



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**DELIMITACIÓN DEL IUS VARIANDI POR LA JURISPRUDENCIA EN
EL ÚLTIMO QUINQUENIO (2004 - 2009)**

Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

DANIEL VAINROJ WALDHORN

PROFESOR GUÍA: RICARDO JURI SABAG

SANTIAGO, CHILE

2010

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, nos referimos a una serie de pronunciamientos efectuados por los Tribunales Superiores de Justicia, así como por la Dirección del Trabajo, a fin de establecer un marco que permita identificar al lector cuándo se está en presencia de la aplicación del principio denominado *ius variandi*, entendido éste como la potestad exclusiva del empleador para modificar unilateralmente las condiciones de la relación laboral, y que “solamente puede ser ejercida dentro de ciertos límites, de forma tal que, sintéticamente podría señalarse que mediante su ejercicio no pueden afectarse sino aspectos secundarios de la forma en que se presta la actividad”¹.

Lo anterior exige una serie de requisitos cuya inobservancia recae en un pronunciamiento -judicial o administrativo- adverso para una de las partes, si su potestad es efectuada de manera abusiva.

No se desconoce la imposibilidad de concretar de manera taxativa una lista de condiciones que puedan ser modificados en una relación laboral, sin que el ejercicio del *ius variandi* se torne en ilegal; sin embargo, es posible analizar su viabilidad desde el punto de vista de la jerarquía versus subordinación; las condiciones referentes a la jornada, el horario, el lugar de trabajo y el salario; siempre y cuando dichas alteraciones produzcan un perjuicio real al trabajador.

Una mirada a la jurisprudencia nacional y a los dictámenes de la Dirección del trabajo, permitirán establecer los alcances del principio, de su inobservancia, su abuso, su errónea o extralimitada ejecución y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que desde el Siglo XXI se viene gestando en los Tribunales Superiores de Justicia.

¹ Plá Rodríguez, Américo, Curso de DL, T. II, vol. 1. Ed. Acali, Mdeo., 1978, p. 76. Consultado el 05.08.2010 en: http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/gar_dtra/pdf/cap_vii.pdf

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
ÍNDICE	3
CAPITULO I	7
MARCO DE INVESTIGACIÓN.....	7
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	7
2. OBJETIVOS.....	7
2.1. OBJETIVO GENERAL.	7
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
3. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.....	7
4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
CAPITULO II	10
CONCEPTUALIZANDO EL IUS VARIANDI.....	10
CAPITULO III	13
MARCO TEÓRICO DE LAS FACULTADES DEL IUS VARIANDI.....	13
1. PRELIMINARES CONCEPTUALES DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	13
2. ACERCAMIENTOS AL CONCEPTO DE IUS VARIANDI O POTESTAD DE VARIACIÓN.....	15
2.1. EXPOSICIÓN EVOLUTIVA DEL CONCEPTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.....	18
2.1.1. Con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 2.200, de 1978.....	18
2.1.2. En vigencia del Decreto Ley 2.200, de 1978.	19
2.2. ELEMENTOS DEL IUS VARIANDI.....	19
2.2.1. Potestad o facultad.....	19
2.2.2. Exclusiva del empleador.	20
2.2.3. Impone una variación.	20
2.2.4. Para ser legítima debe ser ejercida dentro de ciertos límites.....	20
2.3. FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DEL IUS VARIANDI.....	20
2.3.1. Derivación del poder disciplinario del empleador.....	22
2.3.2. Derivación del poder de dirección del empleador.....	22

2.3.3. Derivados del poder de prevención del empleador.	24
2.3.4. Derivados del deber de colaboración del trabajador.	25
2.3.5. Derivados de la naturaleza protectora de los derechos del trabajador.....	25
2.4. LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI	26
2.4.1. Límites normativos.....	26
2.4.2. Límites funcionales.	29
2.4.3. Límites institucionales.....	29
2.4.4. Límites conceptuales	29
2.5. REQUISITOS DEL IUS VARIANDI.....	30
2.5.1. Razonabilidad.....	30
2.5.2. No alteración del núcleo del contrato.....	31
2.5.3. Principio de Indemnidad.	31
2.5.4. Funcionalidad.	32
2.5.5. Principio de continuidad.....	32
2.5.6. Principio de flexibilidad.	33
2.5.7. Principio de objetividad.....	34
2.6. TIPOS DE IUS VARIANDI	34
2.6.1. Ius Variandi normal.....	34
2.6.2. Ius Variandi excepcional	34
3. QUÉ PUEDE ALTERAR EL EMPLEADOR EN EJERCICIO DEL IUS VARIANDI.....	35
3.1. EN CUANTO A LA FUNCIÓN.....	35
3.1.1. Cambio en las tareas asignadas al trabajador que impliquen una modificación a la categoría del trabajo o alteración de la naturaleza de los servicios.	39
3.2. EN CUANTO A LA JORNADA DE TRABAJO.....	40
3.2.1. Clasificación de la jornada laboral.	43
3.2.1.1. Jornada laboral ordinaria.	43
3.2.1.2. Jornada ordinaria larga o extraordinaria.....	44
3.2.1.3. Jornada parcial de trabajo (“ <i>part time</i> ” o “ <i>medio tiempo</i> ”)......	49
3.3. EN CUANTO AL LUGAR DE PRESTACION DEL SERVICIO.....	50
3.3.1. Las reubicaciones y reestructuraciones que originan cambio o traslado del lugar de trabajo.....	50

3.3.2. Alteración del sitio o recinto donde se prestan los servicios.....	51
3.4. EN CUANTO A LA REMUNERACION.....	55
3.3.1. Tipos de remuneración.....	61
3.3.1.1. Sueldo.....	62
3.3.1.2. Sobresueldo.....	66
3.3.1.3. Comisión.....	66
3.3.1.4. Participación.....	66
3.3.1.5. Gratificación.....	66
4. ALGUNOS CASOS DEL IUS VARIANDI EN CHILE.....	68
4.1. NATURALEZA DEL SERVICIO Y HORARIO LABORAL.....	68
4.2. JORNADA ORDINARIA.....	74
4.3. CAMBIOS EN LA JORNADA ORDINARIA POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.....	83
4.4. ALTERNATIVA DISCRECIONAL EN LA ELECCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA.....	86
4.5. CAMBIOS EN ASIGNACIÓN DE TAREAS POR CONDICIONES CLIMÁTICAS DE TRABAJADORES AGRÍCOLAS.....	87
4.6. CAMBIOS EN ASIGNACIÓN DE TAREAS POR FUERZA MAYOR A DOTACIÓN DE TRABAJADORES A BORDO DE UNA NAVE.....	88
4.7. CAMBIOS EN LA JORNADA ORDINARIA EN FAENAS DE CARGA Y DESCARGA... ..	90
5. PERJUICIO SUFRIDO POR EL TRABAJADOR EN CHILE.....	90
5.1. EL MENOSCABO MORAL EN LA DOCTRINA DEL IUS VARIANDI.....	90
5.1.1. Concepto de Menoscabo.....	91
5.1.2. Menoscabo moral.....	91
5.1.2.1. Menoscabo moral vertical.....	93
5.1.2.2. Menoscabo moral horizontal.....	94
CAPÍTULO IV	98
CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA.....	98
1. CONCLUSIONES.....	98
2. BIBLIOGRAFÍA.....	101

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La Jurisprudencia administrativa y judicial en Chile, ¿define una pauta que permita establecer el uso y el abuso del ius variandi?

2. OBJETIVOS.

2.1. OBJETIVO GENERAL.

2.1.1. Identificar las alteraciones más frecuentes en las que puede un empleador hacer uso indebido de la potestad del ius variandi, conforme a la jurisprudencia administrativa y judicial chilena del último quinquenio.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

2.2.1. Identificar los aspectos fundamentales que hacen del ius variandi una potestad legal del empleador, de modificar el contrato laboral inicial, para adecuarlo a las necesidades de su organización.

2.2.2. Estudiar sistemática y pormenorizadamente los diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Dirección del Trabajo, en torno al uso y abuso del ius variandi en las relaciones laborales en Chile, frente al último quinquenio.

2.2.3. Identificar las normas de rango constitucional y legal, así como los tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile, con especial énfasis en las obligaciones que en ellas se establecen para el Estado en materia laboral.

3. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.

¿En qué consiste la potestad unilateral del ius variandi?

¿Qué pautas u orientaciones existen en torno al abuso del principio ius variandi?

¿Cuáles son los efectos jurídicos que aparejan las modificaciones o alteraciones al contrato de trabajo para el empleador y el trabajador?

Las modificaciones al contrato en uso del ius variandi, ¿tienen expresas limitaciones a la potestad con que cuenta el empleador, conforme a la doctrina jurisprudencial de orden administrativo y judicial Chileno?

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Es indudable que la figura jurídica que se pretende analizar surge de la realidad social tecnificada, que hace mucho más dinámico el desarrollo de las condiciones económicas en las que se desenvuelven las organizaciones, ya sean de orden estatal o privado. Tales circunstancias resultan mayormente en una proliferación de obligados cambios de las condiciones iniciales de trabajo, dada la necesidad de adecuarse a las exigencias laborales a que se enfrentan hoy por hoy las organizaciones, fruto de lo que se ha denominado globalización².

Es en este punto, precisamente, donde empleador y trabajador se plantean una serie de interrogantes sobre los límites legales por parte del empleador, consistentes en modificar de manera unilateral el contrato inicial de trabajo. Así, el trabajador se ve en una encrucijada; por una parte, frente al cumplimiento del contrato inicial; por otra, de acatar la nueva disposición unilateral o, por último, dar por concluida la relación laboral. En este último caso deberá analizarse la responsabilidad del empleador, en razón a que “las causas que originan la

² MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald. “*La Trampa de la Globalización*”. Editorial Santillana, S.A. Taurus. España, 1998. p. 12.

variación del contrato no pueden ser arbitrarias;”³ por el contrario, se trata de un uso razonable de la discrecionalidad que la ley confiere al patrono, bien sea privado u oficial⁴.

Este uso y abuso del ius variandi requiere de un análisis concreto de cada caso en particular, a fin de exponer y determinar si, ejerciendo dicha facultad, se deriva un perjuicio real al trabajador, que unido a las causales objetivas que motivaron la alteración contractual, serán los que delimiten la licitud o ilicitud de la variación.

³ RUPRECHT, Alfredo. “*Los Principios Normativos Laborales y su Proyección en la Legislación*”, Buenos Aires, Editorial Zavalia, 1994, p. 105.

⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo. “*El Poder de Dirección del Empresario*”. 1ª Edición. Editorial Estudios de Trabajo y Previsión. Madrid 1965. P. 163.

CAPITULO II

CONCEPTUALIZANDO EL IUS VARIANDI.

Nuestro análisis consistirá, principalmente, en una sistematización de instrumentos nacionales e internacionales que contienen referencias, directas o indirectas, al tema propuesto; conforme a los criterios de modificación o alteración del contrato laboral, en torno a la jornada, el horario, lugar de trabajo y el salario del trabajador.

En relación a los instrumentos internacionales, efectuaremos consideraciones respecto de los mecanismos y órganos de protección, para culminar con un extenso análisis jurisprudencial de resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y la Dirección del Trabajo, a efecto de identificar las alteraciones más frecuentes a las que han recurrido los empleadores para hacer uso y abuso de la potestad del ius variandi.

En atención al tema a desarrollar y las circunstancias específicas de la potestad del ius variandi, deben tenerse en consideración conceptos y definiciones bases para nuestra investigación. En este sentido, haremos alusión a la doctrina nacional, a la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema y por algunas de las Cortes de Apelaciones que existen en el país, así como a los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo.

La intervención del Estado en materia laboral, por mandato de la Constitución y de la ley, desempeña un papel activo en el desarrollo de las relaciones laborales, por lo que “resulta indudable que ningún aspecto de la relación laboral, incluido el ejercicio del poder directivo, tiene por qué quedar, en principio, al margen de la regulación y control estatales”⁵. De manera que el poder del Estado constituye una restricción a los límites dentro de los cuales el empleador puede hacer uso de su discrecionalidad directiva.

En este sentido, se ha reconocido con expresas limitaciones la potestad patronal de modificar las condiciones laborales a sus trabajadores, lo cual se conoce en doctrina como ius variandi; es decir, se entenderá como la “posibilidad que el primero unilateralmente pueda

⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *El Poder de Dirección del Empresario*, 1ª Edición, Madrid, Editorial Estudios de Trabajo y Previsión, 1965. p. 221.

alterar las condiciones convencionales o iniciales del contrato, en cuanto modo, lugar, cantidad o tiempo”⁶.

Se entiende por abuso del *ius variandi*, el ejercicio de este derecho fuera de los límites de la razonabilidad en los cambios que se efectúan; es decir, cuando “alteren modalidades esenciales del contrato, o que ocasionen un perjuicio al trabajador”⁷. Resulta claro que el ejercicio de esta facultad se encuentra sujeto a ciertos límites para evitar arbitrariedades en su práctica.

La principal modalidad de *ius variandi* dice relación con la modificación del lugar de trabajo, en una de tres modalidades: “primero, traslado de lugar geográfico; segundo, traslado de centro de trabajo dentro de la misma localidad; y tercero, traslado de puesto de trabajo dentro del mismo centro”⁸. Otras modificaciones dicen relación con la jornada laboral, el horario, las funciones y el salario; circunstancias que se expondrán en desarrollo de la investigación, desarrollando los criterios jurisprudenciales de carácter administrativo y judicial atingentes.

Tema crucial en estas alteraciones o modificaciones del contrato, son los consecuentes daños morales. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia chilena vuelcan sus conceptos en “un contenido amplio, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma, física o psíquica; como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. El daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo”.⁹ En suma, “el daño moral consiste en la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima”.¹⁰

⁶ CABANELLAS, Guillermo “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1989, Tomo V, p. 63

⁷ RUPRECHT J. Alfredo “*Los principios Normativos Laborales y su proyección en la Legislación.*” Buenos Aires, Editorial Zavalia, 1994, P. 105.

⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo. “*El Poder de Dirección del Empresario*”. 1ª Edición. Editorial Estudios de Trabajo y Previsión. Madrid 1965. p. 170.

⁹ Domínguez, Hidalgo. Carmen. “El Daño Moral”. Santiago de Chile: tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 83.

¹⁰ Díez, Schwerter. José Luis. “*El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 88.

El menoscabo se entenderá como “todo hecho o circunstancia que determine una disminución en el nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, diversa frecuencia de turnos, etc.”¹¹. Si el trabajador puede justificar que “la medida dispuesta le causa un perjuicio desproporcionado con la ventaja que ella representa para la empresa, se justifica la oposición o la resistencia del trabajador.”¹²

Por último, y atendiendo a la exposición y análisis del tema de investigación, se hará expresa referencia en el desarrollo de la temática a tratar, a un análisis jurisprudencial de las exposiciones y consideraciones que, en el último quinquenio, han definido la discrecionalidad del empleador para variar las condiciones de trabajo, siempre que no causen daño real al trabajador, a fin de identificar las directrices en las cuales se enmarcan las autoridades laborales para determinar que la discrecionalidad del empleador fue en uso o en abuso del *ius variandi*.

¹¹ Manual de Consultas Laborales N° 199. (2001). Código del Trabajo. Santiago de Chile: Lexis Nexis, p 123.

¹² Rodríguez, Américo “*Los principios del Derecho del Trabajo*” 3ª Ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1998, p. 382.

CAPITULO III

MARCO TEÓRICO DE LAS FACULTADES DEL IUS VARIANDI.

1. PRELIMINARES CONCEPTUALES DEL CONTRATO DE TRABAJO.

En primer lugar, como premisa, debemos partir de la existencia de una relación laboral para luego poder determinar si las modificaciones que sufra dicha relación son efectuadas en legítimo ejercicio del ius variandi o si, por el contrario, constituyen un abuso del mismo.

El artículo 7° del Código del Trabajo establece:

“Contrato individual de 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 éstos una remuneración determinada”.

De la norma en comento, se deduce que el contrato de trabajo tiene tres elementos esenciales: la prestación de servicios, la remuneración y la subordinación o dependencia.

A su turno, el Art. 8° del C.T. presume la existencia del contrato de trabajo si se cumplen los requisitos de la norma enunciada (Art. 7° C.T.), conforme al principio de supremacía de la realidad.

Se deduce, también, que la prestación de servicios hace referencia a la actividad laboral que debe realizar el trabajador y que puede consistir en una o más actividades alternativas o complementarias; tal actividad debe ser personal, es decir el trabajador no puede delegarla en otra persona. El contrato puede enunciar dos o más funciones específicas, sean estas alternativas o complementarias, conforme se deduce del Art. 10° inciso final y Art. 12° del C.T. Así, el N° 3 del Art. 10° dispone que el contrato deberá señalar de manera específica las funciones que realizará el trabajador, que pueden ser dos o más de dos; circunstancia que debe ser complementada con el inciso final del mismo Art. 10° y con el Art. 53° del C.T.

Otro requisito importante de la prestación de servicios es su continuidad, de manera que los servicios que se efectúan en forma discontinua o esporádicamente a domicilio no dan origen a un contrato de trabajo, independiente de la jornada de trabajo que se haya convenido. En este sentido, el N° 6 del Art. 10° se refiere a plazo fijo o indefinido.

En segundo lugar, encontramos el requisito de la remuneración, conforme al Art. 41° del C.T.:

“las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”.

En principio, la remuneración debe ser en dinero, salvo que la ley permita el pago en especies, y tiene un monto mínimo que, por jornada completa, equivale a un ingreso mínimo mensual. Por ello, existen diferentes tipos de remuneración: Sueldo; Sobresueldo; Comisión; Participación y Gratificación.

En torno al tercer elemento, de subordinación y dependencia, de manera tradicional, la subordinación ha sido entendida como una *noción física*, centrada en los rasgos materiales de la relación; es decir, debe existir una dirección directa del empleador, en su local, bajo sus reglas y dentro de un determinado sistema organizativo. Sin embargo, en atención a las nuevas formas de contratación laboral existentes y la nueva organización de la producción, se da paso a una noción funcional, esto es, se atiende a determinados rasgos de cooperación entre las partes de la relación laboral: la fijación de la modalidad productiva a ser ejecutada por el trabajador, la coordinación informática, la exclusividad como cliente, la propiedad de la infraestructura utilizada, la fijación de un estatuto de sanciones pecuniarias, etc.”¹³

Para calificarla, hay que recurrir a la jurisprudencia judicial de los Tribunales y a la jurisprudencia administrativa, de la Dirección del Trabajo, entes encargados de establecer las facultades del empleador para dar instrucciones, organizar el trabajo y dirigirlo.

¹³ UGARTE Cataldo, Luis. “Interpretación y *derechos fundamentales en la empresa*”. Santiago, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 1998, p. 53.

Así es como la Dirección del Trabajo afirma que para esclarecer esta subordinación y dependencia, debe existir:

- 1) *Continuidad en los servicios prestados, especialmente en los contratos a plazo indefinido.*
- 2) *Cumplimiento de un horario.*
- 3) *Obligación por parte del trabajador de ceñirse a las instrucciones del empleador.*
- 4) *Facultad de dictar el Reglamento Interno.*

Cumplidos estos requisitos, hay subordinación; es decir, se configura el contrato de trabajo.

Los tribunales han señalado que habrá subordinación y dependencia cuando, por parte del empleador, exista la facultad de dar órdenes y, por parte del trabajador, la obligación de acatarlas. Han establecido, también, que la subordinación y dependencia se traducen en lo siguiente:

- 1) *Dirigir el trabajo del trabajador.*
- 2) *Asignarle tareas de acuerdo al contrato.*
- 3) *Hacer cesar en sus actividades, caso en el cual se produce el despido y la cesantía.*

Las exigencias de elementos demostrativos de este vínculo contractual no han sido unificadas por la jurisprudencia, con una doble limitación; en primer lugar, la calificación no puede hacerse en abstracto, debiendo analizarse cada caso en particular. Y, en segundo lugar, algunos de estos elementos demostrativos son cuestionados aun por la misma jurisprudencia.

2. ACERCAMIENTOS AL CONCEPTO DE IUS VARIANDI O POTESTAD DE VARIACIÓN.

En la legislación laboral chilena, el principio de ius variandi está consagrado en el inciso 1° del artículo 12° del Código del Trabajo, así:

“ *El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de 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.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, 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, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.

El trabajador afectado podrá reclamar en el plazo de treinta días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho a que se refiere el inciso primero o de la notificación del aviso a que alude el inciso segundo, ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes”.

El ejercicio del *ius variandi* está condicionado a las alteraciones permitidas por la norma, y previa satisfacción de los requisitos que a su respecto se establecen. Según ha sido desarrollado extensamente por la doctrina y la jurisprudencia, se trata de una facultad unilateral del empleador, que solamente puede ser ejercida dentro de ciertos límites, de manera tal que, sumariamente, podría señalarse que mediante su ejercicio no pueden afectarse sino aspectos secundarios de la forma en que se presta la actividad.¹⁴

Es una facultad otorgada al empleador a objeto de dirigir la empresa, la que surge de su poder y dirección de mando. La facultad de mando, conlleva el poder de dirección, el poder o facultad disciplinaria y el *ius variandi*.

Para el trabajador, supone respeto y obediencia de acatar y ejecutar las instrucciones que recibe, siendo su único límite el que no vaya contra la técnica o el oficio. De ser así, existe la posibilidad de una legítima resistencia por parte del trabajador, denominada *ius resistendae*.

Un primer acercamiento al término, impone que su definición haga referencia al *ius variandi* legítimo, ya que definirlo al contrario, por su abuso, desnaturaliza a la institución.

¹⁴ PLÁ, Rodríguez, A., “*Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*”, Bs.As., Hammurabi, 1989, p. 32.

Traeremos diversos conceptos doctrinarios para poder conformar un todo respecto de su noción. Así, “El *ius variandi* es un poder del empleador que le permite modificar las bases de trabajo, sin o contra la anuencia del empleado, cuando existe una justa necesidad de empresa y sin ocasionar grave perjuicio a éste.”¹⁵

Por otro lado, se define al *ius variandi* como la “la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador.”¹⁶ Es “el poder que permite alterar los límites de la prestación de servicios.”¹⁷

En este sentido, las modificaciones al contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo, o en documento anexo. En cuanto a la modificación de la remuneración, no será necesario modificar los contratos para hacer constar los aumentos, ya legales o establecidos en contratos o convenios colectivos del trabajo o en fallos arbitrales; pero deberá aparecer actualizada por lo menos una vez al año.

En estos términos, podemos afirmar que la institución en estudio es una facultad unilateral del empleador que tiene su origen o fundamento jurídico en la naturaleza misma de la relación laboral, la que otorga al empleador un derecho de dirección y al trabajador un deber de colaboración y auxilio hacia la empresa. O como también se ha definido: “la facultad de que se encuentra dotado el empleador para que, cumplidas ciertas condiciones, altere o modifique las modalidades de la prestación de servicios ya sea en cuanto a la naturaleza misma del servicio prestado, el lugar o la jornada en que se desarrolla la actividad laboral.”¹⁸

Por otra parte, no debe olvidarse el Art. 89° del Código del Trabajo, norma que se refiere a trabajadores agrícolas y en la que se faculta al empleador para que, en el caso que sus trabajadores no pudieran realizar su labor debido a las condiciones climáticas, pueda

¹⁵ CARRO. Zuñiga, Carlos. “*Derecho del Trabajo Costarricense*.” San José, Costa Rica, Editorial Juricentro S.A., 1ª Edición, 1978, p. 69.

¹⁶ PLÁ Rodríguez, Américo. Citado por ERMIDA. Uriarte. Oscar. “Modificación de Condiciones de Trabajo por el Empleador”. Buenos Aires, Argentina, Ed. Hammurabi S.R.L., 1989, p. 31.

¹⁷ BAYON. Chacón y PÉREZ, Botija. “*Manual de Derecho Laboral*. Madrid. 1997. V. II., p. 838.

¹⁸ UGARTE. Cataldo. José Luis. “Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho”. Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2004.

encomendarles otras labores agrícolas compatibles con esas condiciones, aun cuando no sean las determinadas en el respectivo contrato.

Esto es, de acuerdo con el Art. 87° del Código del Trabajo, las que se refieran al cultivo de la tierra y no a las propias de empresas comerciales o industriales derivadas de la agricultura. Y, conforme al Art. 89° del mismo Código, los trabajadores agrícolas que por las condiciones climáticas no pudieren realizar su labor, 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.

2.1. EXPOSICIÓN EVOLUTIVA DEL CONCEPTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

2.1.1. Con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 2.200, de 1978.

Previo a la entrada en vigencia del D.L. 2.200, más exactamente, durante la vigencia del Código del Trabajo de 1931, se contemplaba el *ius variandi* como una facultad del empleador para extender la jornada ordinaria de trabajo, en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobreviniera fuerza mayor o caso fortuito, o cuando se deben impedir accidentes o efectuar reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

Así, la jurisprudencia administrativa, mediante Dictamen 4.740, resolvió:

...“ El empleador no puede cambiar unilateralmente el turno de un obrero, pues importa una modificación unilateral del contrato y, a su turno, el Dictamen 6.662 de 1964, señaló que la empresa no puede trasladar al obrero fuera del lugar de trabajo determinado en el contrato; sólo podrá hacerlo si existiese una cláusula que lo permita.”¹⁹

¹⁹ THAYER. Arteaga, William. *Texto y Comentario del Código del Trabajo*. Santiago. Ed. Jurídica de Chile, 2002.

2.1.2. En vigencia del Decreto Ley 2.200, de 1978.

Este cuerpo legal mantiene la norma, pero agrega el artículo 12°, que señalaba:

... "las estipulaciones del contrato de trabajo sólo podrán modificarse por acuerdo de las partes. No obstante, el empleador podrá por causa justificada alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de 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".

Esta norma amplió el ámbito de aplicación del ius variandi, contemplando la posibilidad de ejercerlo respecto al lugar y de la forma de la prestación de servicios.

2.1.3. En vigencia del Código del trabajo de 1987, ley 18.620.

En este período, el ius variandi se encontraba recogido fundamentalmente en el artículo 12° del Código del Trabajo y de ese modo se ha mantenido, de manera que el ius variandi puede referirse a la modificación de la prestación de los servicios y de la distribución de la jornada de trabajo. En este último caso, se faculta al empleador para alterar la jornada de trabajo convenida hasta en 60 minutos, sea anticipando o postergando la hora del ingreso al trabajo. Con la salvedad que la ley exige que se cumplan dos condiciones para el ejercicio de esta modalidad del ius variandi: que se dé aviso al trabajador de esta modificación con a lo menos de 30 días de anticipación y que ella obedezca no a cualquiera, sino a específicas circunstancias, a saber, las que afecten a todo proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos.

2.2. ELEMENTOS DEL IUS VARIANDI.

2.2.1. Potestad o facultad.

Su ejercicio no es una obligación para la parte que la ejerce. El empleador puede hacer o no uso de este poder sin que tenga incidencia en la existencia del derecho.

2.2.2. Exclusiva del empleador.

El que su titularidad esté reservada exclusivamente al empleador, permite distinguirlo de otras figuras afines del contrato de trabajo, frente a un acto bilateral en el que ambas partes tienen participación. Es su carácter unilateral el que impone su diferencia.

2.2.3. Impone una variación.

La modificación que se lleve a cabo ha de ser de naturaleza tal que no implique un cambio sustancial en la relación.²⁰ Al referirnos al objeto de la variación “... se habla de condiciones, lo que resulta peligrosamente genérico”²¹; otros hablan de modalidades²², “circunstancia que parece acertada, pues deja clara la idea de que sólo se pueden modificar los aspectos secundarios o accidentales de la prestación laboral, no así los sustanciales o esenciales. En este sentido las variaciones sólo pueden recaer sobre la forma y modalidades de ejecución del trabajo.”²³

2.2.4. Para ser legítima debe ser ejercida dentro de ciertos límites.

Para que sea legítima, es necesario que su ejercicio recaiga sobre determinados elementos de la relación. Las limitaciones que tiene el ejercicio de esta potestad son diversas. Adelantándonos en las conclusiones, un importante parámetro para la determinación de cuándo se ha cometido un abuso de la figura, está en el eventual perjuicio grave que se le pudiera llegar a ocasionar al trabajador.

2.3. FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DEL IUS VARIANDI.

²⁰ VÁSQUEZ Vialard. “*Tratado de Derecho del Trabajo.*” Buenos Aires, Ed. Astrea, T. III, 1983, p. 647.

²¹ CARRO. Zuñiga, Carlos. “*Derecho del Trabajo Costarricense.*” San José, Costa Rica, Editorial Juricentro S.A., 1ª Edición, 1978, p. 71.

²² PLÁ Rodríguez, Américo. Citado por ERMIDA. Uriarte. Oscar. “Modificación de Condiciones de Trabajo por el Empleador”. Buenos Aires, Argentina, Ed. Hammurabi S.R.L., 1989, p. 31.

²³ SOLÍS, M. Xiomara. “*Límites al Ejercicio del Ius Variandi, Relaciones Laborales y Globalización*”, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1ª Edición, p. 228.

El empleador “tiene tres categorías básicas de facultades jerárquicas sobre el trabajador: el poder directivo, el poder reglamentario y el poder disciplinario, conceptualizando el poder directivo como un poder de dar órdenes e instrucciones, el reglamentario como un poder de legislar dentro de la empresa, y el disciplinario, como un poder de imponer sanciones laborales.”²⁴

Organizar consiste en la acción de “*disponer*”, “*ordenar*”, “*establecer*”, “*sujetar a determinadas reglas*”. Esta definición de la lengua corresponde plenamente en el terreno jurídico al poder de organización reconocido al empleador. De ello se deduce, como complemento obligado de un orden económico de libre empresa, que en virtud del contrato de trabajo el empleador tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar, de manera que pueda la empresa constituirse en un ordenamiento de personas, cosas y acciones para obtener un fin. El poder de organización no se agota en la sola ordenación económica y técnica de la empresa, sino también en la ordenación laboral dentro de la misma.

De manera que “si el empleado subordina al empleador su capacidad de trabajo, éste adquiere necesariamente el derecho de dirigir las tareas y de concretarlas en armonía con los intereses de la empresa, o asume la facultad de utilizar esa energía laboral en la forma que estime conveniente.”²⁵

Constituye el común denominador que el Derecho reconoce al empresario para organizar la empresa, efectuar los cambios durante el desarrollo de los vínculos laborales y aplicar sanciones. Si bien se le reconoce al empleador la facultad de organizar como concepto general, tiene la facultad de fijar el contenido de los servicios esperados de cada relación individual de trabajo con cierta discrecionalidad, ajeno a la arbitrariedad, dados los límites del contrato de trabajo.

²⁴ VÁSQUEZ Vialardo. Antonio. “*Tratado de Derecho del Trabajo*.” Buenos Aires, Ed. Astrea, T. III, 1983, p. 608.

²⁵ CARRO. Zuñiga, Carlos. “*Derecho del Trabajo Costarricense*.” San José, Costa Rica, Editorial Juricentro S.A., 1ª Edición, 1978, p.71.

2.3.1. Derivación del poder disciplinario del empleador.

Para algunos tratadistas, esta figura es una derivación del poder disciplinario del empleador²⁶; otros lo hacen surgir directamente del contrato²⁷; otros lo relacionan con la idea de estabilidad del trabajador;²⁸ en tanto otros, lo basan en el deber de previsión del empleador;²⁹ por último, están quienes le otorgan su origen en el poder de dirección que ejerce el empleador sobre la empresa y sus empleados.

Parece ser que esta relación jerárquica se establece entre el empleador y el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, del que surgen potestades del empleador sobre sus trabajadores. Por ello existen corrientes doctrinarias que plantean la discusión del origen de las facultades del empleador: la Teoría contractualista, que las sustenta en el contrato laboral por sí mismo, la Teoría Institucionalista, que lo fundamenta en la noción de empresa, y la intermedia, que toma en consideración diversos factores, como referencia al tema.

Así, "el *ius variandi* es sólo un aspecto del poder Disciplinario, que 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 y poder, que el contrato y las leyes del trabajo otorgan al empleador, de dirigir, coordinar y fiscalizar".³⁰

2.3.2. Derivación del poder de dirección del empleador.

En virtud del contrato de trabajo, el empleador adquiere la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido; es una potestad para

²⁶ ERMIDA Uriarte, Oscar. "*Modificación de condiciones de trabajo por el empleador.*" Bs.As., Hammurabi, 1989, p.47.

²⁷ RAMÍREZ. Bosco, Luis. "*Las Convenciones Colectivas de Trabajo*". Bs.As. Ed. Hammurabi. 2000.

²⁸ DE FERRARI. Francisco. *Derecho del trabajo*. Bs. As. Ed. Depalma. 1968.p. 197.

²⁹ KROTOSCHIN. Ernesto. "*Tratado práctico de derecho del trabajo*. Bs. As. Ed. De palma. 1982.

³⁰ NAPOLI. Rodolfo. "*Tratado de derecho del trabajo*", Buenos Aires, Editorial La Ley, 1972.

organizar y ordenar el trabajo inicialmente y durante la ejecución del contrato denominado poder de dirección.³¹

El *ius variandi* es una manifestación del poder de dirección del empleador, “toda vez que, por un lado, el trabajador al establecer un contrato de trabajo está colocando su capacidad productiva a las órdenes de su empleador; éste a su vez debe asumir su rol de autoridad responsable por la buena marcha de la empresa, por lo que debe jugar un triple rol de director, coordinador y fiscalizador de la empresa.”³²

De manera que esta facultad, “consiste en la posibilidad de cambiar las modalidades del contrato de trabajo por decisión del empleador. Si a éste le pertenece la responsabilidad de la conducción económica de la empresa, a él le corresponde la facultad correlativa de organizar el trabajo y ajustar las diversas modalidades de funcionamiento de la empresa, y por lo tanto, de la prestación de las tareas de cada uno de los trabajadores.”³³

En general, la justificación del *ius variandi* se encuentra en el poder de dirección y, más precisamente, en el dinamismo y duración del contrato de trabajo, circunstancias que hacen imprescindible realizar ajustes periódicos, útiles no solo para los intereses empresariales sino también del propio trabajador, conservando de este modo la relación laboral, no obstante los cambios externos o internos que se presenten.

Según Macchiavello, es la facultad del empleador para determinar la forma técnico productiva de la actividad laborativa en sus trabajadores, es decir, es la facultad que permite al empleador organizar, dirigir y fiscalizar la prestación de los servicios por parte de los trabajadores.³⁴

³¹ PALOMEQUE López. Manuel Carlos et al. “Derecho del trabajo.” Madrid, Centro de estudios Román Areces, 2001, p. 704.

³² VÁSQUEZ Vialard. Antonio. “*Tratado de Derecho del Trabajo*.” Buenos Aires, Ed. Astrea, T. III, 1983, p. 610.

³³ SOLÍS, M. Xiomara. “*Límites al Ejercicio del Ius Variandi, Relaciones Laborales y Globalización*”, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1ª Ed., p. 228.

³⁴ MACCHIAVELLO, Guido. *Derecho del Trabajo*, Tomo I, p. 436

Por otra parte, “así como el derecho del empleador para ejercer el *ius variandi* surge del poder de dirección de la empresa, encontramos que existe el correlativo deber del trabajador de acatar estas disposiciones amparado en su deber genérico de colaboración con el empleador, siempre y cuando nos encontremos ante el ejercicio legítimo de este instituto.”³⁵

Lo anterior implica que el trabajador “está obligado a aceptar el cambio de tareas que el empleador determine, siempre que dicho cambio no implique modificación substancial o unilateral de las condiciones del contrato; o que con ello no se menoscabe el prestigio, el decoro o la dignidad del trabajador, en relación al servicio prestado, el grado que en la empresa ocupa, su posición social y categoría laboral y siempre que dicho cambio no signifique una disminución de categoría o un menoscabo económico.”³⁶

En la misma forma, el trabajador, debe aceptar el cambio de horario, “siempre que tal facultad no se ejerza por el empleador arbitrariamente o cuando el cambio sea antijurídico, por las condiciones especiales del vínculo contractual; dado que en tal caso podría significar una alteración en las condiciones esenciales del vínculo. Está obligado además a aceptar el traslado dispuesto por la empresa, siempre que el mismo no constituya un quebrantamiento de las condiciones económicas del contrato de trabajo, un perjuicio moral o económico; porque el empleador tiene derecho a trasladar a sus trabajadores cuando las necesidades de su actividad lo exijan”³⁷; afirma el autor.

2.3.3. Derivados del poder de prevención del empleador.

El trabajador se ha sometido a “una dirección ajena no para esclavizar ni mucho menos, sino para que contra la entrega de la labor, el empleador provea en lo posible que esta entrega redunde en beneficio y no en daño para el trabajador” y para poder cumplir ese deber de

³⁵ PLÁ Rodríguez, Américo. Citado por ERMIDA. Uriarte. Oscar. “Modificación de Condiciones de Trabajo por el Empleador”. Buenos Aires, Argentina, Ed. Hammurabi S.R.L., 1989, p. 31.

³⁶ CABANELLAS. Guillermo. Tratado de Derecho Laboral: doctrina y legislación iberoamericana, Tomo III Derecho Colectivo del Trabajo, Volumen 3 Derecho Normativo Laboral, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 314.

³⁷ CABANELLAS. Guillermo. Codificación del Código del Trabajo, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada a mayo de 2001, Quito. Gaceta Judicial, año LXXXIII. Serie XIV. No.1, p. 46.

previsión debe ser capaz de ejercer ampliamente esa potestad de dirección de la empresa, entre la cual se incluye la variación de las condiciones impuestas por las circunstancias o exigencias o peligros que surgen en los hechos. No puede asumir esa responsabilidad, si no tiene las prerrogativas que lo habilitan para hacer frente a ellas"³⁸.

En todo caso, este deber se deduce de la propia naturaleza jurídica del contrato de trabajo, el cual tiene como elemento fundamental y específico la subordinación jurídica, la que se traduce necesariamente en la existencia de un poder jurídico del empleador sobre el trabajador, el que no puede ser abstracto, sino que debe concretarse en el desarrollo de la actividad laboral, mediante el ejercicio que de ella hace el empleador.

2.3.4. Derivados del deber de colaboración del trabajador.

Lo fundamentan en el deber de colaboración del trabajador y así se señala cuando los autores expresan que "dentro del deber de colaboración el trabajador debe desempeñar eventualmente tareas de otras categorías distintas de aquellas a la que pertenece."³⁹

De manera que el trabajador únicamente podrá oponerse a las variaciones que le sean impuestas cuando se le esté ocasionando un perjuicio grave e injustificado. De otra manera, "el trabajador está obligado a aceptar su ejercicio con base en el deber de auxilio que le asiste para con la empresa, de manera que así como los servidores se encuentran en deber de auxilio para con la empresa, que le impone una especie de *ius variandi* de excepción, ante necesidades reales institucionales, que ameriten la actualización de las condiciones en que se prestará el servicio, sí se podrá facultativamente disponer de tales variaciones."⁴⁰

2.3.5. Derivados de la naturaleza protectora de los derechos del trabajador.

³⁸ KROTOSCHIN. Ernesto. *"Tratado práctico de derecho del trabajo"*. Bs. As. Ed. De palma. 1982.

³⁹ BARASSI. Ludovico. *"Tratado de derecho al trabajo"*. Bs. As. Ed. Alfa. 1953.

⁴⁰ BOLAÑOS, Gonzalez. Jimmy. *"La Reorganización en las Dependencias Públicas, Dirección General de Servicio Civil"*, 1997.

También es posible considerar como parte de la naturaleza jurídica de esta figura, el que, en última instancia, deviene en un instituto protector de los derechos del trabajador al impedir que las condiciones de la relación laboral le sean modificadas de forma arbitraria e ilimitada por el empleador.

El inciso segundo del Art. 12 del C.T. reza un beneficio a los trabajadores, en su situación de parte más débil en la relación contractual laboral. Así, “son irrenunciables las normas sobre previsión, salud y seguro de accidentes; remuneraciones, feriados, y otros elementos contractuales que no pueden ser renunciados por el trabajador.”⁴¹

2.4. LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

Al ser el ius variandi una facultad de modificación unilateral de la relación laboral por parte del empleador, aquella debe estar enmarcada o limitada dentro de ciertos parámetros, de manera que no se ejerza en perjuicio del trabajador.

Así, el ius variandi debe ser ejercido dentro de ciertos límites, a fin de no lesionar aspectos materiales o morales del empleado, dado que el objetivo que se busca con tal facultad es que el empleador pueda hacer uso del desarrollo de la actividad, sin que esto signifique el sacrificio de las condiciones legales del trabajador

Estableceremos cuáles son los principales lineamientos que nos permiten distinguir entre un uso racional y legítimo de esta potestad, y un eventual abuso; no sin antes hacer la aclaración de que es imposible pretender establecer límites absolutos.

2.4.1. Límites normativos

Surgen objetivamente del ordenamiento jurídico, estando establecidos en instrumentos tales como la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados y vigentes, las leyes, el contrato individual de trabajo, las convenciones colectivas y los reglamentos internos de trabajo.

⁴¹ PALACIOS. Alfredo. “*El nuevo derecho.*” Buenos Aires, Ed. Claridad, 1960, p. 93.

El empleador se encuentra frente a una potestad, poder, prerrogativa o facultad que emana de dos circunstancias: por un lado, de la función social que tiene asignada por las normas que regulan su actividad en el plano nacional (orden jurídico interno) e internacional (orden jurídico supranacional, público y privado) y, por otro lado, del contrato mismo de trabajo (entendido éste como el conjunto de normas derivadas de las leyes laborales, del convenio colectivo y del contrato individual).

El Art. 12° del C.T. faculta al empleador para modificar la naturaleza de los servicios. En este caso, hace referencia a la flexibilidad funcional, del dominio del empleador. De otra manera, todo contrato laboral expresaría la renuncia del trabajador a sus derechos fundamentales y constituiría una cláusula obligada para el trabajador.

Al respecto el Art. 5° del mismo Código señala que:

“ El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo. Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”.

Luego, el ejercicio del ius variandi se encuentra sujeto a limitaciones. Estas limitaciones no son otras que las garantías constitucionales de los trabajadores, que son los derechos que la Constitución garantiza a todos los habitantes de la República. En efecto, existen algunos que se ajustan precisamente a los trabajadores, por ejemplo: el derecho a reunirse, el derecho a sindicalizarse; el derecho a discutir los convenios colectivos, el derecho a no ser discriminados por razón de sexo, nacionalidad, religión, ideas políticas, color, etc.

Es decir, las limitaciones de los derechos del empleador dicen relación con los derechos o garantías esenciales del trabajador en cuanto a su calidad de tal, y a todas las garantías,

especialmente cuando pudieran afectar el derecho a la intimidad; el derecho a la vida privada o el derecho a la honra.

De otra parte, en la ejecución de los contratos rige el principio de la buena fe, en virtud del cual los contratos obligan no solo a lo en ellos se expresa, sino también a lo que por costumbre o por su propia naturaleza les pertenece, en este sentido se advierte:

“Los contratos solo pueden ser modificados con acuerdo de los contratantes. Las modificaciones deben consignadas por escrito y firmada por las partes. Los contratos deben celebrarse de buena fe”. (Véase Sentencia de la Corte Suprema, de 19 de Julio de 1988).

No es de olvidar que el Art. 1437 del C.C. dispone, como fuente de las obligaciones, el contrato y la ley. A su turno, el Art. 1545 y 1546 íbidem, señalan que los contratos legalmente otorgados son una ley para los contratantes y no pueden ser modificados sin mutuo consentimiento o por causas legales. Establecido por la misma jurisprudencia:

“ Una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no solo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo, sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas a él las que derivan de la reiteración del pago y omisión de determinados beneficios y prácticas relativas a funciones, jornadas, aplicadas por las partes durante un lapso prolongado, con anuencia diaria y periódica de las mismas, que determina la existencia de una cláusula tácita, la que debe entenderse como parte integrante del contrato respectivo.” (Véase, Sentencia de la I. Corte de Apelaciones De Santiago. 28 de Noviembre de 1996, ro: N° 981-96).

En ese contexto, toma relevancia el principio general del Derecho "*pacta sunt servanda*" (lo pactado obliga) y la imposibilidad, en principio, de modificaciones unilaterales en los acuerdos convencionales. “Sin embargo, la certeza jurídica que importa la inmutabilidad e intangibilidad de los contratos puede, en determinadas circunstancias (sociales, políticas, económicas, etc.), transformarse en un obstáculo para el logro de los fines que las partes tuvieron al momento de celebrarlos.”⁴²

⁴² UGARTE. C. José Luis. “*El nuevo Derecho del Trabajo*”. Santiago, Ed. Universitaria, 2004.

El Código Civil es supletorio del Código del Trabajo, por lo tanto esta última es la fuente para modificar un contrato.

2.4.2. Límites funcionales.

Los límites funcionales hacen referencia a la limitación dada por la función del *ius variandi*, el propósito que se busca conseguir una vez implementada la variación en el contrato laboral. Deben distinguirse los que están vinculados con el empleador y los que lo están al empleado.

En este sentido, la alteración debe tratarse de trabajos, tareas o funciones similares o análogas a las que se encuentran precisadas en el Contrato de Trabajo. Son similares todas aquellas que requieren un esfuerzo parecido, sea físico o intelectual, y que su ejercicio no perjudique al trabajador, ni en su dignidad personal ni patrimonialmente.

Es importante señalar que los niveles jerárquicos se deben mantener, a fin de no constituir una discriminación al trabajador o una acción de mobbing o acoso laboral.

2.4.3. Límites institucionales

El *ius variandi*, en función de su naturaleza de institución del derecho laboral, está sujeto, por ejemplo, a reglas generales como el principio protector, el principio de irrenunciabilidad, principio de buena fe, principio de primacía de la realidad, principio de razonabilidad, entre otros.

2.4.4. Límites conceptuales

Los límites conceptuales dependen del objeto de alteración; la modificación sobre determinados elementos de la relación será ajustada a derecho, mientras que sobre otros sobrepasaría el ámbito de aplicación del *ius variandi*. En este caso, no es la naturaleza de la función. Es el lugar o sitio donde el trabajo comúnmente se realiza el que cambia, aunque en el contrato se exprese de otro modo.

O en relación con la facultad del empleador de alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos. Se puede anticipar la hora de ingreso o postergarla, con la única condición de poner esta decisión en conocimiento del trabajador.

En este caso, hace referencia a que las condiciones higiénicas, de seguridad y confort sean similares a las del lugar primitivo, donde el trabajador laboraba, bajo el principio de buena fe y no como un hostigamiento que genere un despido indirecto; por lo que no debe causar perjuicio económico, laboral ni en su dignidad.

2.5. REQUISITOS DEL IUS VARIANDI.

2.5.1. Razonabilidad.

Mediante “el juicio de razonabilidad constitucional, por medio de la pauta o *standard*, se resolverá en cada caso concreto el equilibrio entre intereses opuestos y permite conocer si existe adecuación del medio utilizado al fin propuesto.”⁴³ La modificación debe ser razonable, respondiendo a las necesidades de la producción de bienes o servicios conforme al interés colectivo de la empresa, excluyéndose el uso funcional o arbitrario del ius variandi.

Dicha alteración, debe ser justificada por su relación con el fin común de la empresa, de manera tal que permita su eficacia en proceso productivo de bienes y servicios.

De manera que dicha facultad no es un derecho discrecional o absoluto del empleador, quien debe ejercitar sus facultades de dirección en forma prudente. “Esta necesidad de justificar la decisión empresaria en razones de organización de la misma empresa, ha sido receptada jurisprudencialmente en todas las épocas y jurisdicciones, pues elemental resulta, en esta

⁴³REYES, Rivero. Jorge. *Nulidad de Derecho Público*. Santiago. Ed. Jurídica ConoSur, 1998.p. 211

cuestión, la exclusión de la arbitrariedad, en tanto la decisión se encuentre referida a una modalidad pactada con el trabajador...”⁴⁴

2.5.2. No alteración del núcleo del contrato.

En dicho aspecto, aunque se dé cumplimiento a la razonabilidad de la decisión empresarial, no puede admitirse la modificación de lo substancial del contrato de trabajo, como puede ser el salario, el tiempo de trabajo o la calificación contractual.

En tanto que se alteran condiciones esenciales, se destruye el contrato mismo, produciéndose la extinción de éste y la creación de uno nuevo, ambos por decisión unilateral, en circunstancias que para el nacimiento de la relación es necesario un negocio bilateral.⁴⁵

Sin embargo, la inalterabilidad de las modalidades esenciales frente a la multiplicidad de casos y variedad de situaciones, habrá de quedar librada al prudente arbitrio judicial⁴⁶.

2.5.3. Principio de Indemnidad.

De acuerdo con el principio de indemnidad, el trabajador debe resultar ileso, es decir, no debe ser lesionado por la decisión del empresario en ningún aspecto o, en su caso, debe ser adecuadamente resarcido.

En este sentido, tampoco puede el empresario ejercer este derecho sin contemplar los intereses legítimos del trabajador, como los deberes de previsión, debiendo evitar que la medida le cause perjuicio moral o material.

⁴⁴ REYES, Rivero. Jorge. (1998). Ob. Cit. p. 211.

⁴⁵ MADRID. Juan, Carlos et all. “*Ley de contrato de trabajo comentada.*” Buenos Aires. Ed. Contabilidad Moderna. 1979, t, 1, p. 366.

⁴⁶ LIVELLARA, Carlos A. “*Suspensión preventiva y precautoria del contrato de trabajo*”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993. p. 647.

El cambio no puede afectar ni a la persona ni a los bienes del dependiente. Con lo cual se impide que las medidas tomadas por el empresario causen un perjuicio material o moral al trabajador.⁴⁷

2.5.4. Funcionalidad.

La movilidad funcional consiste en el cambio de funciones del trabajador en el seno de una empresa. Es uno de los instrumentos más característicos de la moderna flexibilización de las relaciones laborales, lo que Montoya denomina movilidad funcional más allá del *ius variandi*. Aquí nos encontramos con la figura de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

2.5.5. Principio de continuidad.

El principio de continuidad de la relación laboral, derivado del genérico principio protector, tiene por fundamento el que *"la relación laboral no es efímera, sino que presupone una vinculación que se prolonga"*.⁴⁸ Este principio, que encuentra manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico en los Arts. 4º inc. 2º y 159º Nº 4 del Código del Trabajo, tiene dentro de sus diversos alcances la resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por el empleador y la prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

Así afirma PLÁ:

"Se deriva de lo anterior, por una parte, que la aplicación de las causales de terminación del contrato de trabajo que dependen de la sola voluntad del empleador (entre ellas la causal caso fortuito o fuerza mayor) deben ajustarse estrictamente a los requisitos que las justifican, más aún cuando el cese del vínculo laboral no se verá acompañado de una compensación económica por vía de la indemnización por años de servicios, como sucede con la causal en referencia. Otra de sus manifestaciones, es la

⁴⁷ MADRID. Juan, Carlos et all. *"Ley de contrato de trabajo comentada."* Buenos Aires. Ed. Contabilidad Moderna. 1979, t, 1, p. 367.

⁴⁸ PLÁ Rodríguez, Américo, "Los principios del Derecho del Trabajo", 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 215.

"interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones". Una de las causas posibles de tales suspensiones son precisamente las derivadas de fuerza mayor o caso fortuito"⁴⁹.

Para otros autores, en este aspecto, "el principio de continuidad de la relación laboral no tiene cabida en nuestro orden jurídico, ni en términos positivos ni implícitos (...)"⁵⁰; "una vez que se ha hecho posible pactar contratos de carácter temporal, sujetos a plazo o condición, sin expresión de causa, la continuidad de la relación laboral queda resentida en su base"⁵¹

Lo anterior, abre la brecha al principio de Estabilidad en el empleo que es, sin duda, uno de esos principios elementales del Derecho del Trabajo, y que "... *se hace patente como un principio dotado de una doble proyección. De una parte, eminentemente social, que atiende al legítimo deseo del trabajador de conservar su medio de vida y, de otra, eminentemente económica, que advierte de la no menos legítima pretensión del empresario de poder organizar de la mejor forma posible y a la vez más rentable el factor trabajo en la empresa*"⁵².

2.5.6. Principio de flexibilidad.

Este principio permite establecer para el caso específico si es que existe una razón suficiente que permita la justificación proporcional de la modificación del contrato.

Flexibilidad no es la desaparición del Derecho del Trabajo, sino la manera de posibilitar su supervivencia como disciplina. Las excesivas rigideces laborales han determinado lo que se ha denominado la "huida del Derecho del Trabajo. La alternativa a la rigidez laboral (y al peso excesivo del Estado) es el crecimiento del informalismo, o sea, el vaciamiento paulatino del Derecho del Trabajo en desmedro de los intereses de los trabajadores que busca proteger".⁵³

Y culmina afirmando el autor que:

⁴⁹ PLÁ Rodríguez, Américo, "Los principios del Derecho del Trabajo", 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 223.

⁵⁰ LIZAMA, Portal. Luis. "*Derecho del Trabajo*." Santiago de Chile. Ed. Lexis Nexis, 2003.

⁵¹ UGARTE Cataldo. Luis. "*Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*". Santiago, Ed Jurídica Conosur Ltda., 1998, p. 123.

⁵² MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald. "La Trampa de la Globalización". España, Ed Santillana, S.A. Taurus. 1998. p. 12.

⁵³ RODRÍGUEZ Piñero. "*Relaciones Laborales*", Madrid, Ed. Tecnos. 1992, T. I, p.58.

“ La flexibilización pactada es mucho más conveniente que la unilateral que se impone por la vía de los hechos con su secuela de eventuales arbitrariedades e injusticias. La resistencia en adaptar el Derecho Laboral a las nuevas realidades conspira contra los que dicho Derecho aspira a proteger. Todos los informes nacionales, de alguna manera, hacen referencia a esta dificultad de adaptar el Derecho Laboral XIX a las nuevas realidades del siglo XXI.”

2.5.7. Principio de objetividad.

El traslado debe obedecer a necesidades de la empresa, por ende, se encuentra proscrita toda forma de discriminación ejercida a través del ius variandi.

2.6. TIPOS DE IUS VARIANDI

2.6.1. Ius Variandi normal

Por ius variandi normal, se entiende aquellos cambios dispuestos por el principal, basados en necesidades permanentes de la empresa, lo que torna permanente el cambio.

Para Montoya, movilidad funcional dentro del grupo de personal o entre circuitos de personal equivalentes, da lugar al ius variandi ordinario.

2.6.2. Ius Variandi excepcional

En este sentido, es una de las pautas que se han elaborado para orientar la decisión ante la multiplicidad de situaciones que se pueden presentar, admitiéndose con mayor facilidad un cambio excepcional. Movilidad funcional fuera del Grupo de Personal o entre Circuitos de Personal no equivalentes, da lugar al ius variandi extraordinario.⁵⁴

En este caso, se permite al empleador modificaciones no permanentes, consecuencia de una situación pasajera, de emergencia o imprevista, que por la transitoriedad de la medida, y siempre que ésta resulte justificada, permite exigir al trabajador un mayor sacrificio de su

⁵⁴ MONTROYA. Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid. Ed Tecnos, 2001.

situación personal en beneficio del grupo. En todos los casos de *ius variandi* existe una contraposición del interés del grupo con el interés individual del trabajador afectado y, por tanto, se ha expresado que se acepta el cambio no permanente cuando existe un fuerte interés colectivo y una reducida perturbación del interés individual.⁵⁵

3. QUÉ PUEDE ALTERAR EL EMPLEADOR EN EJERCICIO DEL IUS VARIANDI.

3.1. EN CUANTO A LA FUNCIÓN

En este sentido, el empleador puede variar la naturaleza de los servicios, o sea, alterar la forma en que se van a prestar los servicios, siendo necesarias dos condiciones: tratarse de labores similares y abstenerse de causar menoscabo al trabajador afectado.

En relación con las “labores similares”, la Dirección del Trabajo, mediante Oficio Circular N° 5 de 1982, expone que son “aquellas que requieren de idéntico esfuerzo intelectual o físico, que se realicen 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 primigenios. Al respecto, sostiene la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo, que contraviene al Art. 25 del D.S. N° 594 de 1999, el hecho de “*no contar con servicios higiénicos en su área de trabajo, menoscaba la dignidad de la persona del trabajador, su intimidad, vida privada y honra amparados por el artículo 19 N°4 de la Constitución Política del Estado, e incluso una situación como la descrita, eventualmente daña la salud física y síquica del dependiente.*”⁵⁶

En especial, habrán de tenerse en cuenta los llamados “límites funcionales vinculados con el trabajador”, en virtud de los cuales, el ejercicio del *ius variandi* supondrá la ausencia de perjuicios para el trabajador. Del mismo modo que acontece en otros casos, este perjuicio debe

⁵⁵ LIVELLARA, Carlos Alberto, “*Suspensión preventiva y precautoria del contrato de trabajo*”, BS AS., ED. ASTREA, 1993. p. 648.

⁵⁶ DICTAMEN N°0266/099, DE 17 DE ENERO DE 2007.

ser efectivamente tal, es decir, que debe ser razonablemente relevante y no constituir “una simple molestia o mero cambio de rutina o de costumbre...”⁵⁷.

La categoría asignada al trabajador es un elemento esencial del contrato de trabajo. Define la posición funcional de aquél en la organización empresarial y el tipo de tareas que debe cumplir y se encuentra fuera del ámbito de disposición del empleador diseñado por la Ley de Contrato de Trabajo. Sólo consensualmente puede ser modificada.

Conforme a ello, consideró la Dirección del Trabajo que en atención a las modificaciones recientes al Código del Trabajo, es menester establecer un dictamen marco sobre derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, conformado por jurisprudencia administrativa, doctrina y la normativa legal sobre la materia. En este aspecto, cobra real importancia el reconocimiento expreso de los convenios internacionales suscritos y ratificados por Chile, la preeminencia de la Constitución Política y un acondicionamiento de la normativa laboral al sistema piramidal, que impone la inviolabilidad de los derechos fundamentales.

Sin duda, la importancia de esta jurisprudencia es la concatenación de todos los presupuestos jurisprudenciales efectuados por el Tribunal Constitucional, la doctrina y los demás dictámenes en busca de la unificación doctrinal y, por ende, una seguridad jurídica impresa a sus decisiones.

En este sentido, respecto de los derechos del trabajador reconocidos por organismos internacionales como la OIT, así como en la Constitución Política, los Dictámenes del último quinquenio los han dotado de límites infranqueables frente a las potestades del empleador, atendiendo a su derecho a la dignidad, honra, vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente, teniendo como fuentes la Constitución Política de la República, Arts. 1º, inc. 1º; 19º, Números 2, 5 y 16; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio sobre igualdad de remuneraciones, de 1951, (núm.100) de la OIT, Convenio sobre la

⁵⁷ PLÁ Rodríguez, Curso, T II., vol.1. cit., p.188.

discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, (núm. 111), de la OIT, Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981 (núm.156) y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998; y Código del Trabajo, Arts. 2º, 5º, inc. 1º, 153º y Art. 154, *infine*; Ley N° 19.628, artículos 2º f), g) y 10º; Ley N° 20.005, en concordancia con lo estipulado en los Ord. N° 260/19, de 24.01.2002; Ord. N° 2.328/130, de 19.07.2002; Ord. N° 3.276/173, de 16.10.2002 y Ord. N° 2.875/72, de 22.07.2003, entre otros.

El dictamen, inicia definiendo derechos fundamentales, ante la ausencia explícita de sus conceptos, refiriéndose al autor Luigi Ferrajoli, que al respecto afirma:

“ ...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”⁵⁸

Igual referencia hace respecto de Peces Barba, aludiendo:

“Los derechos fundamentales, cuya finalidad genérica son favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciando todas las posibilidades derivadas de su condición² se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluri direccional.”⁵⁹

Y hace un análisis de cómo los derechos fundamentales cobran importancia en la relación de trabajo, de por sí desigual, siendo necesario para su protección el establecimiento de límites al poder, denominados *efectos verticales*, pues se trata de un “ambiente propicio para

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Madrid, España. Ed. Trotta, 2006, p.37.

⁵⁹ PECES-Barba. Gregorio. “Derechos Fundamentales.” Madrid. Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1986, p.109.

*los abusos de poder de un sujeto sobre otro y, por ende, para la probable lesión de algunos de los derechos fundamentales del sujeto subordinado.”*⁶⁰

Frente a los denominados *derechos fundamentales específicos*, como la libertad sindical, derecho a la negociación colectiva, huelga y los demás en que no es posible ejercer extramuros de las relaciones laborales⁶¹ y de la protección a los derechos laborales como el ingreso mínimo, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato de trabajo y descanso, entre otras, con fundamento en la *“ciudadanía en la empresa los derechos fundamentales inespecíficos como la intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación, atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, permiten garantizar un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática.”*⁶²

De ello concluye que *existe un reconocimiento de la "ciudadanía en la empresa"*, al reconocerse en la Constitución derechos fundamentales de orden laboral, como titular de derechos fundamentales inespecíficos o de la personalidad, que deben ser aplicados en cuanto inherentes a la condición de ciudadano del trabajador. Es decir, son derechos constitucionales de carácter general utilizados para la relación laboral *“generando una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo.”*⁶³ Lo anterior conforme al inc. 1º del Art. 5º del Código del Trabajo, sobre los límites del empleador respecto de las garantías constitucionales del trabajador y frente a su potestad de mando, disciplinaria y el poder de variación o *ius variandi*.

De manera que respecto a los derechos fundamentales inespecíficos, como el derecho a la dignidad humana (Art. 1º inc 1º de la C.P.) *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, supone que *“el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición*

⁶⁰ GAMONAL. Contreras, Sergio. “Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos”, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Ed., Montevideo, Uruguay, 2004, pág.14.

⁶¹ PALOMEQUE López. Manuel-Carlos. *“Los derechos laborales en la Constitución Española”*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, 1991, p.31.

⁶² UGARTE Cataldo, José Luis. “La constitucionalización del Derecho del Trabajo: La tutela de derechos Fundamentales”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm.7, Julio-Diciembre de 2008, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p.252.

⁶³ PALOMEQUE López. Manuel-Carlos. 1991, Ob. Cit. p.31.

particular, es acreedor siempre a un trato de respeto.” Haciendo alusión a los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia del 18 de abril de 2008, rol N° 740-07-CDS.

De manera que mediante su pronunciamiento, estableció una serie de requisitos al imponer límites a un derecho fundamental:

“ ...en aplicación del principio de proporcionalidad, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora; en concordancia con el "principio de la adecuación", que supone que 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; con el "principio de necesidad", según el cual la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de manera tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", a partir del cual 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”⁶⁴.

3.1.1. Cambio en las tareas asignadas al trabajador que impliquen una modificación a la categoría del trabajo o alteración de la naturaleza de los servicios.

El empleador podrá modificar la función para la cual fue contratado el trabajador, con la sola condición de que se trate de labores similares, y que esto no signifique menoscabo para el trabajador, entendiéndose esto dentro de las facultades de administración de la empresa.

A fin de evitar arbitrariedades y en aras de proteger el derecho a no ser discriminada por razón de sexo la mujer embarazada, la jurisprudencia establece:

“ La prohibición establecida por el artículo 211-I del Código del Trabajo, respecto de la mujer embarazada, debe entenderse referida no sólo a la ejecución de operaciones de carga y descarga manual, entendiéndose por tales las tareas regulares o habituales que implique colocar o sacar carga sobre o desde un nivel, superficie, persona u otro, sino además, a todas aquellas labores que la obliguen a efectuar un

⁶⁴ DICTAMEN N° 2.210/035 DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DE 5 DE JUNIO DE 2010.

*esfuerzo físico, entendiéndose por tal las exigencias biomecánica o bioenergética que impone el manejo o manipulación manual de carga, esto es, de cualquier objeto cuyo peso supere los 3 kilogramos.”*⁶⁵

3.2. EN CUANTO A LA JORNADA DE TRABAJO.

Dispone el Art. 21° del C.T. que jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato. De manera que la jornada laboral se encuentra regulada legalmente, por lo que no puede implantarse una jornada de trabajo superior a la permitida por la ley.

Se considerará también jornada de trabajo, el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, sin realizar labor, por causas que no le sean imputables. La duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, deberá sujetarse a lo dispuesto por el reglamento interno, en concordancia con las estipulaciones del Art. 153° y siguientes del C.T.

El cambio repentino de la jornada laboral del trabajador por parte del empleador, resultará legítimo siempre que éste se produzca de buena fe y no tenga como finalidad directa lesionar los derechos fundamentales del trabajador.

En este sentido, vale la pena traer a colación partes sucintas del dictamen N° 3.351/185, de 09.06.97, y dictámenes números 2.665, de 23.11.82 y 5.795, de 30.11.83, pues 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. En efecto, aduce la jurisprudencia anotada que el artículo 10° N° 5 del Código del Trabajo, prevé:

"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

⁶⁵ DICTAMEN N°520/6, DE 30 DE ENERO DE 2006.

"5. duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno";

A su vez, el inciso 2° del artículo 5° del mismo cuerpo legal, establece:

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

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.

Sin perjuicio de lo anterior, en forma excepcional nuestro ordenamiento jurídico laboral ha contemplado la posibilidad de que el empleador unilateralmente introduzca alteraciones al contrato de trabajo, en materia de jornada de trabajo:

- 1) Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos.*
- 2) Para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, en determinadas medidas de emergencia.*
- 3) Tratándose del sector comercio, en los períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades.*

Coordinado con el Art. 12° del Código del Trabajo, dispone:

" Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, 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, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos".

De la disposición legal se infiere que la variación solamente le está permitida en caso de mediar la concurrencia copulativa de dos requisitos:

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 dé aviso al trabajador de la alteración con una anticipación mínima de treinta días.

En cuanto al Art. 29° del Código del Trabajo, se infiere que el legislador ha autorizado al empleador, en los casos de emergencia que ésta contempla, para prolongar la jornada ordinaria de trabajo, en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena y el tiempo se considera como legalmente como extraordinario, debiendo, pagarse con el recargo legal correspondiente.

En el artículo 24° del Código precitado, se señala que el legislador ha facultado al empleador para extender, excepcionalmente, en la oportunidad y con los límites señalados en la misma disposición, la jornada ordinaria de trabajo de los dependientes del comercio; limitada a los períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades.

El *ius variandi* 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, de lo cual se sigue, entonces, que resulta insostenible un *ius variandi* convencional, por ser éste una potestad del empleador.

En consecuencia, 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.

Entre otras razones, porque el principio de indemnidad no se encuentra orientado exclusivamente al aspecto material, sino también al aspecto moral, situación esta última que se encontraría configurada no sólo cuando se pretende someter al trabajador a tareas penosas o insalubres, sino también cuando la modificación horaria altera la soberana disponibilidad que el trabajador tenía de su tiempo libre.

De manera que la jornada ordinaria no podrá exceder de 45 horas semanales, quedando excluidos:

1.- Los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores, los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata, los agentes, vendedores viajantes, los cobradores y demás que sean similares a los descritos y que no ejerzan sus funciones dentro del establecimiento.

2.- Los trabajadores que se desempeñen en naves pesqueras.

3.- Los trabajadores que presten servicios preferentemente fuera de la empresa, a través de medios electrónicos o de telecomunicaciones (“teletrabajo”).

4.- Aquellos trabajadores sujetos a jornadas especiales:

4.1. Los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana tendrán una jornada ordinaria de 180 horas mensuales.

4.2. Los trabajadores de restaurantes, hoteles y clubes, cuando el movimiento sea notoriamente escaso y deban permanecer a disposición del público.

3.2.1. Clasificación de la jornada laboral.

3.2.1.1. Jornada laboral ordinaria.

La jornada ordinaria es aquella pactada por las partes en el contrato individual y se caracteriza por ser permanente, lo que cumple con dar certeza al trabajador sobre el horario en que deberá estar a disposición de su empleador y prestar los servicios comprometidos

La máxima modificación puede ser adelantar o postergar la hora de ingreso al trabajo hasta en una hora, por circunstancias que afecten a toda la empresa o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, dando aviso al trabajador con al menos treinta días de anticipación.

El trabajador afectado por el ejercicio abusivo del ius variandi puede reclamar ante la Dirección del Trabajo respectiva, en el plazo de 30 días hábiles desde la ocurrencia del hecho o notificación, según sea el caso, a fin de que ella se pronuncie sobre el cumplimiento de los requisitos legales.

La ley faculta a las partes a pactar una jornada ordinaria, con la determinación de su duración y distribución. *“Sólo respecto de este último aspecto –la distribución- en el caso de los contratos con jornada parcial, es posible establecer en el contrato individual alternativas de distribución de la jornada, la que siempre deberá mantener la misma duración. (Dictamen N° 0339/027 de la Dirección del Trabajo, de 30.01.2004).*

3.2.1.2. Jornada ordinaria larga o extraordinaria.

La jornada extraordinaria es aquella que excede a la legal o a la convencional, si ésta fuere inferior a la legal. Se entiende por tal la que excede del máximo legal (45 horas semanales) o a la pactada, si ésta fuere menor. También se considerarán extraordinarias las que no estando pactadas por escrito, se desarrollen con conocimiento del empleador. No son horas extraordinarias las que se trabajan en compensación de un permiso.

Es posible establecer horas extraordinarias en las faenas que, por su naturaleza, no dañen la salud de los trabajadores, o por necesidades o situaciones temporales de la empresa, de manera que no es procedente pactar horas extraordinarias para realizar trabajos ordinarios de la presa, sino sólo cuando se pacte un máximo de dos horas por día.

El inciso 1° del artículo 24° del Código del Trabajo permite al empleador extender la jornada ordinaria de trabajo de los dependientes de comercio hasta en dos horas diarias, durante nueve días anteriores a navidad, distribuidos dentro de los últimos quince días previos a dicha festividad, siendo necesario que se den dos condiciones: que se trate de dependientes de comercio y que sea en el período delimitado por la norma. El referido inciso 1° fue

modificado⁶⁶, y previo a su modificación, la norma otorgaba la misma facultad al empleador, estableciendo, eso sí, que la extensión de la jornada era procedente “en los períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades”.

Debemos tener presente que luego de la modificación efectuada al inciso 1° del referido artículo 24°, hoy prima la ley y rige lo que dicha norma actualizada establece. Sin perjuicio de lo anterior, nos permitimos señalar que mientras estaba vigente la antigua expresión “en los períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades”, la Dirección del Trabajo expresó mediante Dictamen N° 1.164 de 1988, que el período en el cual se faculta al empleador para extender la jornada es 7 días inmediatamente anteriores a la festividad respectiva, basándose 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 de público. En segundo lugar, debido a la regla interpretativa del artículo 24 del Código Civil, referida a la equidad natural, que es el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana.

Sobre el mismo punto, la Dirección del Trabajo ha expresado que la frase “otras festividades” –utilizada en la antigua redacción del inciso 1° del artículo 24° del C.T., según ya comentamos- debía entenderse como "todos aquellos días festivos en que se celebra algún acontecimiento" y también los enumerados. De la lista de días feriados, la referida institución ha indicado que, para los efectos de lo dispuesto por el Art. 24° del Código del Trabajo, no debía considerarse como festividad el día de las elecciones presidenciales. Éste, más bien, tiene un carácter de feriado al propósito del legislador de permitir a la ciudadanía el cumplimiento de su obligación de ejercer su derecho al voto.

En relación con los días domingo, el Art. 35 del Código del Trabajo dispone, entre otras, que se distingue entre días domingo y festivos, atribuyendo al primero únicamente el carácter

⁶⁶ Inciso modificado, como aparece en el texto, por el artículo 1° N° 1 de la ley N° 20.215, publicada en el D.O. 14.09.2007.

de día de descanso semanal; de lo contrario, se le daría el carácter de permanente a una facultad excepcional, como lo es establecer el carácter festivo de determinados días.

Por su parte, el artículo 237 del Código de Comercio define qué ha de entenderse por dependientes de comercio, señalando al efecto que éstos son “los empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilién en las diversas operaciones de su giro, obrando bajo su dirección inmediata”. A su turno, la Dirección del Trabajo, mediante Dictamen N° 3773/084, de 14.09.07, dispuso que debe entenderse por dependientes de comercio todos aquellos que se desempeñen en establecimientos comerciales y cuyas labores se relacionen con el expendio o venta directa al público de las mercaderías o productos que en ellos se ofrecen. Acorde a dicho concepto, es posible convenir que sólo podrán quedar afectos a lo establecido por el artículo 24° del Código del Trabajo los trabajadores encargados de vender directamente al público las mercaderías o productos que se ofrecen en los establecimientos comerciales en que se desempeñan, debiendo considerarse incluidos dentro de dicha definición no sólo los que realizan la venta propiamente tal, sino todos aquellos que participan en dicho proceso cumpliendo funciones inherentes e íntimamente relacionadas con el mismo, como serían, a vía de ejemplo, los que se desempeñan como cajeros y empaquetadores. Por el contrario, no quedarían incluidos dentro del mencionado concepto los trabajadores que, no obstante desempeñarse en establecimientos comerciales, ejecutan otro tipo de labores no relacionadas con la venta de productos o mercaderías, como es el caso de aquellos que cumplen funciones administrativas, del personal de bodega y reposición de mercaderías, del personal de seguridad, transporte de productos y de control de existencias, personal de aseo, etc.

De igual manera, no podrían ser calificados como trabajadores del comercio para los efectos previstos en el citado artículo 24, los trabajadores que se desempeñan en clubes, restaurantes y establecimientos de entretenimiento a que se refiere el artículo 2° de la ley 19.973, toda vez que la actividad que tales dependientes realizan no dice relación con la venta de productos o mercaderías, labor que resulta determinante para calificarlos como “dependientes de comercio”, a la luz del concepto fijado en el dictamen N° 3773/084 de 14.09.07, ya analizado.

La conclusión anterior se refuerza aún más si atendemos al origen y objetivos de la norma sobre extensión de jornada prevista actualmente en el inciso 1° del artículo 24 del Código del Trabajo. En efecto, el objetivo de dicha disposición, contemplada primitivamente en el artículo 36 del D.L. 2200, en su texto fijado por el artículo 1° N° 21 de la ley 18.018, y recogida posteriormente por el Código del Trabajo en su artículo 24 inciso 1°, no fue otro que asegurar el debido abastecimiento de la población en períodos previos a ciertas festividades, y actualmente en el lapso anterior a Navidad, circunstancia ésta que demuestra que la citada norma legal estuvo siempre referida a los trabajadores del comercio propiamente tales, esto es, aquellos encargados de la venta al público de los productos y mercaderías ofrecidos en los establecimientos comerciales en que prestan servicios.

De esta manera, podemos notar cómo –además de la ley- la jurisprudencia administrativa ha delimitado y definido el marco de aplicación de la facultad que el precitado artículo 24° otorga al empleador para extender la jornada de trabajo de sus dependientes.

En cuanto a las horas extraordinarias producto de la extensión de la jornada, aquellas serán pagadas con el recargo del 50% sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria, según establece el inciso 1° del Art. 24 del Código del Trabajo.

Con fundamento en la preeminencia del contrato realidad⁶⁷, la falta de escrituración no exime del pago de horas extraordinarias, las que se consideran siempre que se hayan trabajado con conocimiento del empleador.

Su pago debe efectuarse junto con la remuneración ordinaria del respectivo periodo y tiene una prescripción de 6 meses desde que debieron ser pagadas.

Al respecto, dispone el Dictamen de la Dirección del Trabajo del 3 de febrero de 2009:

⁶⁷ Concepto atribuible al jurista mexicano Mario de la Cueva, según quien el *contrato-realidad* “existe, no en el acuerdo de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades lo que determina su existencia”. Ahondando aún más expresa “... resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor”.

“ La norma contenida en el inciso 4° del artículo 38 del Código del Trabajo, sobre descanso compensatorio de domingo y festivos laborados, es aplicable a los trabajadores contratados con jornada a tiempo parcial, en la medida que no se encuentren en los casos de excepción que el mismo precepto legal contempla.

Que al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deban otorgarse en día domingo, es necesario tener presente, que se trate de dependientes que se desempeñen en las actividades a que se refieren los números 2 y 7 del señalado precepto legal.

Al efecto, los incisos 3° y 4° de la referida disposición legal, disponen:

“Las empresas exceptuadas del descanso dominical deberán otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios, aplicándose la norma del artículo 36. Estos descansos podrán ser comunes para todos los trabajadores, o por turnos para no paralizar el curso de las labores”.

No obstante, en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberán necesariamente otorgarse en día domingo. Esta norma no se aplicará respecto de los trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos, y de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos”.

Del análisis conjunto de los preceptos legales transcritos fluye que los trabajadores comprendidos en los N°s. 2 y 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, tienen derecho a que en el respectivo mes calendario, a lo menos, dos de los días de descanso compensatorio que les corresponde impetrar por los días domingo y festivos laborados en dicho período, se otorguen en día domingo.

Asimismo, de ellos se infiere que este derecho no resulta aplicable en los siguientes casos:

- 1) trabajadores que se contraten por un plazo de 30 días o menos;*
- 2) aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a 20 horas semanales, y*
- 3) trabajadores que se contraten en forma exclusiva para laborar los días sábados, domingo o festivos.*

El legislador ha exceptuado del derecho al beneficio, solamente a los dependientes que se encuentren en alguno de los tres casos expresamente contemplados en la precitada norma, lo que permite sostener, por consiguiente, que aquellos contratados por un plazo mayor a los 30 días, o con una jornada superior a las 20 horas a la semana o aquellos que no laboran en forma exclusiva los días sábados, domingo o festivos, tienen derecho a que en el respectivo mes calendario, a lo menos dos de los días de descanso

compensatorio que les corresponda impetrar por los domingo o festivos laborados en dicho período, sean otorgados en día domingo.

De manera que tratándose de trabajadores con jornada superior a 20 horas semanales, distribuida en 4 días, el empleador se encuentra obligado a otorgar el beneficio contemplado en el inciso 4° del artículo 38, quedando comprendidos los dependientes contratados con jornada parcial superior a 20 horas semanales e inferior o igual a 30, quienes, como ya se ha señalado, gozan de todos los derechos que contempla el Código para los trabajadores a tiempo completo, con la excepción de aquellas materias que se encuentran reguladas en el Párrafo 5° a que se ha aludido en acápite que anteceden, donde no se contienen normas especiales sobre descanso semanal.

Así, la norma contenida en el inciso 4 ° del artículo 38 del Código del Trabajo, sobre descanso compensatorio de domingo y festivos laborados, es aplicable a los trabajadores contratados con jornada a tiempo parcial, en la medida que no se encuentren en los casos de excepción que el mismo precepto legal contempla⁶⁸.

3.2.1.3. Jornada parcial de trabajo (“part time” o “medio tiempo”).

Nos referimos a aquellos contratos en que se han convenido jornadas de trabajo no superiores a los dos tercios de la jornada ordinaria. La jornada debe ser continua y no podrá exceder de 10 horas. Se pueden pactar horas extraordinarias, cuya base de cálculo para su pago será el ingreso mínimo mensual, computado proporcionalmente a la cantidad de horas pactadas como jornada ordinaria.⁶⁹ La gratificación y la indemnización por años de servicio son proporcionales al número de horas convenidas y la jornada ordinaria.

Se puede convenir alternativas de distribución de la jornada de trabajo. Entre las alternativas pactadas, el empleador puede elegir con una semana de anticipación al momento de efectuar la distribución de la jornada. Lo que se pretende es que el trabajador tenga la seguridad de cuál es su horario de trabajo y la jornada en la que debe laborar.

El empleador podrá también alterar la distribución de la jornada de trabajo hasta en una hora respecto del horario de ingreso o salida, siempre que:

⁶⁸ DICTAMEN N° 0549/012 DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DE 3 DE FEBRERO DE 2009.

⁶⁹ Ley N° 19.988, publicada en el Diario Oficial de 18 de diciembre de 2004.

- a) así lo requieran circunstancias que afecten el desarrollo total de la empresa o a alguna de sus unidades.
- b) dando un aviso previo a los trabajadores, con una antelación mínima de treinta días.

3.3. EN CUANTO AL LUGAR DE PRESTACION DEL SERVICIO

Generalmente, suele importar para el trabajador un agravio de tipo económico o una afectación de aspectos ajenos, que no pueden ser desatendidos.

En este sentido, el empleador puede alterar el lugar donde deban prestarse los servicios, previa satisfacción de dos condiciones: el nuevo sitio o recinto debe quedar dentro de la misma ciudad y este cambio no debe representar menoscabo para el trabajador.

Para definir menoscabo, la Dirección del Trabajo, mediante dictamen 155/04 de 8 de enero de 1992, señaló que constituye "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., menoscabo que puede ser material o moral y, en este último caso, el menoscabo no se reduce a la sola disminución del nivel socio-económico del trabajador.

3.3.1. Las reubicaciones y reestructuraciones que originan cambio o traslado del lugar de trabajo.

El llamado *ius variandi* -entendido como la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores-, está determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y exige que de todas maneras ha de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador.

El *ius variandi* no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas; así como por los principios mínimos fundamentales señalados en la Carta Magna en lo que concierne al estatuto del trabajo. Su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación, el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. Asimismo, debe tomar en cuenta que mediante aquella no queda revestido de atribuciones absolutas que permitan tomar al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad, sino que debe ser considerado como ser humano libre, responsable y digno, en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del empleador.

3.3.2. Alteración del sitio o recinto donde se prestan los servicios.

La decisión de traslado no puede ser en ningún caso arbitraria, con lo cual, el *ius variandi* debe ejercerse por el empleador dentro de un marco de razonabilidad, sometido al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- (i) que los traslados se realicen a cargos similares o equivalentes al que venía desempeñando el trabajador, y,
- (ii) que la decisión, en la medida en que modifica las condiciones de trabajo, consulte el entorno social del trabajador y tenga en cuenta factores como la situación familiar, su lugar y tiempo de trabajo, el rendimiento demostrado, el ingreso salarial y el estado de salud, entre otros, a fin de impedir que por su intermedio se causen perjuicios de cierta significación.

La facultad del traslado no está prevista únicamente como una herramienta del empleador para ajustar su planta de personal a los requerimientos que imponen las necesidades del servicio; también importa un derecho de los trabajadores íntimamente relacionado con otros

derechos como la vida, la dignidad y la integridad personal, en la medida que el mismo puede ser solicitado por éstos para garantizar su seguridad o sus condiciones de salud e, igualmente, como un medio idóneo para implementar autónomamente sus proyectos de vida a nivel personal o familiar.

El *ius variandi*, desde una perspectiva constitucional, no autoriza al empleador para ejercitar su poder de mando de manera arbitraria. De manera que la alteración unilateral debe ser sobre aspectos no sustanciales de la relación laboral. En la relación laboral, el trabajador se encuentra en una situación de dependencia jurídica frente al empleador. Una de las manifestaciones más importantes de dicha subordinación es el poder directivo que el ordenamiento laboral le atribuye al empleador, el cual incluye el *ius variandi*.

El empleador está facultado por el derecho laboral para ordenar las condiciones de trabajo, dirigir y vigilar su ejecución. En principio, las órdenes o directrices que imparta el empleador y que se encuentren dentro de los términos del contrato laboral, deben ser entendidas como manifestaciones legítimas del poder de dirección propias del empresario o empleador y en esa medida vinculan al trabajador.

Sin embargo, el poder de dirección del empleador se encuentra limitado tanto por el ordenamiento laboral como por la Constitución. Desde una perspectiva constitucional, el ejercicio del poder de dirección del empleador sólo es legítimo si éste no se dirige a violar de manera directa los derechos fundamentales del trabajador, en cuyo caso obraría de mala fe. Las órdenes o directrices impartidas por el empleador dirigidas a lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores, se convierten en un abuso de su facultad de dirección.

Pero como en todo derecho, se trata de crear una balanza que permita ejercer los derechos del trabajador y también los del empleador. El hecho de que el empleador deba respetar los derechos fundamentales del trabajador, no le obliga a variar aquellas cláusulas contractuales válidamente pactadas y cuyo contenido se ajuste al texto constitucional, cada vez que su ejecución legítima interfiera indirectamente con alguno de los derechos que la

Constitución garantiza como ciudadano al trabajador, como es el cambio de jornada o el horario, cuyas motivaciones, no resulten de un abuso del ius variandi.

Si el trabajador y el empleador convienen determinadas condiciones lícitas para la ejecución del trabajo y éstas se ajustan al contenido de la Carta Fundamental, así en un momento dado materialmente limiten de alguna manera el ejercicio de ciertos derechos que pertenecen al trabajador en su condición de ciudadano, como el derecho a la recreación o a la educación, no por ello el empleador debe, en aras de un imperativo constitucional inexistente, atenerse a las modificaciones unilaterales que le imponga el trabajador y someterse a la variación de las cláusulas contractuales pactadas o verse en la necesidad de no ejecutarlas.

De lo contrario, se trasladaría sin justificación alguna al empleador el deber prestacional, que sólo compete a los poderes públicos, de realizar efectivamente los derechos fundamentales que la Constitución le otorga al trabajador como individuo, debiendo adecuar el funcionamiento y actividad de su empresa a las necesidades que fuera de ella tenga el trabajador, en orden a realizar plenamente y a su conveniencia el ejercicio de sus derechos.

De manera que no existen derechos absolutos, sino límites dentro de los cuales, cada uno de los sujetos, trabajador y empleador, se encuentran en coordenadas diferentes pero convergentes, de manera que unas y otras deben estar lo suficientemente alineadas a fin de que el ius variandi no constituya un abuso, o que el no ejercicio del ius variandi constituya la imposibilidad de realizar la actividad y funcionamiento de la empresa por el empleador, conforme a sus necesidades.

Los derechos y libertades garantizados por la Carta Fundamental son un componente esencial del orden público, contra el que no puede atentar ninguna estipulación contractual. No obstante, la apelación a estos derechos y libertades por una de las partes contratantes, pueda servir para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas y convenientes.

Ahora bien, haciendo relación al fuero sindical y la posibilidad de traslado o cambio del lugar de trabajo de los profesionales de la educación del sector municipal, se estableció que

pueden ser destinados de un establecimiento educacional a otro dependiente de una misma Corporación Municipal, conforme lo dispone el artículo 42 de la ley N° 19.070, en cuyo caso, la potestad del ius variandi cobra legitimidad. (Al respecto el Dictamen N° 4.468-196, de 12.08.92. y ORD. N° 5.783/357 del 25.11.1999).

El mencionado inciso 1° del artículo 42 de la ley N° 19.070, prevé:

" Los profesionales de la educación podrán ser objeto de destinaciones a otros establecimientos educacionales dependientes de un mismo Departamento de Administración de Educación Municipal o de una misma Corporación Educacional, según corresponda, a solicitud suya o como consecuencia de la fijación o adecuación anual de la dotación practicada en conformidad al artículo 22 y al Plan de Desarrollo Educativo Municipal, sin que signifique menoscabo en su situación laboral y profesional. No obstante, si producida la destinación estimaren que se les ha causado menoscabo, podrán reclamar de ello conforme al procedimiento del inciso tercero del artículo 12 del Código del Trabajo, sin perjuicio que puedan ejercer su derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República o la Dirección del Trabajo, según procediere, sin que ello implique paralizar la destinación".

De manera que por ser una norma especial, expresamente delimita las posibilidades del empleador respecto del trabajador, caso diverso en el evento que a un profesional de la educación se le modificara unilateralmente la naturaleza de sus servicios, sin que ello implique un cambio del lugar de trabajo; tal situación deberá ser analizada a la luz del artículo 12° del Código del Trabajo y no bajo la ley especial transcrita, establecida sólo para el cambio de lugar de trabajo.

En concordancia con el inc. 2° del art. 243° del Código del Trabajo:

" Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, el empleador no podrá, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de los directores sindicales las facultades que establece el artículo 12 de este Código".

De esta forma, el empleador está impedido de ejercer respecto de un director sindical, salvo caso fortuito o fuerza mayor, el ius variandi consagrado en el Art. 12° del C.T., desde la fecha en que hubiere sido elegido dirigente sindical y hasta seis meses después de haber cesado

en el cargo. Pero sólo restringe el ejercicio del ius variandi respecto de un dirigente sindical en los casos previstos en el Art. 12° aludido, por lo que no tendrá aplicación en el caso que opere la figura de la destinación establecida en el artículo 42° del Estatuto Docente, ya que regula el cambio de lugar de trabajo bajo la *destinación* y otorga al docente mayor protección, por cuanto no debe producir menoscabo, y se encuentra limitada a la concurrencia de un requisito previo cual es la fijación o adecuación de la dotación docente o la propia solicitud del trabajador y sólo a nivel comunal, en tanto que el Art. 12° del C.T. permite que sea en la misma ciudad.

Otro tanto acontece con el dictamen del último quinquenio, N° 1169/026 de la Dirección del Trabajo, de 29 de abril de 2007, cuando señala que la destinación de un profesional de la educación a su propia solicitud, en los términos del artículo 42 del Estatuto Docente, no puede producir menoscabo en su situación laboral y profesional, pronunciamiento que tiene como fuentes la Ley N° 19.070, artículo 42, al momento de emitir dictamen N° 1169/023, de fecha 29.03.2007, cuando arguye que en ningún caso puede significar menoscabo en la situación laboral y profesional del docente, pudiendo reclamar el profesional que se vea afectado por dicha medida conforme al procedimiento establecido en el inciso 3° del artículo 12° del Código del Trabajo.

...” los profesionales de la educación pueden ser objeto de destinaciones a otros establecimientos educacionales, a su propia solicitud, tal circunstancia no habilita al empleador para aplicar dicha medida con menoscabo de su situación laboral y profesional, toda vez que el legislador no ha efectuado distingo alguno al respecto, no siendo viable, por tanto al intérprete distinguir. Sostener lo contrario significaría dejar al arbitrio del empleador las condiciones laborales contenidas en los respectivos contratos de los docentes que han ejercido válidamente un derecho que le reconoce el Estatuto Docente.

Lo anterior, sin perjuicio de las modificaciones que las partes convengan en virtud del principio de la autonomía de la voluntad en aquellas materias en que han podido convenir libremente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5° del Código del Trabajo, en relación con el artículo 71 del Estatuto Docente.”⁷⁰

3.4. EN CUANTO A LA REMUNERACION.

⁷⁰ DICTAMEN N° 1169 / 0026 DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DE 29 DE ABRIL DE 2007.

Conforme al Art. 41° del C.T., el salario es la contraprestación en dinero y las adicionales en especie valuables en dinero, que debe percibir el trabajador del empleador, por causa y con ocasión del contrato de trabajo.

Por lo tanto, no constituyen remuneración:

- a) Las asignaciones de movilización.
- b) Pérdida de caja.
- c) Colación.
- d) Viáticos.
- e) Las prestaciones familiares otorgadas por la ley.
- f) La indemnización por años de servicio.

La remuneración podrá fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes, o bien, por pieza, obra o medida.

Las remuneraciones se deben pagar en moneda de curso legal, en día de trabajo, de lunes a viernes, en el lugar en donde el trabajador preste sus servicios, y en la hora siguiente a la terminación de la jornada; con la periodicidad estipulada en el contrato, y no puede exceder de un mes entre un pago y otro.

Se debe entregar por parte del empleador un comprobante del monto pagado, la forma en que se determinó y las deducciones efectuadas a las remuneraciones.

La circunstancia de no poder ser renunciables los derechos de los trabajadores, expande el contrato a todas las disposiciones de carácter público, que superan la voluntad de las partes, como es el caso del salario mínimo establecido por ley. En consecuencia, por voluntad contractual no podría fijarse un salario menor al legal.

Al respecto, frente a la legalidad de las cláusulas en instrumento colectivo, los Dictámenes del último quinquenio han señalado, teniendo como fuentes el Código del Trabajo,

Arts. 10° N° 4; 11° inciso 2°; 12° y 43°. Código Civil, Art. 1545° y en concordancia con los Dictámenes Ords. 1765/147, de 04.05.2000; 3351/185, de 09.06.97, y 2789/132, de 05.05.95:

“ No procede legalmente que se pacte en párrafo x° de cláusula tercera de contrato colectivo suscrito entre empresa xxxx S.A. y el Sindicato de Trabajadores constituido en ella, que el empleador se reserva la facultad de modificar las remuneraciones para adecuarlas a valores fijados por la autoridad, o por cambios en la economía

... que el empleador se reserve el derecho de modificar las remuneraciones por cambios en los valores fijados por la autoridad, si al tenor del artículo 43 del Código del Trabajo, los reajustes legales no se aplicarán a las remuneraciones y beneficios estipulados en contratos y convenios colectivos de trabajo o en fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva, disposición que es igualmente válida para los contratos individuales, si actualmente las remuneraciones no se fijan ni reajustan por ley, sino por convención de las partes.

Hace excepción a lo anterior, que se haya pactado la remuneración en ingresos mínimos legales mensuales, o en un monto en dinero superado por una nueva fijación de tal ingreso, por cuanto en tales eventos, el reajuste por ley de este ingreso significará cambios en la remuneración del contrato, modificación que operará en forma automática, según se desprende del inciso 2° del artículo 11 del Código del Trabajo, en virtud del cual no será necesario modificar formalmente el contrato para establecer el nuevo valor de las remuneraciones de operar reajuste legal o por instrumentos colectivos, salvo para su actualización a lo menos una vez al año, la que en todo caso requiere suscripción por ambas partes.

Así, respecto de los cambios enunciados en el Art. 10° N° 4 del Código del Trabajo, "...el contrato de trabajo debe contener, a lo menos: ..." 4. monto, forma y período de pago de la remuneración acordada." Luego, salvo el tema de comisiones, se pretende dar certeza y seguridad a la relación laboral, conociendo el trabajador por anticipado la retribución por la prestación de los servicios, y el empleador, cuál será el importe que por dicha prestación deberá pagar. Por ello, no es dable modificar la remuneración atendiendo a las variaciones de la economía.

“ ... De este modo, ninguna de las partes del contrato de trabajo se encuentra facultada para variar o modificar unilateralmente su contenido, a menos que excepcionalmente la ley lo autorice, como ocurre con el artículo 12 del Código del Trabajo, respecto del empleador, derecho que se ha denominado "ius variandi", pero

*que no viene al caso en estudio, si se refiere sólo a la posibilidad de alteración de la naturaleza de los servicios, el sitio o lugar donde han de prestarse, y adelantar o prorrogar la hora de inicio de la jornada, cumplidos los requisitos que la norma señala, pero no alcanza a la remuneración, por lo que necesariamente para su modificación o adecuación a distintas circunstancias deberá contarse con el consentimiento de ambas partes al respecto.*⁷¹

En lo que hace alusión a los criterios establecidos para fijar los sueldos base, Dictámenes del último quinquenio determinan que las entidades de salud primaria municipal, no pueden alterar unilateralmente sin fundamento alguno los criterios establecidos en el reglamento de la carrera funcionaria o estatuto de atención primaria de salud Municipal, aprobada por el Concejo Municipal; teniendo como fuentes la Ley N° 19.378, Art. 22°, 24° inc. 2° y Ley N° 20.157, Art. 2°. N° 13, letras a y b; y en concordancia con los Dictámenes N° 4292/94, de 09.09.98, 1882/159 del 11.05.2000 y 4427/110 del 12.10.2005, todos de la Dirección del Trabajo.

Por expresa disposición de la ley, dichas normas reglamentarias deben regir la aplicación de la carrera funcionaria del personal que se encuentra afecto a esa normatividad, caso en el cual, conforme a la Ley N° 19.378 y conforme a los criterios del reglamento municipal respectivo y la fijación de las remuneraciones del personal y sus posteriores modificaciones, requerirá siempre de la aprobación del Concejo Municipal correspondiente.⁷²

De manera que queda establecido y precisado que todo lo pertinente a la modificación del reglamento municipal, ya sea sobre el sueldo base, su actualización o cualesquiera puntos en torno al mismo, debe efectuarse previa aprobación del Concejo Municipal.

En otro Dictamen, la Dirección del Trabajo se pronunció sobre la legalidad de una cláusula establecida en un contrato de trabajo con vulneración de los artículos 5° inciso 2° y 10° N° 4 del Código del Trabajo, lo que importaría una norma convencional ilegal:

“OCTAVA: Incentivos”.

⁷¹ DICTAMEN N° 1470 / 0070 DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DE 18 DE ABRIL DEL 2001.

⁷² DICTAMEN N° 22032 / 0041 DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DE 1 DE JUNIO DEL 2006.

“El trabajador reconoce expresamente en este acto que cualquier incentivo adicional a los pactados que la administradora le conceda, no reviste la forma de una cláusula tácita y se entenderá conferido a título de mera liberalidad, sin conferirle derecho futuro alguno. La administradora podrá otorgarlo, suspenderlo o modificarlo a su entero arbitrio”.

..“Los premios no forman parte de la remuneración ordinaria, revisten el carácter de una recompensa adicional, y por lo demás esporádica, especialmente en localidades del país que presentan menor cantidad de afiliados”.

La Dirección del Trabajo, mediante ORD. N° 3012/056, teniendo como fuentes el Código del Trabajo, artículos 5° inciso 2° y 10 N° 4; en concordancia con los Dictámenes N°s 4864/275, de 20.09.99, 2679/213, de 03.07.2000, y 1470/70, de 18.04.2001, expuso:

“ Una cláusula de este tenor -como se explicará en detalle- pretende indebidamente servir de antecedente o título a una renuncia anticipada de derechos que tienen la naturaleza de irrenunciables, y además, vulnera el principio de certeza de las remuneraciones”.

El Código del Trabajo, en su artículo 5° inciso 2° prescribe que:

“ Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales forma parte de la esencia protectora del Derecho del Trabajo, toda vez que si la parte más débil y subordinada de la relación laboral pudiera legal y libremente renunciar a sus derechos, esta rama especial del Derecho perdería todo sentido y no tendría razón de ser.

Más aún, el hecho que el trabajador reconozca contractual y expresamente que cualquier incentivo adicional no reviste la forma de una cláusula tácita -como lo señala el contrato tenido a la vista- implica renunciar anticipadamente a incentivos y premios que, aunque no habiéndose especificado en sus detalles ni escriturado en el contrato de trabajo, sin embargo el empleador los ha otorgado siempre y en forma reiterada en el tiempo.

Efectivamente, esta renuncia priva al trabajador de derechos que forman parte de su patrimonio en virtud de la doctrina de la cláusula tácita, que ha desarrollado la jurisprudencia administrativa de esta Dirección y que ha sido acogida por los Tribunales de Justicia, la que significa -esencialmente- que forman parte integrante del contrato de trabajo todos los derechos y obligaciones a que las partes se han obligado

mutuamente en los hechos y en forma estable en el tiempo, aunque no estén expresamente contemplados ni escriturados materialmente en el contrato. Por esta vía, se amplía el compromiso literal y escrito de trabajadores y empleadores, toda vez que el contrato de trabajo, de acuerdo al inciso 1º del artículo 9º del Código del Trabajo, tiene la naturaleza de consensual y obliga más allá del mero tenor del texto firmado por las partes, lo que sólo puede ser dejado sin efecto por mutuo consentimiento según lo precisa el artículo 1545 del Código Civil.

Y sobre lo indebido de la renuncia anticipada a estos derechos así adquiridos, esta Dirección lo ha destacado en estos términos: “para darle real eficacia a esta disposición legal -actual artículo 5º inciso 2º del Código del Trabajo- la jurisprudencia ha dejado establecido que es indebida la renuncia anticipada de derechos, la que incluida en los contratos individuales de trabajo o instrumentos colectivos, vuelve ineficaz e ilusoria la irrenunciabilidad de derechos y, por añadidura, el carácter esencialmente protector de la ley laboral”⁷³.

En otra oportunidad, en el ORD. N° 0441/010, teniendo como fuentes el Código del Trabajo, Arts. 5º y 346º; y Código Civil, Art. 1545, en concordancia con los dictámenes N°s. 6696/314, de 02.12.96 y 221/16, de 16.01.2001, entre otros, con fecha 28.01.2009, y en relación con la procedencia de los descuentos por aportes al sindicato, obligación que establece el artículo 346 del Código del Trabajo, respecto de los pilotos no sindicalizados de la empresa XXX S.A., la Dirección del Trabajo argumentó sobre si procede o no una modificación o complemento del contrato colectivo suscrito por las mismas partes por el período 01.12.2005 a 30.05.2009. Ello en atención a la exigencia establecida por la referida norma legal, que obliga a efectuar el aporte a “*Los trabajadores a quienes el empleador les hiciera extensivos los beneficios estipulados en el instrumento colectivo respectivo*” y a la discrepancia suscitada entre las partes al respecto, por lo que decidió:

“El convenio colectivo en general, obliga a quienes hubieren sido parte del respectivo proceso de negociación, entendiéndose por tales el o los empleadores y los socios de el o los sindicatos que negociaron colectivamente, como también el grupo de trabajadores que lo hizo, según el caso.

Sólo quienes concurrieron con su voluntad a la suscripción de un instrumento colectivo (las partes legalmente facultadas para modificarlo, ya sea actuando personalmente o a través de un mandatario habilitado para tal efecto).

⁷³ DICTAMEN N. 3012/056 DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DE 17 DE JULIO DE 2008.

Las modificaciones a un contrato colectivo no producen efectos respecto de todos los trabajadores que son parte del mismo sino que, única y exclusivamente respecto de aquellos que manifestaron su voluntad para modificar el respectivo instrumento colectivo, resultando así inoponibles para los dependientes que no concurrieron con su voluntad a la aludida modificación.

De manera que con la modificación, quedaron obligados a efectuar el aporte previsto en el artículo 346 del Código del Trabajo a favor de la aludida organización sindical, aquellos que manifestaron su voluntad para modificar el respectivo instrumento colectivo, siempre que su otorgamiento implique para ellos un incremento real y efectivo de sus remuneraciones y condiciones de trabajo.

3.3.1. Tipos de remuneración.

La remuneración se paga por causa del contrato de trabajo. Es importante hacer alusión a lo contenido en el Dictamen 1588/027 de la Dirección del Trabajo, de fecha 27 de abril de 2009, que establece:

“ La ley N° 20.281 tuvo por objeto "delimitar y diferenciar en el concepto de remuneración, aquellos componentes fijos de los variables, entendiéndose que estos últimos dicen relación inequívoca con la productividad del trabajador, en tanto que aquellos, compensan el tiempo o jornada de trabajo en que el trabajador se pone a disposición del empleador para los servicios que se pacten en el contrato de trabajo".

Se señala que según lo manifestado por el Ejecutivo, "los elementos de la prestación de servicios, desde la perspectiva de las remuneraciones son dos: el cumplimiento de la jornada y la productividad del trabajador", agregando que "el sueldo o estipendio fijo que percibe el trabajador, corresponde al tiempo de prestación de sus servicios en la empresa, es decir, a la remuneración que tiene como correspondencia la prestación de los servicios en una jornada ordinaria pactada, dejando a otros elementos la compensación por la productividad del trabajador, dicho preliminarmente, si el sobresueldo es la compensación por una mayor jornada que la ordinaria -jornada extraordinaria-, forzoso es concluir que el sueldo es la contraprestación de los servicios prestados dentro de la jornada ordinaria de trabajo. Expresado de otra forma, enfatiza el Ejecutivo, el sobresueldo hace sentido a la jornada extraordinaria, tanto como el sueldo hace sentido a la jornada ordinaria."

En el mismo orden de ideas se expresa que el cambio legal propuesto apunta a determinar que el sueldo base que percibe el trabajador por sus servicios no puede ser inferior al mínimo legal, "sin perjuicio de que el resto de la remuneración se componga de elementos variables, que, en forma de incentivo recompensen una mayor productividad o mayores ventas o bien, un mejor aporte del trabajador al crecimiento de las utilidades de la empresa"

El ajuste de remuneraciones a que se encuentran obligados a efectuar los empleadores respecto de aquellos trabajadores que a la entrada en vigencia de la ley N° 20.281 estaban afectos a un sistema remuneracional integrado por un sueldo inferior al monto asignado al ingreso mínimo y remuneraciones variables, como también, respecto de los que a aquella fecha hubieren estado afectos exclusivamente a remuneraciones variables, presenta las siguientes características.

a) Corresponde efectuarlo al empleador en forma unilateral, esto es, sin que sea necesario para ello el acuerdo de los respectivos trabajadores.

b) Debe efectuarse en el plazo fatal de seis meses contado desde el día 21 de julio de 2008, fecha de entrada en vigencia de la ley N° 20.281.

c) Debe reflejarse expresamente en la liquidación de remuneraciones.

d) La diferencia del monto entre el sueldo base convenido y el valor asignado al ingreso mínimo mensual, sólo puede efectuarse con cargo a las remuneraciones variables.

e) El referido ajuste no puede importar una disminución de las remuneraciones, lo que se traduce en que una vez efectuada dicha operación, el trabajador no puede percibir una remuneración inferior a la que le habría correspondido en las mismas condiciones, con anterioridad al ajuste.”⁷⁴

3.3.1.1. Sueldo.

El sueldo siempre se paga en dinero, las demás se pueden pagar con especies valuables en dinero. Es el estipendio o suma fija pagada en dinero por períodos iguales, que tiene como causa la prestación de servicios.

Referente a la noción de salario en términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo:

“ El término ‘salario’ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.⁷⁵

⁷⁴ DICTAMEN 1588/027 DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DE 27 DE ABRIL DE 2009.

⁷⁵ Véase Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo. Online.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada por la O.I.T., se encuentran referidas a la necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad y al reflejo de una concepción *garantista* de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado de derecho.

Respecto del sueldo base, resulta importante destacar lo que establece Dictamen N° 1588/027, teniendo como fuentes el Código del Trabajo, art. 42, letra a); Ley N° 20.281, artículo transitorio, en concordancia con Dictámenes N°s 3152 /63, de 25.08.08 y N°110/001, de 08. 01,09, adiado el 27 de abril de 2009:

Por su parte, el artículo único de la ley N° 20.281 modifica el literal a) del artículo 42 del Código del Trabajo; así:

"a) sueldo, o sueldo base, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10.

El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo el artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectuare descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador.

Asimismo, se presumirá que el trabajador está a afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador."

Los incisos 1° y 3° del Art. 44 del Código del Trabajo, en su nuevo texto fijado por el artículo único, N° 2, de la ley N° 20.281, apuntan:

"La remuneración podrá fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes o bien por pieza, medida u obra, sin perjuicio de lo señalado en la letra a) del artículo 42."

El monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se convinieren jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo veinte, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo."

El artículo transitorio de la ley N° 20.281, previene:

"Los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren pactado sueldos base inferiores a un ingreso mínimo mensual en los contratos de trabajo, sean éstos individuales o producto de negociaciones colectivas, deberán, dentro de seis meses desde la entrada en vigencia de la presente ley, ajustar la diferencia entre el sueldo base convenido y el ingreso mínimo con cargo a los emolumentos variables, lo que deberá reflejarse en las respectivas liquidaciones de remuneraciones".

"Este ajuste no podrá significar una disminución de las remuneraciones. Para estos efectos, se entenderá que hay una disminución de la remuneración cuando, una vez efectuado el ajuste, el trabajador percibiere una menor remuneración que la que habría percibido en las mismas condiciones, antes del ajuste".

Según lo ha precisado la jurisprudencia administrativa:

"La aludida disposición legal permite afirmar que el legislador ha establecido un plazo de seis meses contado desde la fecha de entrada en vigencia de la ley, para que los empleadores que a esta última fecha hubieren pactado, ya sea individual o colectivamente, sueldos base de monto inferior a un ingreso mínimo mensual, procedan a ajustar la diferencia existente entre el sueldo convenido y el ingreso mínimo, con cargo a las remuneraciones variables que perciba el trabajador, debiendo proceder a consignar dicho ajuste en las respectivas liquidaciones de remuneraciones."⁷⁶

Establece el dictamen sobre sueldo o sueldo base:

Que el legislador ha establecido un nuevo concepto de sueldo, asimilándolo al sueldo base, precisando que tal estipendio es de carácter obligatorio y no podrá ser inferior al valor fijado para un ingreso mínimo mensual, cuando se ha convenido la jornada ordinaria máxima legal prevista en el inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo, vale decir, 45 horas semanales.

⁷⁶ DICTAMEN N° 3152 /63, DEL 25 DE JULIO DE 2008.

Tratándose de jornadas parciales de trabajo, el sueldo pactado no podrá ser inferior al ingreso mínimo vigente, proporcionalmente calculado en relación a dicha jornada ordinaria máxima.

De la ley N° 20.281 tuvo por objeto "delimitar y diferenciar en el concepto de remuneración, aquellos componentes fijos de los variables, entendiéndose que estos últimos dicen relación inequívoca con la productividad del trabajador, en tanto que aquellos, compensan el tiempo o jornada de trabajo en que el trabajador se pone a disposición del empleador para los servicios que se pacten en el contrato de trabajo".

El nuevo concepto de sueldo base establecido por el legislador constituye un piso remuneracional para el trabajador por el cumplimiento de una jornada ordinaria de trabajo, sea ésta la máxima legal o una inferior, estipendio éste que, como ya se ha expresado, no puede ser inferior al monto de un ingreso mínimo mensual o a la proporción de éste, tratándose de jornadas parciales de trabajo.⁷⁷

Teniendo presente todo lo expuesto en orden a que el nuevo sueldo base constituye un piso remuneracional para el trabajador y que su monto debe ser equivalente a un ingreso mínimo mensual, forzoso resulta concluir que dicho sueldo base deberá ajustarse necesariamente al nuevo valor del ingreso mínimo mensual que anualmente fije la ley.⁷⁸

Conforme al Dictamen N°110/001, de 08.01.09, se establece:

Por expreso mandato del legislador el ajuste debe efectuarse con cargo a las remuneraciones variables del trabajador, una parte de éstas pasará a integrar el respectivo sueldo base del trabajador, debiendo consignarse el monto correspondiente como "ajuste del sueldo base" en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.

Lo anterior es una alteración de la naturaleza jurídica de aquella parte de las remuneraciones variables que se destina a completar un sueldo base equivalente al ingreso mínimo, la que, por lo tanto, deja de tener tal carácter, pasando a revestir el carácter de sueldo para todos los efectos legales y contractuales.

El ajuste de remuneraciones que establece el artículo transitorio de la ley N° 20.281, produce el efecto de asignar la calidad de sueldo base a aquella parte de las remuneraciones variables del trabajador necesaria para cubrir la diferencia entre el sueldo base convenido y el ingreso mínimo mensual, valor que, adquiere la calidad jurídica de sueldo conforme al concepto que sobre dicha remuneración establece el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo.⁷⁹

⁷⁷ DICTAMEN N° 3152/63, DEL 25 DE JULIO DE 2008.

⁷⁸ DICTAMEN 1588/027, del 27 DE ABRIL DE 2009.

⁷⁹ DICTAMEN N°110/001, DE 08 DE ENERO DE 2009

3.3.1.2. Sobresueldo

Este concepto se refiere a la remuneración de las horas extras. Las horas extras siempre se pagan con un recargo del sueldo convenido, pagándose sólo sobre el sueldo base convenido en el contrato de trabajo, ya que el trabajador puede tener sueldo y además participación, comisión, etc. Además, deberán liquidarse con la remuneración ordinaria.

3.3.1.3. Comisión

La comisión es un porcentaje sobre el precio de venta o compra, o sobre el monto de otras operaciones que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador.

3.3.1.4. Participación

La participación constituye una forma de remunerar sobre las utilidades.

3.3.1.5. Gratificación

Esta idea implica una forma de remuneración. Todas aquellas empresas que persigan fines de lucro y las cooperativas obligadas a llevar contabilidad y que obtengan excedentes en sus giros, tienen la obligación de gratificar anualmente a sus trabajadores en proporción no inferior al 30% de las utilidades líquidas, salvo que acuerden una superior.

Los empleadores, sobre la base del balance presentado al Servicio de Impuestos Internos, deberán anticipar las gratificaciones al personal.

Se considerará utilidad líquida, la que resulte de la liquidación del Servicio de Impuestos Internos para determinar el impuesto a la renta, deducido el 10% por interés del capital propio del empleador.

Queda eximido de pagar dicha gratificación el empleador que abone o pague a sus trabajadores el 25% de lo devengado en los respectivos ejercicios, no excediendo esta gratificación de 4,75 de ingresos mínimos mensuales.

Los trabajadores que no alcancen a completar un año de servicio tendrán derecho a una gratificación proporcional, así como los contratados por jornada parcial.

Al respecto, los Dictámenes del último quinquenio respecto de los descuentos de la remuneración de los trabajadores el anticipo de las gratificaciones, son, entre otros y tomando como fuentes el código del trabajo Art. 58 y Art. 1445 del Código civil, Dictamen N. 3279 del 92, de fecha 12/08/2003.⁸⁰ Refiere el Dictamen que sin el consentimiento expreso y voluntario de los trabajadores, no puede la empresa descontar de la remuneración de sus trabajadores que se encuentren bajo contrato colectivo, anticipo alguno de gratificaciones estipuladas en los instrumentos colectivos.

Ahora bien, mediante Dictamen N° 2793/048, los empleadores del sector particular subvencionado, conforme al D.F.L. N°2, de 1998, estuvieron obligados a pagar a su personal docente el bono extraordinario en el mes de diciembre de 2007, de haber existido excedentes de las Leyes N°s 19.410 y 19.933, manteniéndose dicha obligación por expresa disposición legal hasta diciembre de 2010, pronunciamiento que efectuó teniendo como fuentes la Ley N° 19.933, artículo 9°; Código Civil, artículo 1545 y Código del Trabajo, artículo 5°:

... "Tratándose de los docentes del sector particular subvencionado conforme al D.F.L. N°2, de 1998, el monto a pagar en el mes de diciembre de cada año por concepto de bono extraordinario, no imponible ni tributable, se determina conforme al siguiente procedimiento:

a) Se debe sumar el total de los recursos recibidos de enero a diciembre del respectivo año por la subvención de la Ley N°19.410 y N°19.933;

b) A la cantidad resultante se le debe restar el total de lo pagado de enero a diciembre del año correspondiente, por Bonificación Proporcional, Planilla Complementaria y lo pagado por concepto de incremento del valor hora de enero a febrero de 2001, de enero

⁸⁰ DICTAMEN N° 1717/77 en SANTIAGO, 27.04.2004. Texto completo online revisado el 21 de mayo de 2010.

a febrero de 2004, de enero a febrero de 2005 y, de enero a febrero de 2006, según corresponda.

c) De existir diferencias, el monto obtenido se debe dividir por el total de horas semanales contratadas al mes de diciembre con el personal docente, lo que arroja el valor hora a pagar en el establecimiento educacional por tal concepto.

d) Dicho monto se debe multiplicar por el número de horas contratadas semanalmente con cada docente que, a diciembre del año respectivo, tiene relación laboral vigente con el empleador.

Se deduce asimismo que, el referido bono extraordinario se debe continuar pagando, por el período comprendido entre los años 2007 y 2010. Lo anterior, no obstante haber concluido el procedimiento de desglose del 80% y 20% de las Leyes N°19.410 y N°19.933.

De este modo, dando respuesta a la consulta formulada, cumpla en informar a Ud. que los sostenedores por los cuales se consulta debieron pagar a su personal docente el bono extraordinario en el mes de diciembre de 2007, de haber existido excedentes de las Leyes N°19.410 y 19.933, manteniéndose dicha obligación por expresa disposición legal hasta diciembre de 2010.⁸¹

Y aduce que mediante dictamen N°3585/172, de 21 de septiembre de 2001, “no existe inconveniente legal alguno para que los empleadores del sector particular subvencionado anticipen mensualmente al personal docente el Bono Extraordinario.”(Dictamen N°3585/172, de 21. 9. 2001). De modo que de existir acuerdo expreso o tácito de las partes en el sentido de que el bono extraordinario se anticipará mes a mes, se concluye que la modificación de este sistema de pago debe ser efectuada necesariamente con acuerdo de las partes o consentimiento del docente, salvo que por acuerdo de las partes modifique dicho sistema de pago.

4. ALGUNOS CASOS DEL IUS VARIANDI EN CHILE

4.1. NATURALEZA DEL SERVICIO Y HORARIO LABORAL

Conforme a ello, advierte el Art. 12 del Código del Trabajo que “El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse... y la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o

⁸¹ DICTAMEN N. 2793/048, DEL 30 DE JUNIO DE 2008.

postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.”

En este sentido:

“...debe aceptar el cambio de horario, siempre que tal facultad no se ejerza por el empleador arbitrariamente o cuando el cambio sea antijurídico, por las condiciones especiales del vínculo contractual; en tal caso podría significar una alteración. Está obligado además a aceptar el traslado dispuesto por la empresa, siempre que el mismo no constituya un quebrantamiento de las condiciones económicas del contrato de trabajo, un perjuicio moral o económico; porque el empleador tiene derecho a trasladar a sus trabajadores cuando las necesidades de su actividad lo exijan.”⁸² (En Dictamen N° 252-95 del 11 de Diciembre de 1995).

Al respecto, la jurisprudencia del último quinquenio ha manifestado el alcance del concepto “modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, y hace una delimitación respecto de una modificación horaria no excesiva.

Determinar si nos hallamos ante una modificación de las condiciones de trabajo no es sencillo, dado que se trata de un concepto jurídico indeterminado; sin embargo, deben tomarse en cuenta los siguientes parámetros

“Una modificación será sustancial cuando altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, de tal manera que las condiciones de trabajo modificadas respecto de las que se contrataron pasen a ser diferentes de manera notoria.

Un cambio simple y accidental no es una modificación sustancial, y forma parte del ius variandi empresarial. Por ello, se deberá valorar la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, puesto que de estos elementos se podrá deducir la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador.

La modificación impuesta por el empresario consistente en entrar media hora más tarde al trabajo y salir también media hora más tarde, sin afectar a los horarios de los transportes públicos y únicamente durante los meses de verano, no puede calificarse de sustancial, puesto que no transforma el contrato laboral.⁸³

⁸² CABANELLAS, Guillermo “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1989, Tomo V, Pág. 63

⁸³ CORTE SUPREMA. Sentencia del 10 de octubre de 2005, recurso 183/2004 *Cambio de horario: modificación sustancial de las condiciones de trabajo o “ius variandi”*

Por otra parte, teniendo en cuenta la facultad del *ius variandi* frente al cambio de recinto donde debía inicialmente prestar sus servicios, la Corte manifestó:

*... “Que el artículo 12 del Código del Trabajo, regulador de la institución llamada en doctrina *ius variandi*, prescribe: El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de 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...*

El trabajador afectado podrá reclamar en el plazo de treinta días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho a que se refiere el inciso primero ..., ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes.

Que, conforme al art. 171 Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 ó 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contados desde la terminación, para que éste ordene el pago ...

*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 habidas entre las partes.

*Que frente a un uso del *ius variandi* estimado como abusivo, el citado artículo 12 del Código del ramo, otorga al trabajador el derecho a reclamar, en sede administrativa, en el plazo de treinta días hábiles ante el inspector del trabajo, opción que el afectado puede o no utilizar, pues constituye una facultad, ya que la norma no lo exige perentoriamente, ni puede ello desprenderse de su contexto.*

Que, sin perjuicio del reclamo que le asiste al trabajador en virtud de la norma contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo, además, cuenta con la vía denominada en jurisprudencia y doctrina como despido indirecto o autodespido. Ella consiste en la facultad, de poner término a la relación laboral, por estimar que su empleador ha incumplido gravemente las obligaciones que le impone el contrato, circunstancia en la que puede entenderse comprendida la alteración del sitio o recinto donde deben prestarse los servicios o la naturaleza de estos últimos. Es decir, el trabajador cuenta con dos vías alternativas y lícitas, reclamar administrativamente o autodespedirse.

Que, en la especie, el trabajador no utilizó ninguna de las potestades legales referidas, sino que optó por una autotutela, esto es, por mantenerse en funciones en el lugar en que primitivamente las prestaba sin ejercer los derechos que la ley le confería y desconociendo, además, la facultad del empleador de dirigir y organizar su empresa en términos de optimizar la gestión y aumentar su eficacia.

Ante tal actitud de autotutela y de indisciplina laboral, proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, ciertamente la reacción del demandado de poner término al contrato de trabajo, invocando las causales establecidas al efecto ha resultado debida, procedente y ajustada a derecho.

Que una decisión contraria, es decir, aceptar la autotutela adoptada por el trabajador, ha conducido a acoger una acción de reclamo por despido improcedente y a condenar a la demandada al pago de indemnizaciones también sin sustento legal.⁸⁴

Otro tanto se deduce, y en sentido contrario, adverso al empleador, del fallo de fecha 5 de abril de 2006, pronunciado por la Décima Sala de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, autos rol N° 3.705-2.005.

Como antecedentes se tienen:

Que el empleador puso término al contrato de trabajo, invocando el abandono injustificado de sus labores; Que el despido del actor se enmarca en una situación de conflicto previo, generado a raíz de la denuncia hecha por el trabajador, un par de meses antes, ante la Inspección del Trabajo, por una rebaja unilateral de remuneraciones del personal, cuestión por la cual el demandado fue multado. Inmediatamente después, se le hizo tomar al actor todas sus vacaciones acumuladas, 42 días, sin mayores explicaciones, y un día antes de volver a su trabajo, se le comunicó, escuetamente, por fax, su traslado desde las oficinas ubicadas en el centro, donde el actor había trabajado durante 12 años, a las de Pudahuel.

Por manera que en ese contexto, resulta legítimo y atendible que el trabajador haya querido apersonarse, de vuelta de sus vacaciones, en las oficinas centrales, para inquirir las razones y condiciones del cambio.

La salida del actor en el contexto señalado no puede considerarse intempestiva surge a raíz de una discusión acerca de la procedencia del cambio en las condiciones de trabajo ni injustificada, ya que él anuncia que irá a consultar a la autoridad administrativa sobre sus derechos. Se ausenta, por otra parte, por un espacio indeterminado de tiempo, que no se logra precisar en autos, pero que por el relato de los testigos, la hora de ingreso al trabajo en la mañana, las entrevistas que sostuvo y la hora en que se le habría entregado la carta de despido, la ausencia no debiera haber

⁸⁴ CORTE SUPREMA. CUARTA SALA. Santiago, 23 DE AGOSTO DE 2005, autos rol N° 279-03.

sido superior a dos horas. Cuando regresa, sin embargo, se le presenta de inmediato la carta de despido por abandono del trabajo. Para que para que un trabajador se ausente del trabajo debe ser autorizado cuestión sobre la cual la prueba rendida no resulta suficiente los hechos descritos permiten entender que la salida del actor obedeció a una situación de conflicto de la cual el empleador, actuando de buena fe, no podía aprovecharse.

Pretender, por otra parte, trasladar el análisis de la calificación del despido, al terreno de la legitimidad en el uso del ius variandi, como hace el demandado, no corresponde. Lo que se discute en autos, es si la causal de abandono del trabajo, invocada por el demandado, resulta justificada, que a de conducir a acoger la demanda, en lo que dice relación con la indemnización sustitutiva y por años de servicio.⁸⁵

En mención a lo anterior, citamos el Dictamen N° 4545/081, teniendo como fuentes la Ley 19.378, artículo 4°, inc. 2°; Ley 19.296, artículo 25, inc. 1° y 2°. En relación con el traslado de localidad o cambio de funciones de una funcionaria dirigente de la asociación de funcionarios de salud primaria que fuera notificada de sus nuevas funciones sin su consentimiento por su empleador, una Corporación Municipal, la jurisprudencia administrativa afirmó que:

“El artículo 4° inc. 2° de la ley 19.378, dispone:

El personal al cual se aplica este Estatuto no estará afecto a las normas sobre negociación colectiva y, sobre la base de su naturaleza jurídica de funcionarios públicos, podrá asociarse de acuerdo con las normas que rigen al sector público”.

Que, por su parte, el Art. 25, inc. 1° y 2° de la ley 19.296, establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado, así:

“Los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República. Del mismo modo, el fuero no subsistirá en el caso de disolución de la asociación, cuando esta derivare de la aplicación de las letra c) y e) del artículo 61, o

⁸⁵ DÉCIMA SALA DE ESTA I. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, N° 3.705-2.005. 5 DE ABRIL DE 2006.

de las causales previstas en los estatutos, siempre que, en este último caso, las causales importaren culpa o dolo de los directores de las asociaciones.

“Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, los dirigentes no podrá ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin autorización por escrito”.

Corolario de lo anterior, establece el Dictamen que los funcionarios regidos por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, podrán constituir asociaciones de funcionarios de acuerdo con las normas establecidas por la ley 19.296 y, que por expresa disposición del legislador, los funcionarios que hayan sido elegidos directores de alguna de esas asociaciones de funcionarios, no podrán ser trasladados de localidad o de funciones sin su autorización por escrito, conforme a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República (Dictamen N°355 de 06.01.2000).

La trabajadora fue elegida dirigente de la asociación de funcionarios de salud primaria el 25.10.2007 con la segunda mayoría, asumiendo a partir de ese momento como Tesorera de esa organización gremial. Sin embargo, aduce en sus argumentaciones la corporación demandada que:

...”La funcionaria fue contratada por la corporación “para ejecutar labores de AUXILIAR DE SERVICIOS y todas aquellas demás actividades que emanen precisamente de la naturaleza de su empleo, directa o indirectamente relacionadas con lo que disponga la Ley y su reglamento, el reglamento interno de los establecimientos de salud y el reglamento interno de la Corporación de Desarrollo Social de la comuna. Y la descripción del cargo, según se indica en el Procedimiento de contratación de Personal N°CDS-6.2.p1, de la Corporación de desarrollo Social, establece que tiene por función “efectuar aseo de la planta física y dependencias del Centro de Salud”, estableciendo, además, que sus principales responsabilidades son el aseo de la planta física y exterior del Centro: vigilancia, resguardo de los muebles e inmuebles de los espacios comunes; mantener la climatización de todos los recintos del Centro; distribuir y recoger material clínico en horario establecido e informar al mayordomo de las necesidades de reparación del Centro”.

Conforme a dichos planteamientos, expuso el Dictamen:

Que los trabajadores que fueren elegidos directores de una asociación de funcionario, no pueden ser trasladados de localidad ni cambiar la función que desempeñaren, sin autorización escrita del trabajador.

Que, mientras se encuentre vigente esa condición sindical, los dirigentes de una asociación de funcionarios tienen derecho para seguir cumpliendo las mismas funciones que servían al momento de ser elegidos por la asamblea, si se tiene en cuenta que la expresión función utilizada por el legislador comprende las labores o tareas que el trabajador desempeñaba cuando ocurrió su elección.

Que como lo informa la misma corporación, al momento de ser elegida, efectuaba traslado de documentos, luego no es procedente el variar tales funciones, mientras persista la calidad sindical.⁸⁶

4.2. JORNADA ORDINARIA

Como tercer caso de ius variandi, encontramos las disposiciones de los Art. 23 y 24 del C. del T., en los siguientes términos:

Artículo 23 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 20.167, publicada en el Diario Oficial el 14 de febrero de 2007, en sus incisos tercero, cuarto, quinto y sexto, prescribe:

“Cuando la navegación se prolongare por doce días o menos, toda la dotación tendrá derecho a un descanso en tierra de ocho horas como mínimo previo al zarpe, prevaleciendo los acuerdos de las partes siempre y cuando éstos sean superiores a ese mínimo. Este descanso deberá otorgarse en forma continua a cada miembro de la dotación, en cada recalada programada de la nave de pesca.

En el caso de las navegaciones por períodos de más de doce días, así como en las campañas de pesca de la zona sur austral, en las que la dotación ocupa las dependencias de la nave de pesca habilitadas para ello como su hogar, el descanso previo al zarpe podrá ser otorgado efectivamente en tierra o en dichas instalaciones, a elección del trabajador.

Sólo con acuerdo celebrado entre el armador y las organizaciones sindicales representativas del personal embarcado, se podrá modificar el descanso a que se refieren los incisos anteriores. El acuerdo deberá reunir, copulativamente, los siguientes requisitos:

a) no podrá convenirse un descanso previo al zarpe inferior a cinco horas en puerto base;

⁸⁶ DICTAMEN N. 4545/081 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2008.

b) no podrá convenirse un descanso previo al zarpe inferior a tres horas en puertos secundarios. Este descanso podrá realizarse donde las partes convengan;

c) deberá tener una duración no menor a dos años ni superior a cuatro años;

d) deberá remitirse copia del acuerdo a la Inspección del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes a su celebración.

Para los efectos del cómputo del descanso previo al zarpe que se establece en este artículo, se entenderá que el zarpe se inicia con las labores de alistamiento que le preceden.’.

De donde se infiere que los trabajadores que se desempeñan a bordo de naves de pesca, tienen derecho, cuando la navegación se prolongare por 12 días o menos, a un descanso en tierra de 8 horas como mínimo, previo al zarpe, el cual debe ser otorgado en forma continua a cada miembro de la dotación y en cada recalada programada de la nave de pesca.

Cuando la navegación comprenda períodos superiores a 12 días y en campañas de pesca de la zona sur austral, el descanso puede ser otorgado en tierra o en las dependencias habilitadas de la nave, a elección del trabajador, entendiéndose la zona sur austral como el área que comprende desde el paralelo 41° 45’ Sur (aproximadamente ribera norte del Canal de Chacao Región de los Lagos) al paralelo 57° Sur.

En relación al descanso en tierra de 8 horas mínimo previo al zarpe, se distingue entre navegaciones de 12 días o menos y las superiores a dicho período y las campañas de pesca de la zona sur austral. En las primeras, el descanso debe otorgarse en tierra, mientras que en las segundas puede serlo en tierra o en las dependencias de la nave de pesca, habilitadas para ello como su hogar.

Respecto al descanso en tierra de 8 horas mínimo previo al zarpe, una modificación diversa podrá efectuarse sólo por acuerdo celebrado entre el armador y las organizaciones sindicales representativas del personal embarcado. Lo anterior, siempre que se tenga presente que en los puertos base no puede convenirse un descanso previo al zarpe inferior a cinco horas; en los puertos secundarios dicho descanso no puede ser inferior a tres horas, pudiendo realizarse donde las partes convengan y; el acuerdo no puede tener una duración inferior a dos

años ni superior a cuatro años, debiendo remitirse copia del acuerdo a la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su celebración.

Las ideas anteriormente expuestas las precisa el Dictamen del último quinquenio N° 1333/020, del 27 de abril de 2008, al manifestar:

“El artículo 23 del Código del Trabajo establece, como regla general, un descanso mínimo en tierra de 8 horas previo al zarpe desde un puerto base, mínimo legal que, de acuerdo a la letra a) del inciso 5° del precitado artículo, , puede ser modificado y reducido por acuerdo de las partes pero en ningún caso inferior a 5 horas en puerto base, lo que implica elevar dichos derechos mínimos a la categoría de irrenunciables.”⁸⁷

Siguiendo con otro de los casos de ius variandi que existen en nuestro Código del Trabajo, el Art. 24 de dicho cuerpo legal prescribe:

" El empleador podrá extender la jornada ordinaria de los dependientes de comercio hasta en dos horas diarias durante nueve días anteriores a navidad, distribuidos dentro de los últimos quince días previos a esta festividad. En este caso las horas que excedan el máximo señalado en el inciso primero del artículo 22, o la jornada convenida, si fuere menor se pagarán como extraordinarias.

“Cuando el empleador ejerciera la facultad prevista en el inciso anterior no procederá pactar horas extraordinarias.

“Con todo, los trabajadores a que se refiere el inciso primero, en ningún caso, trabajarán más allá de las 23 horas, durante los nueve días en los que se extienda la jornada ordinaria. Asimismo, bajo ninguna circunstancia, lo harán más allá de las 20 horas del día inmediatamente anterior a dicha festividad, como además el día inmediatamente anterior al 1 de enero de cada año.

“Las infracciones a lo dispuesto en este artículo serán sancionadas con multa a beneficio fiscal de 5 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción. Si el empleador tuviere contratado 50 o más trabajadores la multa aplicable ascenderá a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción. Y cuando tuviere contratados 200 o más trabajadores la multa será de 20 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción”.

⁸⁷ DICTAMEN 1333/020 DEL 27 DE ABRIL DE 2008

A su turno, por expresa correspondencia con el Artículo 22° C. del T. inciso 1°, se establece:

“La duración de la jornada de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales”.

De ello se desprende que la norma es aplicable a los dependientes del comercio, es decir, todos los que se desempeñan en establecimientos comerciales y cuyas labores se relacionen con el expendio o venta directa al público de las mercaderías o productos que en ellas se ofrecen (Dictamen N° 3773/084, de 14.09.07), no quedando, por ende, afectos a dicha normativa aquellos que laboran en clubes, restaurantes y establecimientos de entretenimiento, tal y como lo señala el Dictamen del último quinquenio ORD. N° 5000/107 del 6 de diciembre de 2007, teniendo como fuente el artículo 24 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 20.215.

Así, el dictamen fija el sentido y alcance del artículo 24 del Código del Trabajo, modificado por el Art. 1° de la ley 20.215, N°s 1 y 2, y al respecto expone:

“Que el empleador se encuentra facultado para extender, en forma unilateral, la jornada de los trabajadores del comercio hasta en dos horas diarias durante 9 días, distribuidos en los 15 días previos al 25 de diciembre de cada año.

Los dependientes del comercio no podrán laborar más allá de las 23 horas durante los días comprendidos desde el 10 y hasta el 23 de diciembre de cada año, ni después de las 20 horas los días 24 y 31 de diciembre, debiendo por tanto los respectivos empleadores, adoptar todas las medidas tendientes a disponer el cierre oportuno de sus establecimientos. Ello se traduce en que en dicho período, ningún trabajador del comercio podrá laborar más allá de dichos topes, ya sea por aplicación de la jornada ordinaria o extraordinaria que hubieren convenido, por efecto de la extensión horaria a que se refiere el artículo 24 o por la asignación de labores distintas a las que involucra el proceso de venta.

Las horas que comprenda la extensión de jornada se pagarán como extraordinarias, esto es, con el recargo que establece el inciso 3° del artículo 32 del Código del Trabajo, en la medida que con ellas se sobrepase el máximo establecido en el inciso 1° del artículo 22, vale decir, 45 horas semanales, o la jornada convenida por las partes, si ésta fuere inferior.

El ejercicio de la facultad conferida al empleador por el artículo 24 del Código del Trabajo, impide a éste pactar horas extraordinarias con los trabajadores a quienes hubiere extendido unilateralmente la jornada ordinaria, en los términos ya señalados.

Si el empleador no hiciera uso de la facultad de que se trata, podrá válidamente durante el señalado periodo convenir con sus dependientes una jornada extraordinaria de trabajo de hasta dos horas por día, dando cumplimiento a la totalidad de los requisitos que para tal efecto establece el artículo 32 del Código del Trabajo. Con todo, ello no podrá significar que durante el período comprendido entre los días 10 a 23 de diciembre los dependientes del comercio laboren más allá de las 23 horas o después de las 20 horas de los días 24 de diciembre y 31 de diciembre de cada año.”⁸⁸

Cabe añadir que la modificación otorga mayor latitud a la facultad del empleador de extender la jornada de los trabajadores del comercio en el período previo a navidad, en razón a que establece un período de 9 días, superior al señalado por la doctrina de la Dirección (7 días) y otorga mayor flexibilidad para su ejercicio, al permitir que se realice por un período máximo de 15 días anteriores a dicha festividad, es decir, los dos últimos fines de semana que preceden a navidad, los cuales son los que concentran la mayor actividad comercial.

La modificación debe efectuarse respecto de cada trabajador en forma individual, ya que se está alterando una estipulación contenida en el contrato de trabajo relativa a la duración de la respectiva jornada diaria. Ello, sin perjuicio que los empleadores y las respectivas organizaciones sindicales, en representación de sus afiliados, determinen, a través de un acuerdo, los días precisos en que se hará uso de la señalada facultad.

Por otra parte, la modificación del Art. 24 del Código del Trabajo, establece que el horario tope de las 23 horas debe regir durante la totalidad de los 15 días anteriores al 25 de diciembre de cada año, con la salvedad expresada respecto del día 24, no pudiendo el empleador durante todo ese período, pactar la prestación de servicios más allá de dicho máximo, aun cuando se trate de personal especialmente contratado al efecto.

Las horas que comprenda la extensión se pagarán como extraordinarias. Luego, la norma impide al empleador pactar horas extraordinarias con los trabajadores a quienes hubiere

⁸⁸ DICTAMEN ORD. N. 5000/107 DEL 6 de DICIEMBRE DE 2007.

extendido unilateralmente la jornada ordinaria, en los días en que ejerza dicha facultad; si no se hace uso de esta facultad, durante el señalado período, podrá válidamente convenir con sus dependientes una jornada extraordinaria de hasta dos horas por día, previa satisfacción de los requisitos que establece el artículo 32 del Código del Trabajo, sin que por ello el trabajo extraordinario pueda significar que durante dicho lapso los respectivos dependientes laboren más allá de las 23 horas, o después de las 20 horas del día 24 de diciembre y 31 de diciembre de cada año

En relación con la distribución de la jornada de trabajo de los profesionales de la educación dependientes de una Corporación Municipal, ésta no se encuentra facultada para modificar unilateralmente la distribución de la jornada de trabajo de dichos docentes. En este sentido, el Dictamen N° 1373/025, de fecha 1 de abril de 2008 establece que:

El artículo 29 de la Ley N°19.070, dispone que es cláusula esencial del contrato de trabajo de los docentes del sector municipal, cuyo es el caso en consulta, entre otras, la duración y distribución de la jornada de trabajo. Citando la parte pertinente a esta idea:

“Los profesionales de la educación, serán designados o contratados para el desempeño de sus funciones mediante la dictación de un decreto alcaldicio o un contrato de trabajo, según corresponda, documentos que contendrán, a lo menos, las siguientes especificaciones:

...

Jornada de trabajo;” ...

De otra parte, el N°5, del artículo 10 del Código del Trabajo, dispone:

... “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

5.- duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere un sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno”

Dicho artículo 5° del Código del Trabajo es aplicable supletoriamente al caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley N° 19.070, que establece en su inciso 3° :

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

Por su parte, el artículo 1.545 del Código Civil prescribe:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causal legales”

De manera que:

“La duración y distribución de la jornada de trabajo constituye una cláusula mínima del contrato de trabajo que, como tal, no puede ser modificada sino por consentimiento mutuo de las partes. que las cláusulas de todo contrato legalmente celebrado son jurídicamente obligatorias y no pueden ser modificadas sino por acuerdo de voluntad de los contratantes o por causas legales.

La distribución de la jornada de trabajo se pactara anualmente en anexos de contratos de trabajo, transcurrido el respectivo período anual, las partes se encontrarán obligadas a llegar a un acuerdo con respecto a la referida distribución por el período subsiguiente, no pudiendo ninguna de ellas exigir la que venía operando con anterioridad, no obstante haberse reiterado durante dos años consecutivos o más, ya que las cláusulas renovadas de los contratos no se transforman en indefinidas, como tampoco podría estimarse que opera una cláusula tácita al respecto, pues hay un acuerdo escrito de las partes sobre el particular.”⁸⁹.

En otro de sus pronunciamientos, mediante Dictamen ORD. N° 1449/027, en lo que hace relación a la jornada de trabajo, su duración y modificaciones respecto de trabajadores a tiempo parcial, teniendo como fuentes el C. del T., Arts. 11°, 22 ° inc.1°, 40° bis y 40° bis C, y en concordancia con el ORD. N°0339/027, de 30.01.2004 estableció:

⁸⁹ DICTAMEN 1373/025 DEL PRIMERO DE ABRIL DE 2008.

Por jornada a tiempo parcial debe entenderse aquella jornada de trabajo que se ha convenido por una duración no superior a los dos tercios de la jornada ordinaria de 45 horas, vale decir, no superior a las 30 horas semanales.

En los contratos con jornada parcial empleador y trabajador se encuentran facultados para convenir alternativas de distribución de jornada, caso en el cual el empleador puede, con una anticipación mínima de una semana, determinar entre una de las alternativas pactadas, la que regirá en la semana o período superior siguiente.

Asimismo, ésta sólo faculta a las partes de la relación laboral para convenir alternativas de distribución de la jornada pactada y no respecto a la duración de la misma; toda vez que ello afecta la certeza que debe tener el trabajador respecto al horario en que deberá estar a disposición de su empleador y prestar los servicios comprometidos, debiendo dicha empresa, por tanto, modificar en forma definitiva la duración de la jornada o pactar horas extraordinarias, si la situación lo amerita. De lo contrario, la referida duración de la jornada queda entregada a la decisión unilateral del empleador.”⁹⁰

El artículo 40 bis del Código del Trabajo, dispone:

“Se podrán pactar contratos de trabajo con jornada a tiempo parcial, considerándose afectos a la normativa del presente párrafo, aquellos en que se ha convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a que se refiere el artículo 22”.

El artículo 40 bis C del Código del Trabajo, dispone:

“Las partes podrán pactar alternativas de distribución de jornada. En este caso, el empleador, con una antelación mínima de una semana, estará facultado para determinar entre una de las alternativas pactadas, la que regirá en la semana o período superior siguiente”.

Por su parte, el inciso 1º del citado artículo 22, establece:

“La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales”.

⁹⁰ DICTAMEN ORD.:Nº 1449/027 DEL 9 DE ABRIL DE 2008

Como antecedente, se tiene el Ordinario N°0339/027, de 30.01.2004, señalando:

“Teniendo presente que los contratos de trabajo con jornada parcial se rigen, como ya se expresara, por las reglas generales contenidas en el Código del Trabajo, tanto la duración como las eventuales alternativas de distribución de la jornada, constituyen una cláusula mínima del contrato, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 N°5 del citado Código y, por tanto, deben constar expresamente en el contrato de trabajo o en un anexo que forme parte integrante del mismo, de forma tal que el trabajador conozca de un modo cierto cuales son las alternativas entre las que podrá ejercer su facultad el empleador y los límites de la misma.”

“En lo que dice relación con el número de alternativas que podrían pactarse por los contratantes, cabe considerar que en esta materia el legislador no ha establecido límite alguno al respecto. Sin embargo y no obstante que la finalidad de la norma es flexibilizar la distribución de las jornadas parciales, en opinión de la suscrita, el establecimiento de un gran número de alternativas afectaría el mínimo grado de certeza que debe tener el trabajador en cuanto a los días de la semana en que le corresponderá laborar y los respectivos horarios.

“De esta suerte, el número de alternativas de distribución de la jornada parcial que las partes podrían convenir quedará limitado por el cumplimiento por parte del empleador de su obligación de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva.

“Finalmente, cabe consignar que la disposición legal en estudio, faculta al empleador, una vez pactadas las alternativas de distribución de jornada, para que, con una anticipación mínima de una semana, determine la alternativa que regirá en la semana o período superior siguiente.

“En opinión de esta Dirección, la facultad del empleador de optar por una de las alternativas de distribución en los términos indicados, conlleva la obligación de comunicar al trabajador, con la misma antelación, la alternativa elegida, con el objeto de que el trabajador tenga conocimiento anticipadamente de cual será la distribución de su jornada en la semana o período superior siguiente, dando así, en esta materia la debida certeza a la relación laboral”.(Dictamen N. N°0339/027, de 30.01.2004).

Otro tanto se deduce del Dictamen N° 0549/012, sobre jornada de trabajo y duración, respecto de las jornadas parciales y las alternativas de distribución, resolución de 03 de febrero de 2009, que establece:

“No existe inconveniente jurídico para que un empleador pacte con distintos trabajadores, diferentes jornadas de trabajo, con algunos 20 horas a la semana, con otros 25, o 32 o 40 horas, dependiendo de la disponibilidad de tiempo de cada dependiente, en la medida que se tenga en consideración lo señalado en el cuerpo del presente informe, en cuanto a la normativa laboral aplicable según se trate de jornadas

parciales o no y en la forma y condiciones establecidas en el artículo 40 bis C del Código del Trabajo.

En aquellos contratos con jornadas parciales superiores a 30 horas semanales, también puede pactarse una distribución menor a cinco días a la semana, en la medida que no se excedan las 10 horas diarias ordinarias, pero no rige a su respecto la posibilidad de pactar las alternativas señaladas en el párrafo que antecede.

No existiría inconveniente jurídico alguno para que empleador y sus trabajadores pacte una jornada para unos y otra diferente para otros, debiendo tener en consideración la normativa laboral aplicable según se trate de jornadas parciales inferiores o iguales a 30 horas semanales o no⁹¹.

4.3. CAMBIOS EN LA JORNADA ORDINARIA POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

En cuarto lugar, observamos el ius variandi como facultad del empleador en el Art. 29° C. del T.:

"Podrá excederse la jornada ordinaria, pero 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. Las horas trabajadas en exceso se pagarán como extraordinarias."

Esta norma expone de manera taxativa que el ejercicio de la facultad del empleador está condicionado a las siguientes circunstancias:

- (1) para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena;
- (2) cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito;
- (3) cuando deban impedirse accidentes; y

⁹¹ DICTAMEN N° 0549/012 DEL 3 DE FEBRERO DE 2009.

(4) para efectuar arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

Las horas trabajadas en exceso se pagarán como extraordinarias. Este constituye un caso especial, pues estas horas no tienen límites; en tanto sea una situación excepcional, son todas las necesarias para enfrentar los casos señalados. No cumplir es causa de despido, porque se entiende que el trabajador no está prestando la debida colaboración a su fuente de trabajo, llegándose incluso a poder cambiar su actividad para la cual fue contratado.

Al respecto, un Dictamen del último quinquenio establece que:

Si las partes deciden modificar la duración de la jornada de trabajo, la ley hace alusión de 2 mecanismos; si se requiere aumentar dicha duración por una necesidad temporal, se regula la institución de la jornada extraordinaria. Si lo que se necesita es aumentar o disminuir la jornada en forma más o menos permanente, aquello queda regulado en el artículo 11 del Código del Trabajo, que dentro del Título I del Libro I, referido al contrato individual, establece las normas para modificar el contrato de trabajo.⁹²

Ello, por cuanto el artículo 11, dispone:

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

Otro tanto acontece en relación con la interpretación de caso fortuito o fuerza mayor. Mediante Dictamen del 18 de Marzo de 2010, N° 1412/021, la Dirección del Trabajo resolvió:

Que, conforme lo dispuesto en el artículo 45 del Código Civil, se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Que, tal como se ha asumido en la doctrina vigente de este Servicio (contenida, entre otros, en el dictamen N°4.055/297, de 27.09.2000), de la disposición citada se colige que para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito es necesaria la concurrencia copulativa de los siguientes elementos:

- Que el hecho o suceso que se invoca como constitutivo del caso fortuito o fuerza

⁹² DICTAMEN ORD. N° 1449/027 DEL 9 DE ABRIL DE 2008

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. Significa que el empleador que invoque esta causal no puede haber contribuido al acaecimiento del mismo y/o a sus efectos lesivos.

- Que el referido hecho o suceso sea imprevisible, vale decir, que no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes. o, como lo ha sostenido la jurisprudencia de los Tribunales, se deba a "una contingencia no posible de advertir o vislumbrar"⁹³

- 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. Quiere decir, como también lo ha sostenido la jurisprudencia de los Tribunales, que, frente a la contingencia "no puede oponerse el agente, que no puede ser contrariada o rechazada por éste"⁹⁴, pero a un modo tal que "importa la nula posibilidad de mantener el puesto de trabajo de los dependientes y, por ende, de cumplir una de las principales obligaciones contractuales de la parte patronal, tornándose inviable la mantención del vínculo e inevitable el término del mismo."⁹⁵ Lo anterior implica que se debe tornar "inviable la mantención del vínculo e inevitable el término del mismo."⁹⁶ Por eso, se comparte el criterio jurisprudencial, según el cual "el examen de (la) imposibilidad de resistir las consecuencias de un siniestro, obliga a revisar aspectos concretos de la faena en cuestión, el proceso productivo que importa, las características de las dependencias en que éste se desarrolla y el papel o labor de los dependientes exonerados en ella."⁹⁷

De este modo, si existe la posibilidad de cumplir con la obligación, aunque sea con dificultades, no procede que opere como modo de extinguir las obligaciones, el caso fortuito o fuerza mayor, pues no aparecerá como completamente irresistible.

Sería el caso en que un empleador que hubiere sufrido la destrucción completa de sus instalaciones en una ciudad determinada, pero que tuviere otra u otras instalaciones a las cuales pudiere trasladar a quienes laboraban allí. Será, entonces, indiciaria del carácter resistible del terremoto y sus efectos directos, la viabilidad de la empresa para seguir funcionando. No será inocuo entonces que el empleador disponga de medios necesarios para continuar con la empresa, sea que deriven o no aquéllos, de los seguros que se tuvieren contratados para la contingencia sísmica.

Corolario, para el caso en que no pudiere cumplirse plenamente con las obligaciones por parte del empleador, pero si reemplazarse ellas por la indemnización que deriva de

⁹³ SENTENCIA DE LA E. CORTE SUPREMA. N. 1412/021 DEL 19-Mar-2010.

⁹⁴ SENTENCIA DE LA E. CORTE SUPREMA DEL 24.03.2009, rol 264-09.

⁹⁵ SENTENCIA DE LA E. CORTE SUPREMA del 01.10.2008, rol 4327-2008. En igual sentido, SENTENCIA DEL MISMO TRIBUNAL DEL 18.12.2008, rol 6331-2008.

⁹⁶ SENTENCIA DE LA E. CORTE SUPREMA DEL 18.12.2008, rol 6331-2008.

⁹⁷ SENTENCIA DE LA E. CORTE SUPREMA DEL 01.10.2008, rol 4327-2008.

la aplicación de la causal necesidades de la empresa, se ajusta a derecho la invocación de esta última y no el caso fortuito o fuerza mayor.

"(...) Que, en efecto, el empleador pudo recurrir a la suspensión de la relación laboral durante el tiempo en que el establecimiento comercial no funcionó y reintegrar a sus dependientes una vez superadas las consecuencias dañosas del siniestro, sin embargo, optó directamente por el despido, sin el necesario examen de la existencia o inexistencia de la irresistibilidad que necesariamente debe presentarse a propósito de la causal invocada para el despido, máxime si se trata de trabajadores que sufrirán la pérdida de su fuente de ingresos inesperadamente sin resarcimiento alguno. A ello cabe agregar que también pudo considerarse la posibilidad de reubicar a los actores en otro establecimiento de similar naturaleza."⁹⁸

4.4. ALTERNATIVA DISCRECIONAL EN LA ELECCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA

El quinto caso de *ius variandi* lo encontramos en el Art. 40° bis c) del Código del Trabajo:

"Las partes podrán pactar alternativas de distribución de jornada. En este caso, el empleador, con una antelación mínima de una semana, estará facultado para determinar entre una de las alternativas pactadas, la que regirá en la semana o período superior siguiente".

No es trabajo por turnos, ya que los trabajos por turnos se establecen en el Reglamento Interno. Las partes podrán pactar, es decir mediante acuerdo de voluntad, alternativas de distribución de jornada, la que tendrá efecto una vez que el empleador establezca cuál de las alternativas pactadas entrará en vigor, debiendo dar aviso anticipado al efecto, una semana antes de aquella en la que comenzará a regir la nueva modalidad.

Se puede pactar en el contrato de trabajo, o en un contrato posterior que se anexe al contrato de trabajo, que el empleador estará facultado para ejercer el *ius variandi* y determinar entre una de las alternativas pactadas, la que regirá en la semana o período superior siguiente.

⁹⁸ SENTENCIA DE LA E. CORTE SUPREMA DEL 31.07.2007, ROL 2055-06.

En relación con la anterior manifestación del ejercicio del ius variandi, al no existir un procedimiento de reclamo, se le debió poner un límite la facultad de flexibilizar la jornada; de lo contrario, se estaría en presencia de un contrato de adhesión.

En lo que dice relación con la distribución de la jornada de trabajo:

Se hace necesario también distinguir entre jornadas parciales regidas por el Párrafo 5º del Capítulo IV y aquellas superiores a las 30 horas semanales.

Respecto a las jornadas parciales, las partes se encuentran facultadas para distribuir las en menos de cinco días a la semana, e incluso convenir alternativas de distribución, conforme lo establece el artículo 40 bis C del Código del Trabajo; el empleador, con una antelación mínima de una semana, estará facultado para determinar entre una de las alternativas pactadas, la que regirá en la semana o período superior siguiente.

El número de alternativas de distribución de jornada que las partes podrían convenir, quedará limitado por el cumplimiento por parte del empleador de su obligación de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva.

La facultad que el artículo 40 bis C otorga al empleador para optar por una de las alternativas de distribución de jornada convenida, en los términos que dicha norma prevé, conlleva, a la vez, la obligación de comunicar al trabajador con la misma antelación de una semana, la alternativa elegida, con el objeto de que el trabajador tenga conocimiento anticipadamente de cuál será la distribución de su jornada en la semana o período superior siguiente.”

Respecto a las jornadas parciales superiores a 30 horas semanales, en la medida que la jornada ordinaria no exceda de 10 horas diarias, también pueden distribuirse en menos de cinco días a la semana, pero no rige a su respecto la posibilidad de pactar las alternativas.⁹⁹

4.5. CAMBIOS EN ASIGNACIÓN DE TAREAS POR CONDICIONES CLIMÁTICAS DE TRABAJADORES AGRÍCOLAS

El sexto caso de ius variandi puede observarse en el Art. 89º C. del T.:

"Los trabajadores agrícolas que por las condiciones climáticas no pudieren realizar su labor, tendrán derecho al total de la remuneración en dinero y en regalías, siempre que no hayan faltado injustificadamente al trabajo el día anterior.

⁹⁹ Dictamen N° 0549/012 DEL 3 DE FEBRERO DE 2009.

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. El reglamento determinará la aplicación y modalidades del presente artículo."

Esta norma hace referencia tanto a las remuneraciones como a la jornada de trabajo. El *ius variandi* no puede afectar las remuneraciones. Se alude en este caso que los trabajadores tendrán derecho al total de la remuneración en dinero y en regalías siempre que no hayan faltado injustificadamente al trabajo el día anterior.

4.6. CAMBIOS EN ASIGNACIÓN DE TAREAS POR FUERZA MAYOR A DOTACIÓN DE TRABAJADORES A BORDO DE UNA NAVE

El séptimo caso de *ius variandi* contemplado en nuestro Código del Trabajo, aparece en el Art. 101 del mismo cuerpo legal:

"Sólo en caso de fuerza mayor, calificada por el capitán de la nave y de la cual deberá dejar expresa constancia en el cuaderno de bitácora de ésta, la dotación estará obligada a efectuar otras labores, aparte de las indicadas en el artículo 100, sin sujeción a las condiciones establecidas en el artículo 12".

Al examinar el Artículo 96° Código del Trabajo se tiene:

"Se entiende por personal embarcado o gente de mar el que, mediando contrato de embarco ejerce profesiones, oficios u ocupaciones a bordo de naves o artefactos navales."

Por su parte, el Artículo 98° del Código del Trabajo afirma:

El contrato de embarco es el que celebran los hombres de mar con el naviero, sea que éste obre personalmente o representado por el capitán (el capitán de barco representa al empleador, opera la teoría de la representación. Todos los actos del capitán recaen en el empleador; las órdenes del capitán de navío tienen carácter de facultad de mando y dirección del empleador; en virtud del cual aquellos convienen en prestar a bordo de una o varias naves del naviero, servicios propios de la navegación marítima, y éste a recibirlos en la nave, alimentarlos y pagarles el sueldo o remuneración que se hubiere convenido.

Dicho contrato debe ser autorizado en la Capitanía de Puerto en el litoral y en los Consulados de Chile, cuando se celebre en el extranjero. Las partes se registrarán, además, por las disposiciones especiales que establezcan las leyes sobre navegación.

Las cláusulas del contrato de embarco se entenderán incorporadas al respectivo contrato de trabajo, aun cuando éste no conste por escrito.

Respecto al Artículo 101° del Código del Trabajo, encontramos:

“...sin sujeción a las condiciones establecidas en el artículo 12”.

De manera que cuando el texto, en su parte final, señala las condiciones establecidas en el Art. 12, sólo se refiere al inciso 1° y 2°.

Para que sea posible que el empleador ejerza legítimamente el ius variandi se requiere de fuerza mayor, calificada por el capitán de la nave y anotada en la bitácora del barco.

En torno al Art. 99° Código del Trabajo, que hace referencia a la “dotación”, se tiene:

“Los hombres de mar contratados para el servicio de una nave constituyen su dotación”.

Por último, el Art. 100° del Código del Trabajo establece que por “composición de la dotación” se tiene:

“La dotación de la nave se compone del capitán, oficiales y tripulantes.

Los oficiales, atendiendo su especialidad, se clasifican en personal de cubierta, personal de máquina y servicio general, y los tripulantes en personal de cubierta y personal de máquina.

Los oficiales y tripulantes desempeñarán a bordo de las naves las funciones que les sean señaladas por el capitán en conformidad a lo convenido por las partes”.

Respecto del inciso final, al establecer “lo convenido por las partes”, hace referencia, también, al contrato de embarco referido en el artículo 98° del mismo Código.

4.7. CAMBIOS EN LA JORNADA ORDINARIA EN FAENAS DE CARGA Y DESCARGA

Un octavo caso de ius variandi, lo encontramos en el Art. 137, letra b), inciso segundo, del Código del Trabajo.

"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."

Se le denomina prolongación o remate de nave. Respecto al ius variandi de los trabajadores portuarios eventuales, la duración de la jornada de trabajo ordinaria se realizará por turnos y tendrá la duración que las partes convengan, pero conforme a la restricción que establece el tiempo de duración, la cual no podrá ser superior a ocho ni inferior a cuatro horas diarias, de manera que no se puede pactar una jornada de 3 ni de 9 horas.

Respecto al ius variandi o remate de naves, 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.

Las horas trabajadas en exceso sobre la jornada pactada se considerarán extraordinarias; se pagarán con un recargo del 50 % de la remuneración como extensión a la hora extra convenida y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con la remuneración ordinaria del respectivo turno.

Esta es una excepción al sistema general de las horas extraordinarias, ya que, según éste, aquellas se pagan con un recargo del 50% del sueldo. Constituye una excepción al artículo 32º inciso 3º del Código del Trabajo.

5. PERJUICIO SUFRIDO POR EL TRABAJADOR EN CHILE

5.1. EL MENOSCABO MORAL EN LA DOCTRINA DEL IUS VARIANDI.

5.1.1. Concepto de Menoscabo

La Dirección del Trabajo, en el Dictamen N° 2.123, de 20 de junio de 1984, determinó que constituye menoscabo todo hecho o circunstancia que determina una disminución socioeconómica o moral del trabajador en la empresa. Sin embargo, aquí es preciso distinguir entre el hecho que provoca el menoscabo, es decir la acción ilícita del empleador, del menoscabo en sí mismo, esto es, el perjuicio patrimonial o moral que experimenta el trabajador.

El gran límite o, si se prefiere, el límite final que reconoce el ejercicio del ius variandi, consiste en que su aplicación no cause menoscabo al trabajador.

5.1.2. Menoscabo moral

A este respecto, la Corte de Valparaíso estableció en 1932:

"El daño moral no definido por el Código Civil, es indudablemente el que se causa al espíritu del individuo sea por dolores físicos o morales, por herir sentimientos de afección o de familia, por malas condiciones de salud, a consecuencia de pesadumbres que le han sido ocasionadas, por la privación de un apoyo o dirección, etcétera".
(Corte de Valparaíso, 4 julio 1932. Repertorio del Código Civil, T.31, Sec. I, pág. 462; 2).

Otro tanto aparece en la Corte de Santiago, en 1951:

El daño moral causado por un delito, atendida su naturaleza de ser una lesión extra patrimonial está especialmente sujeto a una regulación prudencial del tribunal, sin que para ello sean necesarios más antecedentes que el análisis y la consideración de las circunstancias del hecho y de la víctima".
(Corte de Santiago, 1 junio 1951, Repertorio del Código Civil, Tomo 48, Sec. 4, pág.74; 4).

En la misma Corte de Santiago, en 1960, se expone:

La apreciación pecuniaria del daño moral queda entregada a la estimación discrecional del juez, pues, dada su índole, es inconcuso que no puede ser acreditada".

(Corte de Santiago, 17 junio 1960, Repertorio del Código Civil, Tomo 57, Sec. 4, pág. 144).

En 1990, se define el daño moral en la misma Corte de Santiago:

"El daño moral es la lesión o agravio efectuado culpable o dolosamente de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona y que es imputable a otra persona, sea ésta natural o jurídica; concepto del cual se sigue como consecuencia necesaria que la demostración de la transgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral.... que si se tiene presente que en el daño moral la lesión del derecho subjetivo del ofendido no es de contenido patrimonial, resulta irrefutable que el establecimiento de la reparación en dinero para su satisfacción no puede estar sujeto a las mismas normas que son propias del establecimiento de la indemnización del daño emergente y del lucro cesante; y por ello no es necesario rendir prueba alguna sobre su monto".

(Corte de Apelaciones de Santiago, 26 septiembre 1990, Considerados 3 y 5, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVII, 1990, N° 3 [septiembre-diciembre] Sección 3).

Se define por la misma Corte de Santiago en 1991:

"Que en cuanto al daño moral experimentado por los demandantes (...) es necesario considerar que la naturaleza del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo pues su existencia es obvia..." (Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de julio de 1991, Considerando 6, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII (1991), N° 2 (mayo-agosto), Sección 4).

Otras manifestaciones similares aparecen en 1992; la Excma. Corte Suprema admitió que el menoscabo no es sólo económico, sino que también está referido a cuestiones morales y sociales. (Véase al respecto C. Suprema, 22 de octubre de 1992. R.D.J., t. III, sec. 3ª, p. 186).

Asimismo en 1994, por la misma Corte se pronunció:

"Que el daño moral, si bien no es necesario acreditarlo conforme a norma que hoy es uniforme en la doctrina y la jurisprudencia debe regularse teniendo en cuenta lo que significa la muerte violenta de una persona..." (Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de septiembre de 1994, Considerando 5, Revista de Derecho y de Jurisprudencia, Tomo XCI (1994), N° 3 [septiembre-diciembre], Sección 2)

La Corte, en 1995, afirmó sobre el tema:

"Que en lo que dice relación con la indemnización del daño moral impuesta al apelante, cabe tener presente que, tratándose de una lesión de bienes jurídicos conformadores de la personalidad física o espiritual, ha de presumirse que ello le ocasiona pena, aflicción y angustia, sin que sea menester que se rinda en el proceso respectivo alguna prueba específica al respecto". (Corte de Apelaciones de San Miguel, 13 de marzo de 1995, Considerando 2, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII (1995) N° 1 (enero-abril), Sección 4).

De manera que el daño moral es la disminución en la valoración y respeto de la dignidad de la persona del trabajador, en el contexto del desempeño de las funciones para las cuales fue contratado, no expresada necesariamente en un perjuicio económico, pues su patrimonio puede no sufrir alteración alguna. Se produce un daño ocasionado por el cambio que lo afecta en sus valores morales, en cuanto a su consideración laboral

En este sentido, existen fundamentalmente dos formas de daño moral¹⁰⁰:

- a) Someter al trabajador a una mayor subordinación o a una disminución de su jerarquía dentro de la empresa;
- b) Someterlo a condiciones ambientales adversas y/o hacerlo vivir un clima laboral hostil.

A partir de lo anterior, devienen dos tipos de daño moral:

5.1.2.1. Menoscabo moral vertical

Cuando el menoscabo moral importa en el trabajador cualquier disminución de jerarquía dentro de la empresa, decimos que el menoscabo que sufre es vertical, pues experimentará el cambio como una degradación política en la organización piramidal del poder dentro de la empresa, restándole importancia y dignidad profesional.¹⁰¹

¹⁰⁰ Vease para mayor información: Revista de derecho (Valdivia). *versión On-line* ISSN 0718-0950. Rev. Derecho Valdivia) v.17 Valdivia dic. 2004 doi: 10.4067/S0718-09502004000200003 Revista de Derecho, Vol. XVII, diciembre 2004, p. 63-89

¹⁰¹ Ibidem.

5.1.2.2. Menoscabo moral horizontal

El menoscabo moral horizontal acontece cuando el empleador, producto de la implementación de alteraciones a las condiciones iniciales del contrato (función, lugar, etc.), se genera al trabajador un cuadro de condiciones ambientales adversas, o lo hace vivir un clima laboral hostil.

En este caso, cobra fuerza la jurisprudencia judicial pertinente a la inasistencia del trabajador a su lugar de trabajo, analizada en la Jurisprudencia emanada de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 27 de agosto de 2007:

De los antecedentes se tiene:

“La demandada puso término al contrato de trabajo del actor por la causal prevista en el artículo 160 N°3 del Código del Trabajo, esto es, inasistencia injustificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo.

El actor, en el escrito de demanda, reconoce que falta a sus labores desde el día 29 de abril de 2006 hasta la fecha del despido, pero agrega que su ausencia fue por enfermedad. La prueba rendida por la parte demandante, resulta suficiente para tener por acreditado que faltó a sus labores desde el 29 de abril de 2006 al 11 de mayo de 2006 por padecer de enfermedad común y con licencia médica.

Que la enfermedad del trabajador constituye causa justificada de inasistencia no sólo cuando la licencia médica se presenta dentro o fuera de plazo, sino que también, incluso, cuando no se presenta licencia médica. La ley no establece que la presentación de la licencia con atraso tenga como consecuencia la exoneración del trabajador.

La licencia médica es sólo uno de los medios idóneos para acreditar la ausencia justificada al trabajo, pero no es el único, ya que el Código del Trabajo no excluye la posibilidad de probar la justificación de las inasistencias por otros medios legales de prueba, tales como testigos, certificados otorgados por el médico tratante, comprobantes de atención médica de clínicas, hospitales o postas.

Basta probar que el actor estuvo enfermo y que por ello no asistió al trabajo, para establecer que incumplió sus labores no a causa de su ausencia, sino que por un motivo ajeno a su voluntad.

Que es necesario considerar que la licencia médica, aun cuando se haya presentado al órgano respectivo fuera de plazo, constituye un medio apto para acreditar la ausencia

justificada al trabajo, pues dicho documento goza de pleno valor probatorio, al emanar de un facultativo plenamente calificado para emitirla.

Al no considerarse justificado el despido de un trabajador cuya ausencia a su labor aparece justificada por motivos de salud, cabe concluir, como bien lo resolvió la juez de primer grado, que el despido del actor fue injustificado.

En tal escenario, conforme lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo, en el caso que el despido del trabajador sea injustificado, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso 4° del artículo 162 y la de los incisos 1° ó 2° del artículo 163 del Código citado, según correspondiere, aumentada esta última en un ochenta por ciento.

En relación al daño moral arguye la Corte:

Que en materia de daño moral la tendencia actual de la doctrina y la jurisprudencia es a ampliar el concepto de daño moral a fin de reparar todas las especies o categorías de perjuicios morales y no sólo el pretium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos.

En orden a atribuir un contenido amplio al concepto de daño moral, es dable afirmar que “estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma física o psíquica, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerando como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales. En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo.”¹⁰²

Por manera que “el daño moral consiste en la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, y que adoptando este criterio es perfectamente posible reparar todas las categorías o especies de perjuicios morales.”¹⁰³

En materia laboral el daño moral puede darse en diversos supuestos, tanto en una etapa precontractual, de ejecución del contrato, al término del mismo y post contractual, generándose, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual.

En la etapa de ejecución del contrato nada impide que cuando se incumplen obligaciones, que no impliquen su término, pueda resarcirse el daño moral. Existen muchas situaciones durante el desarrollo del contrato que pueden producir un daño moral, como ocurre con el uso abusivo del ius variandi o cuando se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, por las medidas de revisión y control que establezca la empresa.

¹⁰² DOMÍNGUEZ. Hidalgo, Carmen. *El Daño Moral*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p 83.

¹⁰³ DIEZ Schwerter. José Luis. *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, Ed. Jurídica de Chile, 1998, p 88.

La amplitud de las obligaciones laborales lleva a la consecuencia lógica de que existen múltiples posibilidades de que las infracciones al contrato genere n un daño moral para una de las partes.”¹⁰⁴

Por su parte, la resarcibilidad del daño extra patrimonial es procedente:

“...Cuando se causa agresión a algunos de los derechos de la personalidad con motivo del incumplimiento del contrato de trabajo. En el contrato de trabajo también se constata un fenómeno semejante, aun cuando de otra índole, puesto que refiriéndose la vinculación contractual a la persona misma del que promete su trabajo y a la de aquél a quien se hace, aunque de un modo más enérgico respecto del primero que del segundo, el contrato pone en juego la dignidad de la persona humana, siguiéndose de ese antecedente que cualquier lesión que a ella se cause en el funcionamiento del contrato debe ser considerada como una violación del deber contractual, y así lo reconoce la ley cuando dispone que será causa de caducidad del contrato: las injurias, maltratos, atentados a la seguridad personal, el honor o los intereses de otra.”¹⁰⁵

Y culmina la Corte advirtiéndolo que:

...”el IUS VARIANDI se define como la potestad del empleador, de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador. También que es la facultad que cabe al empleador de modificar por su sola voluntad, sin o contra el consentimiento del trabajador, las condiciones establecidas en el contrato de trabajo, respetando cierto límites que lleguen a producir una ruptura de la relación laboral.

Que el artículo 12 del Código del Trabajo establece que el empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deben prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

La autoridad laboral ha dicho que constituye menoscabo todo hecho o circunstancia que determine una disminución en el nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, diversa frecuencia de turnos, etc.”¹⁰⁶.

Que el daño moral, como todo daño, debe ser acreditado certera y fehacientemente por quien lo reclama. Ello, porque no toda infracción al contrato conduce necesariamente a

¹⁰⁴ GAMONAL Contreras, Sergio. *El Daño Moral por Término del Contrato de Trabajo*, Editrem S.A., 2000, p. 30.

¹⁰⁵ VARELA. Varela, Raul, Citado por AEDO Barrena, Cristian en: *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, Editorial Libromar Ltda., 2001, p. 463.

¹⁰⁶ Manual de Consultas Laborales N°199. Código del Trabajo. Diciembre 2001, LexisNexis Chile, p 123.

la reparación de daños morales. En efecto, existiendo de por medio un contrato, las circunstancias de éste y su contenido serán decisivos a la hora de resolver si se han producido o no daños morales.

La prueba de la existencia o efectividad del daño es decisiva para la reparación del daño moral contractual y más rigurosa que en materia extracontractual.

Que corresponde al actor acreditar los hechos o circunstancias que le causan menoscabo, detrimento o perturbación y que lesionan un interés extra patrimonial proveniente de la infracción al contrato de trabajo.

Que apreciada la prueba rendida por el demandante conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, según razones jurídicas, lógicas y de experiencia, no permite acreditar los hechos o circunstancias que lesionan un interés extrapatrimonial del reclamante, o sea, el trato despectivo, las burlas y los comentarios tendenciosos. La infracción laboral existe, pero lo que no está probado son los hechos que fundan el menoscabo moral alegado.

Que así las cosas, tal como lo estableció la juez de primer grado en la sentencia que se revisa, la demanda por daño moral debe ser rechazada.¹⁰⁷

¹⁰⁷ SENTENCIA Rol 4525-2006. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION, 27 de agosto de 2007.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

1. CONCLUSIONES.

La certeza jurídica que importa la inmutabilidad e intangibilidad de los contratos puede, en determinadas circunstancias, transformarse en un obstáculo para el logro de los fines que las partes tuvieron al momento de celebrarlos. El dinamismo y la duración del contrato de trabajo son circunstancias que hacen imprescindible realizar ajustes periódicos a la relación laboral, útiles no sólo para los intereses empresariales, sino también del propio trabajador, conservándose de este modo dicha relación, no obstante los cambios externos o internos que se presenten.

Por ello, la ley reconoce al empleador la facultad de ejercer el *ius variandi*, cuya práctica, según se ha estudiado en esta investigación, se encuentra sujeta a ciertos límites para evitar que en su ejercicio se cometan arbitrariedades o abusos que alteren modalidades esenciales del contrato, o que ocasionen un perjuicio al trabajador. En este sentido, un importante parámetro para la determinación de cuándo se ha cometido un abuso de la figura, está en el eventual perjuicio grave que se le pudiera llegar a ocasionar al empleado, lo cual vulneraría el principio de indemnidad, uno de los requisitos del *ius variandi*, según el cual el trabajador no puede ser lesionado por la decisión del empleador en ningún aspecto o, en su caso, debe ser adecuadamente resarcido.

En nuestra legislación, con anterioridad a la entrada en vigencia del D.L. 2.200 de 1978, el *ius variandi* apareció regulado a propósito de la facultad del empleador para extender la jornada ordinaria de trabajo. Luego, durante la vigencia de la referida norma, se amplió el ámbito de aplicación del *ius variandi*, posibilitando su ejercicio respecto del lugar y la forma de la prestación de los servicios.

Conjuntamente con las dificultades que puedan importar el carácter inmutable e intangible de los contratos, según se expresó al comienzo de estas conclusiones, y luego del

desarrollo que la figura en estudio ha sostenido en nuestra legislación, debemos, asimismo, tener presente el fenómeno de la globalización, el dinamismo en el desarrollo de las condiciones económicas en que se desenvuelven las organizaciones y los notorios y constantes cambios sociales. De lo anterior, y dada la necesidad de adecuarse a las exigencias laborales a que se enfrentan hoy por hoy las organizaciones, deriva una multiplicación de cambios de distintas índoles respecto de las condiciones iniciales de trabajo, modificaciones que resultan obligadas y que muchas veces hacen difícil determinar si se concilian con los límites impuestos al empleador en cuanto al ejercicio del *ius variandi*.

Exponemos lo anterior no a modo de resumen de este trabajo, sino como forma de ejemplificar o representar cómo ha devenido la forma jurídica y el marco de aplicación del *ius variandi*. Si somos capaces de proyectar hacia el futuro el desarrollo que esta institución ha experimentado a lo largo de los años, a través de las diferentes regulaciones implementadas a su respecto, de los cambios que globalmente han vivido el comercio, el trabajo, las finanzas y las relaciones de intercambio en general, entonces forzado resulta concluir que, en la medida que sigan existiendo cambios y que continúe el desarrollo de las condiciones de vida y laborales que actualmente conocemos, entonces seguirán apareciendo nuevos aspectos del *ius variandi* que deberán ser estudiados y regulados.

Como se ha dicho anteriormente, resulta imposible determinar de manera taxativa una lista de condiciones que pueden ser modificadas en una relación laboral sin que el ejercicio del *ius variandi* se torne ilegal. Sin embargo, y según lo hemos notado durante el desarrollo de esta obra, estimamos que hoy en día contamos con un marco normativo capaz de delimitar efectivamente –aunque no completamente, dada la referida imposibilidad– el ámbito de ejercicio del *ius variandi*. En este sentido, la intervención del Estado en materia laboral, por mandato de la Constitución y de la ley, desempeña un papel activo en el desarrollo y sustentabilidad de las relaciones laborales. El poder del Estado, a través de sus tribunales de justicia y de las autoridades administrativas correspondientes, constituye una restricción a los límites dentro de los cuales el empleador puede hacer uso de su discrecionalidad directiva, estableciendo los lineamientos dentro de los cuales se enmarcan las autoridades administrativas y judiciales para imponer, como hemos estudiado, los principios de razonabilidad, no alteración

del núcleo del contrato, indemnidad, funcionalidad, continuidad, flexibilidad y objetividad, y definiendo la discrecionalidad del empleador para variar las condiciones de trabajo

Por último, y ante al imposibilidad de establecer taxativa y absolutamente una enumeración de las condiciones, aspectos o modalidades del contrato de trabajo que pueden o no pueden ser modificadas unilateralmente por el empleador, estimamos oportuno sugerir que, junto con apoyarse en la jurisprudencia, en las garantías constitucionales, en la ley y en las diversas normas que sobre este asunto se han dictado, las autoridades laborales busquen la forma de ejercer un control preventivo del correcto ejercicio del ius variandi, pudiendo, al efecto, implementar diversas modalidades de educación y capacitación para los empleadores y empleados. De tal forma, se evitaría -o al menos se reduciría en buena parte- la operación del mecanismo jurisdiccional y administrativo que se activa frente a los reclamos y acciones judiciales que día a día surgen con ocasión del ejercicio de la facultad que estudiamos.

La sociedad cambia a una velocidad que la ley no puede seguir adecuadamente. Día a día, ocurren diversas variaciones que no logran ser recogidas oportunamente en la ley. Frente a esto, es la autoridad competente la llamada a realizar los ajustes que sean necesarios para dar fiel aplicación al Derecho.

Resulta quizás ambicioso pensar en un sistema de capacitación y educación sobre la armoniosa convivencia laboral y el respeto de sus condiciones, pero creemos que, a mediano o largo plazo, dicho método puede ser de gran utilidad e, incluso, llegar a ser tan efectivo como lo han sido los tribunales y autoridades administrativas a la hora de determinar cuándo ha habido uso y cuándo ha existido abuso del ius variandi.

2. BIBLIOGRAFÍA.

POR NORMAS:

- Constitución Política de Chile. Edición actualizada 2010.
- Código del Trabajo. Chile. Edición actualizada 2010.

POR AUTORES:

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “*El derecho a la no discriminación en el empleo*”, Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “*El trabajo a tiempo parcial*”. Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2007.

CABANELLAS, Guillermo “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1989, Tomo V, p. 63

CABANELLAS, G. *Contrato de Trabajo*, Bibliográfica Omeba Editores Libreros, Buenos Aires, 1964, v. III. [[Links](#)]

DIEZ, Schwerter. José Luis. “*El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

DOMINGUEZ, Hidalgo. Carmen. *El Daño Moral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I.

HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. Disponible online. Capítulo 23. Consultada el 19 de marzo de 2010 en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/26.pdf>

HUMERES, MAGNAM. Héctor. “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Santiago, Chile, 17ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

LANATA, FUENZALIDA. Gabriela. *Contrato individual de trabajo*, Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2006.

LIZAMA, Luis. *Derecho del trabajo*, santiago, chile. Editorial Lexis Nexis, 2003.

LIZAMA, Luis. “*La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad para interpretar la legislación laboral chilena*”. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1998.

LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. “*Subcontratación y suministro de trabajadores*”, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007.

NOGUEIRA, H. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003. [[Links](#)]

MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald. *La Trampa de la Globalización*. Editorial Santillana, S.A. Taurus. España, 1998. p. 12.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *El Poder de Dirección del Empresario*. 1ª Edición. Editorial Estudios de Trabajo y Previsión. Madrid 1965.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *“Derecho del Trabajo”*, Madrid, España, 22ª edición, Editorial Tecnos, 2001.

MOLINA, C. *“La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”*, [[Links](#)]

MUÑOZ NAVARRO, Patricio, *Manual de Derecho Individual del Trabajo*, Ediciones Universidad de Ciencias de la Informática, Santiago, Chile, 2007.

OZAKI, Muneto. *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y del estado*, Oficina internacional del trabajo, ginebra (2000).

PALAVECINO, A. Y SALGADO, G. *La indemnización del daño moral por despido injustificado, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la universidad de chile*, SANTIAGO, 1999. [[LINKS](#)]

PALAVECINO, C. "El daño moral por despido", *revista laboral chilena*, N° 90, Septiembre-Octubre, 2000, P.68. [[LINKS](#)]

RODRÍGUEZ, Américo *“Los principios del Derecho del Trabajo”* 3ª Ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1998

ROJAS, MIÑO. Irene. *“Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual”*, Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2004.

RUPRECHT, Alfredo. *Los Principios Normativos Laborales y su Proyección en la Legislación*, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1994.

SÁEZ, Felipe y MELIS, Christian, *Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, Chile, 1998.

UGARTE, José Luis. *“El nuevo Derecho del Trabajo”*. Santiago: Editorial Universitaria, 2007.

UGARTE, José Luis. *“Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho”*. Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2004.

WALKER, ERRÁZURIZ. Francisco. “*Derecho de las relaciones laborales*”, Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 2003.

POR MANUALES ESTATALES Y REVISTAS:

Manual de Consultas Laborales N° 199. (2001). Código del Trabajo. Santiago de Chile: Lexis Nexis, p 123.

LAGOS, Ricardo A., ¿Qué se entiende por flexibilidad del mercado de trabajo?, en: *Cepal, Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, N°54, Santiago, 1994, p. 81.

LIZAMA, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho individual del trabajo chileno?, Programa Derecho y Economía, Universidad de Chile, Cuaderno N° 2, Santiago, 2000.

Revista de Derecho, (Valdivia). *versión On-line* ISSN 0718-0950. Vol. XVII, diciembre 2004, p. 63-89

POR JURISPRUDENCIA:

1. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 23 de Marzo de 2004. Rol N° 1967-03.
2. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 3 de Junio de 2004. Rol N° 455-04.
3. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 22 de julio de 2004 - Rol N° 3183-03.
4. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 9 de Junio de 2004. Rol N° 572-04.
5. Cuarta Sala de la Corte Suprema, Santiago, 6 de enero de 2005. Rol N° 6009-04.
6. Cuarta Sala de la Corte Suprema, Santiago, 25 de agosto de 2005. Rol N° 1751-04.
7. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 23 de agosto de 2005. Rol N° 2121-04.
8. Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de abril de 2006. Rol N° 1751-04.
9. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 4 de julio de 2006. Rol N° 5383-04.
10. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 4 de julio de 2006. Rol N° 5372-02.
11. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 14 de septiembre de 2006. Rol N° 884-05.
12. Décima Sala de la Corte Suprema. 27 de agosto de 2007. Rol N° 4525-2006.
13. Cuarta Sala de la Corte Suprema. Santiago, 27 de octubre de 2008. Rol N° 4126-08.

DICTÁMENES:

1. ORD. N° 1717/77 SANTIAGO, 27 de Abril de 2004.
2. ORD. N° 1169/023 SANTIAGO, 29 de marzo de 2007.
3. ORD. N° 2032/041 SANTIAGO, 01 de junio de 2007.
4. ORD. N° 5000/107 SANTIAGO, 06 de diciembre de 2007.
5. ORD. N° 0077/006. SANTIAGO, 08 de enero de 2008.
6. ORD. N° 1333/020 SANTIAGO, 27 de marzo de 2008.
7. ORD. N° 1373/025 SANTIAGO, 01 de abril de 2008.
8. ORD. N° 1449/027 SANTIAGO, 09 de abril de 2008.
9. ORD. N° 2793/048 SANTIAGO, 30 de junio de 2008.
10. ORD. N° 3012/056 SANTIAGO, 17 de julio de 2008.
11. ORD. N° 3441/072 SANTIAGO, 20 de agosto de 2008.
12. ORD. N° 4545/081 SANTIAGO, 10 de noviembre de 2008.
13. ORD. N° 0214/004 SANTIAGO, 15 de enero de 2009.
14. ORD. N° 0421/006 SANTIAGO, 28 de enero de 2009.
15. ORD N° 0441/010 SANTIAGO, 28 de enero de 2009.
16. ORD. N° 0549/012 SANTIAGO, 03 de febrero de 2009.
17. ORD. N° 0758 /014 SANTIAGO, 26 de febrero de 2009.
18. ORD. N° 0802 /017 SANTIAGO, 27 de febrero de 2009.
19. ORD. N° 1113/022 SANTIAGO, 24 de febrero de 2009.
20. ORD. N° 1588/027 SANTIAGO, 27 de marzo de 2009.
21. ORD. N° 589/028 SANTIAGO, 28 de marzo de 2009.
22. ORD. N° 1925/033 SANTIAGO, 19 de mayo de 2009.

23. ORD. N° 2210/035 SANTIAGO, 10 de junio 2009.
24. ORD. N° 1412/021 SANTIAGO, 19 de Marzo de 2010.