangibilidad de los contratos.

Si bien es cierto que como herramienta de flexibilidad es muy útil al patrono para adecuar la producción a las vicisitudes y exigencias del mercado y la economía, no es menos cierto que ello no puede significar una desregulación solapada de la relación laboral, fundada en un subterfugio legal.

A través de este estudio hemos pretendido entregar un panorama claro y actual sobre la aplicación correcta de este instituto, con el objeto último de entregar certeza jurídica a los sujetos de la relación laboral.

Profundizamos los casos que nuestra legislación permite la modificación unilateral del contrato de trabajo, incluyendo a los trabajadores portuarios que hasta el momento no habían sido objeto de estudio como figura autónoma, ilustrando cada caso con jurisprudencia judicial y/o administrativa.

Igual ejercicio hicimos respecto de los límites que debe observar el empleador al momento de adoptar una medida en el marco del *Ius Variandi*, no sólo remitiéndonos a los casos legales que son objeto de recurrente análisis sino intentando dar una visión integral de ellos refiriéndonos a los que nacen del concepto mismo de *Ius Variandi*, así como también de los que emanan de su ejercicio, además de aquellos que surgen del Derecho Laboral y común.

Diferenciamos además entre ejercicio regular e irregular del *Ius Variandi* especificando la amplia gama de actitudes que el trabajador afectado puede adoptar, ahondando en ellas y haciendo referencia a las reformas legales que en el temán

inciden y explayándonos sobre la nueva acción de tutela incorporada a nuestro sistema jurídico.

Finalizamos con un análisis crítico sobre la relación entre los Variandi y el Derecho Colectivo del Trabajo, haciendo énfasis en la situación que en la práctica se suscita con el Derecho a Huelga.

Tal y como más arriba afirmamos, y como hemos sostenido a lo largo de esta memoria de grado, el Lus Variandi no puede significar una desregulación de la relación laboral desconociendo los derechos de los trabajadores, sin embargo, en los hechos, los empleadores han recurrido a esta figura para poder mantener inalterable la producción ante una huelga dentro de su empresa, desplazando trabajadores no adheridos a la movilización a aquellos lugares donde se ejerce la huelga, socavando los cimientos de aquel derecho colectivo del trabajo, convirtiéndolo en inoperante.

En vista de lo estudiado y considerando que el Lus Variandi debe aplicarse e interpretarse de manera que constituya una herramienta válida para el empleador, en los casos previstos y respetando los límites analizados, pero a la vez conciliando los derechos de los trabajadores, proponemos una reforma legal a fin de evitar el reemplazo de trabajadores en caso de huelga a través del ejercicio del Lus Variandi.

BIBLIOGRAFÍA

A. Recursos bibliográficos en material impreso.

ACKERMAN, Mario (director), TOSCA, Diego Martín (coordinador), Tratado de Derecho del Trabajo”, 1ª edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2005, 789 págs.

ALBIOL MONTECINOS, Ignacio y otros, Compendio de Derecho del Trabajo, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2008.

ALONSO OLEA, Manuel y otra. Derecho del Trabajo, 18ª edición, Civitas Ediciones, Madrid, España, 2000, 1236 págs.

ALONSO OLEA, Manuel. Curso de Derecho del Trabajo, 3ª edición, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 2000, 1236 págs.

AAVV. Estudios sobre Derecho Laboral, Homenaje a Rafael Caldera, 1ª edición, Edición Sucre, Caracas, Venezuela, 1977.

AAVV. IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1ª edición, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998, 219 págs.

BARAHONA ESTAY, Francisca. El despido indirecto, 1ª edición, Editorial Puntotex, Santiago de Chile, 2009, 179 págs.

BODAS MARTÍN, RICARDO. El poder de dirección del empresario, 1ª edición, Editorial Ibidem, Madrid, España, 1997

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, tomo I, 4ª edición, Heliasta Editores, Argentina, 2001, 1038 págs.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen I, 1ª edición, Bibliográfica Omega Editores – Libreros, Buenos Aires, Argentina, 1963, 641 págs.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral, 1ª edición, Ediciones El Gráfico Impresores, Buenos Aires, Argentina, 1949, 1038 págs.

ESPINOSA NOVOA, Luis Antonio y otro. Ius variandi de los trabajadores del comercio, su tratamiento jurídico y práctico en la legislación nacional, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, Santiago de Chile, 2005, 144 págs.

GAETE VILLEGA, Daniel, La ley del contrato y el ius variando, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, Santiago, Chile, 1990, 187 págs.

GAJARDO SEPÚLVEDA, José Manuel. Ius variandi: concepto, definición, jurisprudencia, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1995, 172 págs.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Fundamentos de derecho laboral, 1ª edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2008, 162 págs.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, 78 págs.

GOBIERNO DE CHILE, Dirección del Trabajo, Oficio Circular N° 5, de 02 de marzo de 1982.

GOBIERNO DE CHILE, Dirección del Trabajo, Boletín Oficial No. 75, abril de 1995.

GOBIERNO DE CHILE, Dirección del Trabajo, Código del Trabajo, legislación complementaria, instrucciones y jurisprudencia articulada, tomo 1, Santiago, Chile, 1995.

GÓMEZ GÓMEZ, Juvenal Rodrigo. El ius variandi en el Derecho del Trabajo, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1983, 98 págs.

GONZÁLEZ BOCKUS, Daniela Beatriz. El ius variandi en materia laboral, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Adolfo Ibáñez, Valparaíso, Chile, 1999, 138 págs.

HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del trabajo y la seguridad social, 17ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, julio 2006, 356 págs.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Contrato individual de trabajo, 1ª edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, 318 págs.

LARRAIN B., Felipe (editor) La transformación Económica de Chile, 2ª edición, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, enero 2001, 728 págs.

LAURIE CERDA, Michel Sebastián. El contrato individual y el ius variandi, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2000, 219 págs.

MARÍN ETÉROVIC, Valeria y otra, El menoscabo del trabajador en el ejercicio del Ius Variandi y otros temas relacionados, memoria de prueba para optar al grado de

licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005, 141 págs.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio, Elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social, 6ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, 767 págs.

MELIS VALENCIA, Christian. El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo, 1ª edición, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2009, 633 págs.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo, 29ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2008, 827 págs.

PALAVECINO, Claudio, Principios del Derecho del Trabajo, Separata, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008, 15 págs.

PALOMEQUE LÓPEZ, y otro. Derecho del Trabajo, 16ª edición, Editorial Universitaria, Madrid, España, 2008, 906 págs.

OIT/ILANUD, Módulo de capacitación: derecho laboral / ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, San José, Costa Rica: El Programa, 2001, 254 págs.

PARADA MONTERO, John Alfredo. Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder de dirección del empleador, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2003, 112 págs.

PAREDES ARO, Rodrigo Mauricio. La flexibilidad en el contrato individual de trabajo en nuestra legislación laboral, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Finis Terra, Santiago de Chile, 2005, 116 págs.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Curso de Derecho Laboral, tomo II, vol. I Contratos de Trabajo, Editorial Acali, Montevideo, Uruguay, 1978, 295 págs.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios del Derecho del Trabajo, 3a. edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, 331 págs.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo C, N° 2, julio – diciembre, año 2003, Editorial Jurídica de Chile.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo CII, 2005, Editorial Jurídica de Chile.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES, Tomo XCIX, N 2, abril-junio, 2002, Editorial Jurídica de Chile.

ROMAGNOLI, Umberto y otros. Experiencias de flexibilidad Normativa, 1ª edición, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile, 1992, 105 págs.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (coordinador). Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 5ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004, 927 págs.

ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato de trabajo, 1ª edición, Ediciones Grapheus, Valladolid, España, 1992, 461 páginas.

SARTHOU, Helios. Trabajo, Derecho y Sociedad, tomo II Estudios de Derecho Individual del Trabajo, 1ª edición, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, septiembre 2004, 171 págs.

SOTO BENTANCOURT, Daniel, El *ius variandi* como elemento de flexibilidad laboral, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Concepción, Chile, 2001, 101 págs.

TAPIA GUERRERO, Francisco. Código del Trabajo: anotaciones y concordancias, 9ª edición, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2009, 783 págs.

THAYER ARTEAGA, William. Texto y comentario del Código del Trabajo, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, diciembre 2002, 433 págs.

THAYER ARTEAGA, William y otro. Manual de Derecho del Trabajo, tomo I, parte I Generalidades, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, abril 1997, 371 págs.

VASQUEZ VIALARD, Antonio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986, 450 págs.

WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. Derecho de las Relaciones Laborales, 1a. edición, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003, 718 págs.

B. Recursos bibliográficos en línea, por orden de transcripción.

Dirección del Trabajo, Ord. 2210/035, de 10 de junio de 2009, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 6077/405, de 10 de diciembre de 1998, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86954.html>

Dirección del Trabajo, Ord. 3351/185, de 09 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88188.html>

Sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema de Justicia, en causa Rol Ingreso Corte No. 2692-2007, caratulada “Silva con Unimarc”, recurso electrónico disponible en http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAAN

[oPAAOAABbVyAAD&consulta=100&glosa=&causa=2692/2007&numcua=31370&secre=UNICA](http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88599.html)

Dirección del Trabajo, Ord. 158/02, de 04 de enero de 1995, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88599.html>

Sentencia pronunciada por el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 13 julio de 2010, en causa RIT No. O-932-2010, caratulada "Torres y otra con Compass Catering S.A. y Compass Servicios S.A.", <http://laboral.poderjudicial.cl:9081/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 2790/133, de 05 de marzo de 1995, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88833.html>

Corte de Apelaciones de Concepción, autos Rol Ingreso Corte No. 50-941, sentencia de 30 de septiembre de 1994, en www.legalpublishing.cl

Sentencia pronunciada por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 29 de marzo de 2010, en causa RIT No. O-16-2010, caratulada "Luhr con Dirección de Previsión de Carabineros de Chile", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Dirección del Trabajo, Ord. No. 3794/200, de 30 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88215.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 1162/52, 26 de marzo de 2001, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62531.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 1177/61, de 03 de marzo de 1999, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-84876.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 4428/173, de 22 de octubre de 2003., recurso electrónico disponible <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63022.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 81/3, de 08 de enero de 2001, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62460.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 4413/172, de 22 de octubre de 2003, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63020.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 4936/213, de 17 de noviembre de 2003, en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63068.html>

Dirección del Trabajo, Ord. 158/02 de 9 de enero de 1995, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88599.html>

Dirección del Trabajo, Ord. 5268/309, de 18 de octubre de 1999, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-85018.html>

Dirección del Trabajo, Ord. 3351/185, de 09 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88188.html>

Excma. Corte Suprema, Rol Ingreso Corte No. 2692-2007, sentencia de 29 de noviembre de 2007, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso el 09 de noviembre de 2009, Ingreso de Corte No. 374-2009, caratulada "Sindicato de Empresa Líder Supermercado Viña del Mar Ltda. con Supermercado Viña del Mar Ltda.", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia dictada por el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa RIT 0 659-2009, caratulada "Villagra con F y P Soporte S.A.", de 03 de febrero de 2010, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Talca el 20 de julio de 2007, en Recurso de Protección caratulado "Guzmán con Guajardo", Rol Ingreso Corte Nº 609-2007, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Dirección del Trabajo, Ord. No. 5885/370, de 02 de diciembre de 1999, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-85154.html>

Sentencia pronunciada por la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Protección en favor de doña Ohytavit Parra Riquelme y doña Jacinta del Carmen Concha Martínez en contra del Alcalde de San Rosendo, Rol Ingreso Corte Nº 4356-2004, sentencia de 02 de marzo de 2005, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Dirección del Trabajo, Ord. No. 1607/35, de 28 de abril de 2003, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62886.html>

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989 AL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN: SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol. 9, n.1 [citado 2010-11-21], pp. 365-374, recurso electrónico disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext

Dirección del Trabajo, Ord. No. 3704/134, de 11 de agosto de 2004, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-68527.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 2856/162, de 30 de agosto de 2002, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-76653.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 2210/035, de 10 de junio de 2009, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 3995/198, de 02 de diciembre de 2002, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-63623.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 5079/188, de 06 de diciembre de 2004, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-74243.html>

Sentencia de Corte Suprema, de fecha 26 de mayo de 2008, en autos caratulados "Dirección del Trabajo con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.", Rol Ingreso Corte No. 1116-2008, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Dirección del Trabajo, Ord. No. 5586/331, de 11 de noviembre de 1999, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-85080.html>

Sentencia dictada por 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT 67-2009, de 16 de febrero de 2010, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Dirección del Trabajo, Dictamen Nº 2210/035, de 10 de junio de 2009, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>

Dirección del Trabajo, Ord. No. 3351/185, de 9 de junio de 1997, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88188.html>

Fallo pronunciado por la Excm. Corte Suprema el 13 de diciembre de 2001, en causa Rol Ingreso Corte No. 3446-2001, caratulada "Poblete con Autofrance Limitada", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por la Ittma. Corte de Apelaciones de Rancagua el 17 de diciembre de 2003, en causa Rol Ingreso Corte No. 4203, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por el 1er. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 25 de noviembre de 2009, en causa RIT No. O-73-2009, caratulada "Correa con AFP Hábitat S.A.", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras de Santiago, el 25 de enero de 2010, en causa RIT No. T-56-2009, caratulada "Peña con Axis Logística de Chile", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, el 10 de marzo de 2010, causa RIT No. T-10-2009, caratulada "Torres y otro con Escuela Básica", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Historia fidedigna de la Ley No. 20.087, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, Biblioteca del Congreso Nacional, 03 de enero de 2006, pág. 240, recurso electrónico disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20087/HL20087.pdf>

Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 25 de enero de 2010, en causa RIT No. T-56-2009, caratulada "Peña con Axis Logística de Chile Limitada", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por la ltma. Corte de Apelaciones de Concepción, el 28 de noviembre de 2007, en causa caratulada "Arriagada con Administradora San Pedro S.A.", Rol Ingreso Corte No. 533-2007, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Fallo dictado por la Excma. Corte Suprema el 01 de junio de 2006, en causa caratulada Benavides con AFP Planvital S.A., Rol Ingreso Corte No. 5985-2005, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por Juzgado de Letras de Talca el 24 de octubre de 2009, en causa RIT I-01-2009, caratulada "Complementos Chile S.A. con Inspección Provincial del Trabajo de Talca", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Dirección del Trabajo, Circular No. 88, de 05 de julio de 2008, recurso electrónico disponible en http://www.dt.gob.cl/transparencia/Circular_88.pdf

Sentencia pronunciada por el 1er. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 07 de mayo de 2010, en causa RIT No. O-277-2010, caratulada "Pérez con Incesa Ingeniería y Servicios S. A.", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por el 1er. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 25 de noviembre de 2009, en causa RIT No. O-73-2009, caratulada "Correa con AFP Hábitat S.A.", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia dictada por el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el día 07 de julio de 2010, en causa RIT O-277-2010, caratulada "Sandoval con Incesa Ingeniería y Servicios S.A.", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema el 12 de enero de 2001, en causa Rol Ingreso Corte No. 52-2009, caratulada "Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por el 2o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 28 de diciembre de 2009, en causa RIT No. T-33-2009, caratulada "Correa con Hipermercado San Pablo Limitada", recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 16 de febrero de 2010, en autos RIT No. T-67-2009, caratulados “Mardones con PPI Chile Seguridad Limitada”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, el 25 de enero de 2010, en causa RIT T-56-2009, caratulada “Peña con Axis Logística de Chile Ltda.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Dirección del Trabajo, Ord. No. 3995/198, de 02 de diciembre de 2002, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-63623.html>

Organización Internacional del Trabajo, en http://www.cgtmosicam.cl/Noticia_237.htm

Fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema de Justicia el 14 de abril de 2008, en autos Rol Ingreso Corte No. 345-2008, caratulado “Dirección del Trabajo con ISS Facility Service S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Sentencia pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique el 19 de octubre de 2009, en autos RIT No. T-20-2009, caratulados “Inspección del Trabajo de Iquique con Empresa SIGES Chile S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Dirección del Trabajo, Ord. No. 1197/61, de 11 de abril de 2002, recurso electrónico disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63243.html>

Sentencia pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique el 19 de octubre de 2009, en autos RIT No. T-20-2009, caratulados “Inspección del Trabajo de Iquique con Empresa SIGES Chile S.A.”, recurso electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

Noticia del periódico electrónico del Senado de la República, de fecha 15 de septiembre de 2008, en http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20080922/pags/20080922180932.html