

UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EL MENOSCABO DEL TRABAJADOR EN EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI Y OTROS TEMAS RELACIONADOS

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Valeria Marín Etérovic.

Catalina Provoste Vargas

Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag

Santiago, Chile. 2005

INTRODUCCIÓN .	1
CAPÍTULO PRIMERO. CONTRATO DE TRABAJO Y DOCTRINA DEL IUS VARIANDI .	3
1. EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN CHILE. .	3
1.1. Concepto, características y elementos constitutivos de la relación laboral.	3
1.2.- El contenido ético jurídico del contrato de trabajo .	6
2. EL IUS VARIANDI. ASPECTOS DOCTRINARIOS. . .	8
2.1. Concepto. Elementos constitutivos .	8
2.2. Fundamento del ius variandi . .	9
2.3. Principios aplicables al ejercicio del ius variandi .	11
3. EL IUS VARIANDI EN CHILE .	13
3.1. Los casos de ius variandi en el Código del Trabajo .	13
3.2. Límites sustantivos o conceptuales. .	14
3.3. Límites funcionales .	18
3.4. Ius Resistenciae .	20
CAPÍTULO SEGUNDO. . .	23
1- LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .	23
2. LIBERTAD IDEOLÓGICA .	26
2.1. Empresas ideológicas ¿un límite a la libertad? . .	27
2.2. Libertad religiosa .	27
2.3. Libertad política .	28
2.4. Libertad sindical . .	29
2.5. Libertad de expresión .	29
3. DERECHO AL RESPETO A LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR. . .	30
3.1. El acoso sexual como atentado a la dignidad del trabajador . .	32
4. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN. . .	33
5. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, A LA INTIMIDAD Y LA HONRA. . .	37

5.1. El respeto a la vida privada o intimidad. . .	37
5.2. El respeto a la honra y la propia imagen. . .	42
CAPÍTULO TERCERO. EL MENOSCABO PRODUCIDO AL TRABAJADOR EN EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI . .	43
1. ¿QUÉ ES EL MENOSCABO? . .	43
1.1 Menoscabo Material . .	45
1.2. Menoscabo Moral. . .	45
2. EL MENOSCABO DEL TRABAJADOR ANTE LA JURISPRUDENCIA . .	46
2.1. Jurisprudencia administrativa . .	48
2.2. Jurisprudencia judicial. . .	55
3. ACTITUDES DEL TRABAJADOR ANTE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL EMPLEADOR A LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO. .	61
3.1. Aceptación de las variaciones impuestas unilateralmente por el empleador. . .	62
3.2. Negativa del trabajador a cumplir las variaciones impuestas unilateralmente por el empleador. . .	63
3.3. Reclamación ante la inspección del trabajo. . .	63
CAPÍTULO CUARTO. OTROS TEMAS RELACIONADOS CON LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO POR PARTE DEL EMPLEADOR . .	73
1. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN . .	73
2.- LA CLÁUSULA TÁCITA Y DOCTRINA DE LA REGLA DE CONDUCTA . .	75
2.1. Concepto: Cláusula tácita . .	75
2.2. Consensualismo y direccionismo: Dos características vinculadas a la existencia de las cláusulas tácitas. . .	76
3.- LAS CLÁUSULAS DE POLIFUNCIONALIDAD. . .	79
CONCLUSIÓN . .	85
BIBLIOGRAFÍA . .	87

INTRODUCCIÓN

Nos dedicaremos en el presente trabajo, al estudio del menoscabo que puede afectar al trabajador ante el ejercicio que haga el empleador de la facultad contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo, conocida doctrinariamente como *ius variandi*, que consiste en modificar unilateralmente algunas de las condiciones pactadas en el contrato de trabajo, como la naturaleza de las funciones y el lugar donde los servicios deban prestarse, bajo ciertos requisitos que establece el mismo artículo.

Si bien existen trabajos memorísticos que han tratado el tema del *ius variandi*, no es posible encontrar hasta hoy día en ellos un estudio acabado del menoscabo propiamente tal, como un freno al ejercicio de esa facultad patronal. En todos los estudios que encontramos, observamos que lo hacen de un modo más bien amplio y general.

Nuestra intención y esfuerzos se dirigirán, entonces, a analizar en profundidad el menoscabo laboral, abordando los principales aspectos que involucra y los temas vinculados al mismo, como es, por ejemplo, el derecho fundamental que asiste al trabajador de respeto a su dignidad y a su honra. Para *esto*, nos apoyaremos bastante en la jurisprudencia judicial y administrativa.

Consideramos de gran importancia esclarecer el alcance del concepto de menoscabo, ya que es el gran límite que encuentra el empleador en el ejercicio de su facultad de modificar el contrato de trabajo, dentro del marco legal laboral. De no estar claro dicho concepto pueden cometerse graves desaciertos de interpretación y aplicación en la práctica, lo cual no es una cuestión irrelevante, *máxime*, si se tiene presente la incidencia de ello en instituciones tales como el despido injustificado y,

consecuencialmente, en la indemnización por años de servicios.

A pesar de que, como señalamos, existen ya trabajos acerca del ius variandi nos parece necesario referirnos, en un primer capítulo, a esta institución, sin ahondar más allá de lo que es necesario, esto es: concepto, fundamentos, clasificaciones y todo aquello que sea indispensable para contextualizar adecuadamente el tema principal de este trabajo.

En el segundo capítulo, analizaremos los derechos fundamentales del trabajador y la forma en que se les ha dado aplicación en diversas situaciones, pues consideramos que estos derechos informan de manera general los mecanismos de protección al trabajador, y así también, en particular, se relacionan con los límites impuestos al empleador al momento de ejercer el ius variandi.

Luego, en el tercer acápite, estudiaremos en detalle el menoscabo propiamente tal, analizándolo tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial, con el fin de determinar qué es aquello que los órganos jurisdiccionales y administrativos han entendido como tal a lo largo de estos últimos años. Asimismo, revisaremos cuáles son las distintas posibilidades u opciones que tiene el trabajador frente al ejercicio del ius variandi, más las situaciones y consecuencias jurídicas a que dan lugar cada una de ellas, como por ejemplo, cuando el trabajador afectado rechaza las modificaciones impuestas por el empleador haciendo uso del despido indirecto.

Finalmente, analizaremos diversas instituciones del Derecho relacionadas con el tema del presente estudio, entre ellas, la Teoría de la Imprevisión.

CAPÍTULO PRIMERO. CONTRATO DE TRABAJO Y DOCTRINA DEL IUS VARIANDI

1. EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN CHILE.

En la legislación nacional existen dos tipos de contrato de trabajo, el colectivo y el individual. El contrato individual de trabajo está contemplado básicamente en los libros I y II del Código del trabajo.

1.1. Concepto, características y elementos constitutivos de la relación laboral.

Nuestro Código del Trabajo define al contrato individual de trabajo en su artículo 7° como aquella “convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y

aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

En consecuencia, como características del contrato de trabajo nos encontramos con lo siguiente:

Es bilateral, pues respecto de ambas partes, esto es, trabajador y empleador, surgen obligaciones, así como los contratos a los que se refiere el artículo 1439 del Código Civil. Estas obligaciones son tanto de carácter patrimonial como personal.

Es oneroso, pues corresponde con lo que establece el artículo 1440 del Código Civil, ya que cada una de las partes persigue y obtiene un beneficio con la prestación de la otra.

Es conmutativo, en el sentido de que cada una de las partes al momento de contratar tiene certeza acerca de que ambas prestaciones van a existir, y sinalagmático, pues las sitúan en un nivel de equivalencia.

Es principal, como define el artículo 1442 del Código Civil, subsiste por si mismo y no requiere otra convención.

Es nominado, en cuanto tiene una individualidad y una regulación jurídica propia, poseyendo elementos típicos que lo distinguen de las restantes figuras jurídicas que se refieran a la prestación de servicios, tanto civiles como comerciales.

Es dirigido, existen límites a la libertad contractual, en cuanto existe una regulación previa de origen estatal, que fija ciertos elementos básicos y condiciones que son irrenunciables.

Es de tracto sucesivo, se realiza y se cumple a lo largo del tiempo, las obligaciones que nacen de él se van extinguiendo y renovando sucesivamente.

Es consensual, así lo establece el artículo 9 del Código del Trabajo. Es de aquellos que se perfeccionan por el simple acuerdo de las partes, prescindiendo así de exigencias formales. La escrituración, en este caso, no es más que una formalidad exigida por la ley que tendrá efectos probatorios importantes en relación con la existencia de una relación laboral y las condiciones pactadas de la misma.

Los principales elementos que nos indicarán que estamos frente a un contrato de trabajo, están determinados por los sujetos intervinientes, el contenido obligacional del mismo y por un determinante elemento cual es el de la continuidad en la prestación de servicios, en contraste con la prestación esporádica de labores.

Respecto de aquél último elemento, señala Guido Macchiavello que “la continuidad es característica de nuestro contrato porque éste nace para un hacer “prolongado en el tiempo y subordinado””.¹

En cuanto a las partes de este contrato, habría que comenzar por señalar que se trata del trabajador y del empleador, figuras que se encuentran definidas en el artículo 3 del Código del Trabajo, de la siguiente manera:

a) Trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo.

¹ Macchiavello, Guido. Derecho del Trabajo. Tomo I. Fondo de Cultura Económica. 1986. p. 187

b) Empleador: La persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo.

En cuanto al empleador, estimamos conveniente agregar lo que sigue, en relación con la representación del mismo y con el principio de continuidad de la empresa.

Respecto de la representación del empleador, es importante tener presente lo que establece nuestro Código laboral en su artículo 4, al señalar que representa al empleador y que en ese carácter lo obliga respecto de los trabajadores, como si fuera aquél, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de la persona natural o jurídica.

Asimismo, dicha norma, indica que la modificación total o parcial relativa al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores que emanen tanto de sus contratos individuales, como de los instrumentos colectivos del trabajo, manteniéndose entonces vigentes ante el nuevo o nuevos empleadores.

Acerca del siguiente elemento configurante del contrato de trabajo, cual es, el contenido obligacional de éste, diremos que son sus principales prestaciones u obligaciones, con contenido patrimonial, las siguientes:

Por parte del trabajador: prestar servicios personales bajo subordinación o dependencia.

La prestación de servicios no es exclusiva del contrato de trabajo, mas la condición de que estos sean prestados de forma personal, es un elemento que destaca particularmente en él. Así pues, los servicios no pueden ser prestados sino por el trabajador, entonces “no a través de un mandatario u otro diputado para el efecto”.²

Una cuestión que no ha sido zanjada legalmente es qué quiere decir que la prestación personal de los servicios sea prestada bajo subordinación y/o dependencia.

En concepto de don William Thayer Arteaga “el concepto de subordinación implica una sujeción jurídica; algún orden de jerarquía que pone a alguien en posición de mando respecto de un inferior”. En tanto, el concepto de dependencia “más bien se refiere a la condición económicamente subalterna del trabajador”.³

Por parte del empleador: retribuir los servicios personales del trabajador mediante una remuneración determinada.

Esta es la obligación principal y fundamental del empleador.

Lo que se entiende por remuneración está definido por el artículo 41 del Código del Trabajo, como aquellas contraprestaciones en dinero y las adicionales en especies evaluables en dinero, que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.

² Thayer Arteaga, William, Texto y Comentario del Código del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile. 2002. p. 35.

³ Ibid. p. 35.

Nos encontramos entonces con la idea de contraprestación, que deriva del vínculo correlativo y recíproco con el trabajador, y con la de causa, pues la remuneración existe ya que está la obligación correlativa del trabajador de prestar servicios y del empleador de pagar por ellos.

La causa debe estar, para encontrarnos frente a una remuneración, en la actividad laborativa propiamente tal y no en una cuestión cuyo origen sea, por ejemplo, como es en el caso de un viático, en el compensar el esfuerzo que implica para el trabajador el desplazarse a un lugar distinto.

Respecto del tercer elemento del contrato de trabajo, cual es el de la continuidad, señala Guido Macchiavello que “la continuidad es característica de nuestro contrato porque éste nace para un hacer “prolongado en el tiempo y subordinado”.⁴

1.2.- El contenido ético jurídico del contrato de trabajo

En el contrato de trabajo existe además, un conjunto de derechos y obligaciones correlativas que regulan la relación entre trabajador y empleador, y cuyo objeto es proteger ciertos bienes jurídicos de carácter ético. Se refieren a ciertas condiciones a las que la sociedad les atribuye un valor importante.

Para un mejor examen de esto, haremos una distinción entre lo que implica este contenido ético jurídico desde el punto de vista del empleador y desde la perspectiva del trabajador:

1.2.1.- Desde la perspectiva del empleador, nos encontramos con lo siguiente:

a) Deber de respeto, que abarca el honor de la persona del trabajador, y que entendemos que incluye además, sus creencias y valoraciones personales.

Se encuentra reconocido este deber a través de la posibilidad que tiene el trabajador, en virtud del artículo 171 del Código del Trabajo, de poner término al contrato cuando el empleador ha incurrido en alguna de las causales del artículo 160 del mismo Código. Además, debe considerarse implícito en el contrato de trabajo, atendida la naturaleza del mismo y la importancia de la persona del trabajador en él.

b) Deber general de protección, que consiste en la obligación del empleador con respecto al trabajador, de velar y ayudarlo a velar por sus intereses legítimos. La mayor parte de la consagración legal de este deber se encuentra en el libro II del Código del Trabajo cuyo título es, precisamente, “De la protección a los trabajadores”.

Este deber general puede ser desglosado en los siguientes deberes, que por tanto integran el contenido ético jurídico del contrato de trabajo:

Deber de higiene y seguridad: El empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar los bienes jurídicos fundamentales del trabajador como son la salud y la vida de éste.

⁴ Macchiavello, Guido, ob cit., p. 187

Esto lo estatuye el artículo 184 del Código del Trabajo cuando expresa que el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de sus trabajadores. A ello habría que agregar el artículo 191 del mismo cuerpo legal que señala que el Servicio de Salud podrá fijar medidas mínimas de higiene y seguridad que los trabajos y la salud de los trabajadores aconsejen, lo que nos indica que no está entregado completamente a la discrecionalidad del empleador el cumplimiento de este deber.

Deber de asistencia médica inmediata: En caso de accidentes en el lugar de trabajo, el empleador se encuentra obligado a prestar atención médica primaria de forma inmediata, mientras no sea todavía entregada su atención a los organismos de salud que correspondan. Este deber se encuentra implícito en el artículo 184 del Código del Trabajo.

c) Deber de dar ocupación efectiva al trabajador: habría que considerar también esta cuestión como parte integrante del contrato de trabajo, la dignidad del trabajador está determinada en parte importante porque efectivamente su trabajo se materialice en la forma convenida, y no se sienta menoscabado por no representar ninguna utilidad práctica a través de su función.

1.2.2. Desde la perspectiva del trabajador

el contenido ético jurídico del contrato de trabajo involucra:

a) Deber de respeto: a su respecto, siendo éste un derecho recíproco entre trabajador y empleador, valga lo dicho con ocasión del deber de éste último.

Este deber surge de la naturaleza personal de la relación laboral y además de la posibilidad de poner término al contrato por parte del empleador, cuando el trabajador ha incurrido en injurias, y sin que éste tenga derecho a indemnización.

b) Deber de cuidado: deber que implica la obligación del trabajador de mantener un comportamiento que no cause riesgo al interior de la empresa. Se encuentra recogido en el artículo 160 N° 5 del Código del Trabajo, el cual señala como causal de despido, sin derecho a indemnización, los actos, omisiones o imprudencias temerarias que puedan afectar el funcionamiento o seguridad de la empresa o la seguridad de los trabajadores.

c) Deber de diligencia: que quiere decir que el trabajador debe cumplir con su obligación de prestar los servicios poniendo de su parte aquel esfuerzo necesario para que la prestación le sea útil al empleador. Para algunos, sin embargo, esto no formaría parte del contenido ético jurídico del contrato sino que sería solamente un deber accesorio a la obligación de prestar servicios.

d) Deber de fidelidad, que puede ser comprendido en dos sentidos:

uno positivo, que tiene que ver con cuidar los intereses de la empresa, propendiendo a su bienestar y eficiencia. Puede decirse que es la contrapartida del deber de protección que el empleador tiene respecto del trabajador.

uno negativo, que implica la obligación que tiene el trabajador de no causar perjuicios a la empresa, como podría ocurrir si por ejemplo el trabajador divulgara secretos de la

misma.

Este deber sería una manifestación del principio de buena fe, inmerso en todo contrato y, especialmente, en el contrato de trabajo.

e) Deber de probidad: que dice relación con que el trabajador debe seguir una conducta moralmente adecuada en el transcurso de su actividad de trabajo. Esta obligación se deriva del artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo que señala como causal de terminación del contrato de trabajo el que el trabajador haya incurrido en falta de probidad o conducta inmoral grave debidamente comprobada. El estándar de conducta moral correspondiente estará determinado por aquellos valores que resultan dominantes en la sociedad.

2. EL IUS VARIANDI. ASPECTOS DOCTRINARIOS.

Siendo una de las más importantes características del contrato de trabajo, el ser de tracto sucesivo, es decir, de aquellos que una vez celebrados perduran en el tiempo, es que puede llegar a ser objeto, durante su vigencia, de diversas modificaciones. Estas alteraciones pueden producirse:

a) Automáticamente, cuando la norma legal aplicable, entendida en sentido amplio, sufre modificaciones que se traducen en un cambio del contrato de trabajo;

b) Por acuerdo de las partes, cuando empleador y trabajador convienen en modificar las condiciones anteriormente pactadas en el contrato de trabajo.

c) Unilateralmente por el empleador. Esta última alternativa, dependiendo de si se ejerce fuera o dentro del margen permitido por la ley, será una violación al contrato de trabajo, o bien, constituirá el ejercicio legítimo de lo que se conoce como ius variandi.

2.1. Concepto. Elementos constitutivos

La doctrina ha elaborado múltiples conceptos acerca de qué es lo que debemos entender por ius variandi. Sin embargo, considerando el carácter introductorio de este capítulo, nos remitiremos a reproducir dos definiciones, una representativa de la doctrina española y otra de la nacional.

Tomás Sala Franco, señala al respecto: “El empresario, por otra parte, tiene reconocido por el ordenamiento jurídico un poder de dirección, que se concreta, entre otros aspectos, en un ius variandi o poder de variación de las condiciones de trabajo accesorias o no sustanciales. Este poder de variación no es otra cosa que un poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral.”⁵

En Chile, la profesora Ximena Gutiérrez R. define al ius variandi como: “la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las

⁵ Derecho del Trabajo. Sala Franco, Tomás “et al”. Valencia, Tirant lo Blanch. 1991.p.455.

tareas del trabajador.”⁶

Por último, podemos además construir un concepto teniendo como base los elementos señalados en el artículo 12 del Código del Trabajo, esto es, definir al Ius Variandi como aquella 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 de éste, el lugar o la jornada en que se desarrolla la actividad.

Elementos constitutivos

El Ius Variandi:

a) Es una potestad, lo cual significa que es un poder jurídico o facultad que le permite a quien lo tenga para que, cumpliendo determinados requisitos, y si lo estima pertinente, actúe de determinada manera sin que se encuentre obligado a ello.

b) Corresponde exclusivamente al empleador, por lo tanto se descarta la posibilidad de que esta facultad se ejerza por parte del trabajador quien, a lo sumo, si manifiesta su intención de que las condiciones del trabajo cambien, lo hará como una simple recomendación

c) De variar. Al referirnos a esta acción debe entenderse como una modificación no sustancial del contrato de trabajo, es decir, no implica modificar la esencia del contrato sino ciertos y determinados aspectos que la propia ley se encarga de señalar.

d) Está sujeto a requisitos legales, todas éstas, condiciones señaladas en el artículo 12 del Código del Trabajo, en cuanto a los límites que tiene el empleador al ejercer esta facultad, como también aquellos aspectos de la prestación de servicios que pueden ser modificados

2.2. Fundamento del ius variandi

Si bien no existe discusión en la Doctrina acerca de la existencia del ius variandi, si la hay acerca de cuál es su verdadero fundamento. Entre ellos están los que dicen que el sustento de esta facultad del empleador, estaría en el poder organizativo o en el poder disciplinario de éste, otros en cambio, creen que está en el deber de colaboración del trabajador hacia la empresa. Otros, negando que el fundamento de esta institución esté ligado a las facultades de alguna de las partes de la relación laboral, ven a la estabilidad que es una característica propia del contrato de trabajo, como el pilar fundamental de la existencia del ius variandi.

Sin embargo, el fundamento más ampliamente aceptado por la doctrina, es que el ius variandi se origina a partir del poder de dirección del empleador.

Varios autores explican la vinculación entre el ius variandi y el poder directivo del empleador. Por lo tanto, veremos a continuación el planteamiento de algunos de ellos.

Para el argentino Guillermo Canabellas⁷, existe una vinculación muy estrecha entre

⁶ Gutiérrez R., Ximena. Ius Variandi. Separata. Universidad de Chile, 1984. p.3

el poder de dirección de la empresa y el ejercicio del ius variandi. Este autor señala: “que de la situación de dependencia o subordinación en que se encuentra el trabajador, se derivan ciertos poderes a favor del empleador. Estos poderes se enumeran de la siguiente forma: a) de mando y dirección; b) de organización; c) de fiscalización; d) de disciplina.” Luego, agrega que de estos poderes “es el poder de dirección el que aparece mejor definido, como consecuencia inmediata de la subordinación o dependencia del trabajador con respecto al patrono, pues el trabajador debe observar las disposiciones que para la ejecución de la tarea haya adoptado el patrono, el cual puede determinar el tiempo, la modalidad y demás aspectos relativos a la prestación de la energía remunerada. Pero este poder de dirección está limitado por diversas reglas que organizan las relaciones individuales del trabajo: las leyes, las convenciones colectivas de condiciones laborales y los propios contratos individuales de trabajo. También está restringido, como bien se ha dicho, por la finalidad del propio derecho de dirección, conferido al patrono para alcanzar una buena organización del trabajo de la empresa.”

Explicado qué se entiende por poder de dirección y de dónde deriva éste, el autor señala, acerca del ius variandi, lo siguiente: “que si el patrono tiene la facultad de dirigir, coordinar y fiscalizar la empresa, es natural que de ella se deduzca la potestad de orientar el trabajo de sus subordinados, en forma tal, que la prestación se desarrolle de acuerdo con las exigencias de la producción de los servicios forman parte del poder directivo del empresario; pero esas variaciones no comprenden la facultad de modificar las cláusulas esenciales del contrato, como la cuantía del salario, (salvo que aumente el mismo), y los beneficios que el trabajador tiene en su prestación de servicios. Los cambios se limitan, generalmente, a la propia prestación del trabajo.”⁸

Por su parte, Tomás Sala Franco ⁸, respecto del mismo tema, señala: “El empresario, por otra parte, tiene reconocidos por el ordenamiento jurídico un poder de dirección que se concreta, entre otros aspectos, en un ius variandi o poder de variación de las condiciones de trabajo accesorias o no sustanciales.

Este poder de variación no es otra cosa que un poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral. El poder de dirección empresarial se encuentra regulado por las leyes, los convenios colectivos y por el propio contrato individual de trabajo. De tal manera, que podría afirmarse que la modificación de aquellas condiciones que no han sido normativizadas o contractualizadas pertenece a la esfera del poder empresarial.”

Esta posición doctrinaria es la que, a nuestro parecer, da una explicación más acorde a las instituciones propias del Derecho Laboral ya que no trata de explicar el ius variandi - que es una institución propia del Derecho del Trabajo -, desde una perspectiva del Derecho Civil. Creemos además, que los argumentos de esta postura están más acordes a la realidad del funcionamiento de la empresa, como también a la manera de cómo se celebran los contratos de trabajo, los que por regla general, sólo contemplan una mención genérica de la labor a realizar por el trabajador, labor que finalmente es, en la

⁷ Canabellas, Guillermo. Contrato de Trabajo. Buenos Aires, Ameba 1963. p. 273.

⁸ Ob cit p.600.

mayoría de los casos, determinada por el empresario.

2.3. Principios aplicables al ejercicio del ius variandi

Como manera de concluir este tema y adentrarnos en el siguiente, que trata sobre los límites al ius variandi, no podemos dejar mencionar dos de los principios que, a nuestro parecer, son los de mayor trascendencia en el Derecho Laboral.

Estos, más allá de servir como límite al ejercicio del ius variandi y, por ende, también de válvula para evitar el eventual menoscabo que puede sufrir el trabajador, son relevantes para evitar que las diversas actuaciones jurídicas que se realizan día a día, entre los diversos actores que intervienen en el contrato individual de trabajo, no sean contrarias a Derecho.

Creemos que la adecuación de las conductas, tanto del empleador como del trabajador a tales principios, tiene siempre como resultado una convivencia armónica y favorable para lograr aquello que tanto persiguen empleadores como trabajadores, esto es, el desarrollo armónico de la empresa en el que prime la colaboración y el respeto mutuo, por sobre la desconfianza y la arbitrariedad.

2.3.1. Principio de buena fe

La buena fe y sus diversas proyecciones en el ámbito del Derecho, es un tema que ha tenido bastante desarrollo, y con el tiempo, ha llegado a considerarse un Principio General del Derecho.

Señala el profesor López Santa María que: “mencionar la buena fe es avocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad. En sede no jurídica, la expresión “buena fe”, designa una persuasión subjetiva interna, de carácter ético, de estar actuando o haber actuado correctamente”.⁹

Proyectada al terreno del Derecho Civil, la buena fe asume dos direcciones. La primera, la buena fe subjetiva, conserva aquella fisonomía psicológica. La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, la pierde.”

2.3.1.1. Buena fe subjetiva

“Es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular aunque objetivamente no sea así, aunque haya un error”¹⁰. Son múltiples las manifestaciones que encontramos de este tipo de buena fe, en el Derecho Civil, a modo de ejemplo: la del artículo 706 del Código Civil referido a la posesión de buena fe de cosa ajena y la del artículo 112 inciso segundo del mismo código, que habla del matrimonio nulo putativo.

En materia laboral en cambio, de la faceta subjetiva de este principio, como límite al

⁹ López Santa María, Jorge. Los Contratos (Parte General). Santiago, Editorial Jurídica, 1986.p. 288.

¹⁰ López Santa María, Jorge. ob cit., p. 289

ejercicio del ius variandi, no existen claros ejemplos, como si ocurre con la buena fe objetiva, como veremos a continuación.

2.3.1.2. Buena fe objetiva

Siguiendo el criterio de López Santa María, este autor señala que: “La regla o principio de buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos, incluso posteriores a la terminación del contrato”¹¹.

Esta es la faz del principio que está consagrada en el artículo 1546 del Código Civil el que prescribe: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

Además de la diferencia conceptual entre ambos tipos de buena fe, también existe otra en el ámbito de su apreciación por parte del juez. Ocurre que la buena fe subjetiva se aprecia siempre *in concreto* por el juez, es decir, averiguando cuál fue la convicción íntima y personal del sujeto implicado. La buena fe objetiva en cambio, se aprecia *in abstracto*, prescindiendo el juez de las creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, tratando de determinar cuál es la conducta exigible a las partes, exclusivamente en base a la equidad y a los usos, es decir, al modelo del hombre razonable.

Si bien el Código del Trabajo no hace mención expresa de este principio, este debe entenderse integrado al derecho laboral debido a su carácter de principio general, que traspasa todos los ámbitos del Derecho, tanto en la creación, interpretación y ejecución de las normas jurídicas.

En el ámbito del ius variandi, la buena fe debe manifestarse tanto desde el punto de vista del empleador como del trabajador.

Así, es que el empleador puede ejercitar su facultad de variar la naturaleza de los servicios, el recinto en que ellos se prestan o la jornada de trabajo, considerando siempre los legítimos intereses de lograr un mejor rendimiento productivo de la empresa, es decir, readecuando los factores productivos, pero sin olvidar la situación específica de cada trabajador, ni las consecuencias que para él pueden provocar los cambios. Así, es que debiese compensar al trabajador que resulte afectado por dichos cambios cuando sea necesario, por último, cabe aclarar que debe quedar totalmente excluido el ejercicio de esta facultad con fines persecutorios y discriminatorios.

Desde la perspectiva del trabajador, es indiscutible que éste debe cumplir el contrato de buena fe, encontrándose entre esta exigencia el deber de poner, en el cumplimiento de la tarea que se le asignó, un esfuerzo normal y no mediocre. Implica también, un comportamiento adecuado a este principio, el tener una actitud de cooperación, colaboración y compromiso en el cumplimiento de las metas fijadas por el empleador, comprometiéndose además a aceptar las variaciones que al contrato de trabajo realice el

¹¹ López Santa María, Jorge. ob cit p. 290

empleador, siempre que se encuentren dentro de los límites al ejercicio del ius variandi.

En conclusión, el trabajador debe tener una actitud positiva al cambio, debiendo reclamar ante los entes respectivos, sólo cuando efectivamente se le cause un perjuicio.

2.3.2. Principio de razonabilidad

Según Américo Plá Rodríguez: “El principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial, de que el ser humano en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón.”¹²

Nuevamente, nos encontramos con un principio que no es exclusivo del Derecho Laboral, ya que todo el ordenamiento jurídico está estructurado en torno a criterios de la razón y la justicia, los cuales son propios de la naturaleza humana.

Se trata entonces, de una especie de límite aplicable a aquellos comportamientos en los cuales la norma no puede prescribir límites rígidos, como también en aquellos casos, en que no se puede prever la infinidad de circunstancias posibles.

Relacionando este principio, con la facultad de modificar el contrato que tiene el empleador, el profesor Enrique Laxague señala: “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 del funcionamiento de la empresa y, por tanto, de la prestación de las tareas de cada uno de los trabajadores. Pero en cada acto que se ejercite este derecho, debe poder justificarse desde el punto de vista de la razón, en el caso de ser controvertido o resistido.”¹³

Lo anterior significa que la facultad de ejercer el ius variandi, por parte del empleador, no es ilimitada ni irrestricta, sino que debe ser ejercida razonablemente, probándose siempre razones objetivas. Debe escucharse al trabajador cuándo éste se resista a la modificación del contrato impuesta por el empleador, más aún cuando esta medida le signifique un perjuicio que no guarde relación alguna con el beneficio experimentado por la empresa. Se justifica en estos casos, la resistencia del trabajador, y con mucha más razón todavía, en los casos en que pueda probarse que la medida se inspiró en móviles persecutorios, de represalia o castigo, y no responda al legítimo interés de la empresa.

3. EL IUS VARIANDI EN CHILE

3.1. Los casos de ius variandi en el Código del Trabajo

¹² Plá Rodríguez, Américo, citado por Enrique Laxague Durand en Normativa que rige la actividad laboral privada en Uruguay. Montevideo.1998.p.308

¹³ Laxague Durand, Enrique. Ob cit, p.309

Antes de comenzar a analizar el texto del artículo 12, que es el que trata precisamente de los casos de ius variandi, creemos necesario destacar la ubicación que este artículo tiene dentro de la estructura del Código del Trabajo y las consecuencias que de ello derivan. Estando ubicado en el Libro primero, y más específicamente, dentro de las normas generales referidas al contrato de trabajo, es que sus disposiciones tienen un carácter general y supletorio respecto de las demás normas del Código, incluidas las disposiciones referidas a los contratos especiales, salvo en aquellos en que se diga expresamente otra cosa.

El texto de esta norma, referido los aspectos modificables del contrato por parte del empleador, es el siguiente: “Artículo 12: “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 ellos 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.”

Vemos que son tres los casos en que el legislador permite al empleador la modificación del contrato de trabajo. Estos son: la naturaleza de los servicios, el lugar o recinto en que esto se prestan y la jornada de trabajo.

A continuación, respetando la estructura que construimos para hacer más clara la exposición del tema, explicaremos los casos de ius variandi recién señalados, dentro de lo que doctrina conoce como límites conceptuales al ejercicio del ius variandi.

Es el propio concepto legal del ius variandi, el que plantea la existencia de varios límites a su ejercicio. Así es, que esta facultad del empleador encuentra varias fronteras, algunas delimitadas por el derecho positivo y otras en cambio, por la doctrina.

3.2. Límites sustantivos o conceptuales.

Este primer tipo de límite se relaciona con el ámbito o área en la cual se puede y debe ejercer el ius variandi. En el caso de no respetarse dichos límites, y el ejercicio de esta facultad abarcara otros temas distintos a aquellos señalados por la ley, estaríamos frente a una modificación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador y, por lo tanto, no podría considerársele como ejercicio legítimo de dicha facultad.

Al hablar de este tipo de límites debemos hacer primero referencia a aquellos señalados por la doctrina, los cuales, en cierta medida, difieren con los propuestos por la ley.

3.2.1 No alteración de prestaciones esenciales ni disposiciones contractuales

De lo señalado por la doctrina acerca de este límite, es interesante recoger lo que el autor

José Cabrera Bazán, piensa al respecto: “el ius variandi no afecta al contrato ni tampoco a las prestaciones que constituyen su objeto en cuanto a si mismos y esencialmente consideradas, sino a aquellas otras prestaciones del trabajador que se han llamado accesorias y que, en afirmación de Alonso Olea, sólo modalizan y configuran o conforman las principales”. Más adelante señala: “Cabe una alteración de la prestación de trabajo en sus circunstancias de tiempo, lugar y forma, que sin afectarla en su sustancia, la modalizan y configuran en su manifestación externa. Tales circunstancias constituyen la materia y objeto propio del ius variandi del propietario.”¹⁴

En conclusión, tenemos que se consagra como límite al ius Variandi, la circunstancia de no poder alterar, jamás y bajo ningún aspecto, aquellas prestaciones esenciales e infaltables en todo contrato de trabajo, cuales son: el pago de la remuneración de parte del empleador, como tampoco la prestación del servicio para el cual fue contratado de parte del trabajador.

Respecto a la no alteración de las disposiciones contractuales, nos parece necesario hacer referencia a lo señalado por la profesora Ximena Gutiérrez, quien dice que: “Este límite de no alterar las disposiciones contractuales, no siempre es fácil de precisar. Desde luego, cuando el contrato se ha extendido por escrito y se han incluido ciertas cláusulas, esas cláusulas no se pueden modificar. Pero casi nunca ocurre eso. Generalmente el contrato no se ha celebrado por escrito o él se limita a aspectos muy generales. Pensamos que haya o no texto escrito, este límite impide que se modifiquen aquellos aspectos relacionados con las obligaciones principales de las partes, constituidas tanto por la prestación de la tarea como por la retribución servida.”¹⁵

3.2.2. Respeto a los derechos irrenunciables del trabajador

El ordenamiento jurídico ha establecido algunos mecanismos para asegurar, al menos parcialmente, el ejercicio efectivo de sus derechos por el trabajador, señalando determinados límites a la libre disponibilidad de éstos.

Como concreción del principio, consagrado en el artículo 12 del Código Civil, y que contempla la prohibición de renunciar a aquellos derechos que sean contrarios al orden público, o en perjuicio de un tercero, el artículo 5 del Código del Trabajo, nos indica lo siguiente: “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.”

Es razonable entender sin embargo, que lo que se quiere prohibir es la renuncia pura y simple, sin compensación, y no el negocio transaccional, sin perjuicio, desde luego, de las prohibiciones específicas de la transacción sobre derechos reconocidos al trabajador por sentencia y la compensación económica de las vacaciones.¹⁶

¹⁴ Cabrera Bazán, José. La novación ilícita del contrato de trabajo. Sevilla, Instituto García Oviedo, 1963.p.65

¹⁵ Gutiérrez R., Ximena, ob cit., p.16.

Esta prohibición de renunciar a ciertos derechos, abarca tanto el momento anterior como el posterior a la adquisición de los mismos. Sin embargo, la jurisprudencia laboral excluye del ámbito de la prohibición a aquellos derechos que ya ingresaron al patrimonio del trabajador, como también a la renuncia realizada una vez finalizado el contrato de trabajo, trayendo esta última materia graves problemas en relación a los finiquitos suscritos al término de la relación laboral.

En cuanto a la extensión material de esta prohibición, quedan incluidos en ella, en primer lugar, las disposiciones legales de derecho necesario, es decir, todos aquellos preceptos imperativos de contenido laboral.

En segundo lugar, aquellos derechos reconocidos como indisponibles por un convenio colectivo. Esta expresión ha venido entendiéndose generalmente en el sentido de que no implica la necesidad de que los convenios colectivos lleven a cabo una expresa atribución de indisponibilidad, sino que tal atribución puede ser implícita e incluso deberá presumirse.¹⁷

Habiéndonos referido ya a los límites conceptuales reconocidos por la doctrina, corresponde ahora hablar de las barreras impuestas por la ley, las cuales en su mayoría, están consagradas en el artículo 12 del Código del Trabajo y que comprende aquellos temas respecto los cuales el legislador permite, expresamente, que el empleador ejerza la facultad del ius variandi. Estas son tres:

- a) Naturaleza de los servicios.
- b) Sitio o recinto en que deben prestarse los servicios.
- c) Distribución de la jornada de trabajo.

Sin embargo, otros límites de la misma naturaleza aparecen consagradas en los artículos 24, 29, 89, 243 del mismo cuerpo legal, y plantean casos en los cuales tiene aplicación la institución del ius variandi.

Vemos que todos estos casos tiene en común, el hecho de exigir que el empleador cumpla ciertas condiciones bajo las cuales será legítimo el ejercicio del ius variandi. Sin embargo, cuando el empleador ejerza su facultad en materias distintas a las recién indicadas, o bien, no cumpla con los requisitos ahí señalados, simplemente estará haciendo una modificación unilateral del contrato de trabajo, que generará una serie de consecuencias que se analizarán más adelante.

3.2.3. Naturaleza de los servicios.

Es este el primer aspecto que el artículo 12 nos muestra como modificable, por la voluntad unilateral del empleador.

La posibilidad de modificar la naturaleza de los servicios se conoce como “movilidad funcional”, concepto que según la doctrina española, consiste en: “el cambio de las

¹⁶ Derecho del Trabajo, Fuentes y Contrato Individual, por Ignacio Albiol Montecinos “et al”, Valencia, Tirant lo Blanch 2000.p.187

¹⁷ Albiol Montecinos, Ignacio “et al” ob cit p.188

funciones habitualmente prestadas por el trabajador”¹⁸

De un análisis literal de la palabra “naturaleza”, podría concluirse se le permitiría al empleador cambiar la esencia o sustancia de los servicios que debe prestar el trabajador. Sin embargo, haciendo una interpretación acorde a lo que señala más adelante la misma norma y, tomando en consideración la característica y límites de esta institución, no parece correcto asumir tal posición. Es así, que este precepto señala como una de las condiciones que debe cumplir el empresario para ejercer legítimamente la facultad, que la modificación recaiga en “labores similares” y que ésta no importe menoscabo para el trabajador.

Si bien la ley muestra como necesario el cumplimiento copulativo de que la modificación sea a “labores similares” y la no producción de “menoscabo”, para que esta facultad sea ejercida legítimamente, a nuestro parecer estos dos conceptos se entrelazan. Decimos esto, porque en la medida que el cambio no sea a labores similares por exigir por ejemplo, mayor destreza intelectual o menor salario, estamos ante un menoscabo, término en el que nos concentraremos en el tercer capítulo de este trabajo.

En conclusión, lo que la ley permite modificar o variar al empleador es más bien, la manera o forma en que se prestan los servicios, y no la esencia de éstos, esencia que tiene el carácter de permanente e inmutable.

Si bien queda al criterio de las partes contratantes determinar la forma, más o menos exhaustiva, en que definen las labores a realizar por el trabajador, permitiéndose incluso la existencia de cláusulas polifuncionales, lo que no puede jamás dejar de existir, es la determinación de la naturaleza de los servicios. Es más, el artículo 10 del Código del Trabajo prescribe que es una de las estipulaciones mínimas que debe tener el contrato. Claramente, a menor determinación en este punto, mayor será la problemática que se originará al momento de determinar si el empleador actuó o no, dentro de los límites legales, impuestos para el ejercicio del ius variandi.

3.2.4. Lugar o recinto en que deben prestarse los servicios

El segundo aspecto regulado por el artículo 12 como modificable a través del ejercicio del ius variandi, es el sitio o recinto en que se prestan los servicios.

Para entender la magnitud e importancia que el legislador le ha dado a este tema, y lo cuidadoso que ha sido en regular una eventual modificación en este sentido, es necesario recalcar que el artículo 10 N° 3 del Código del Trabajo prescribe: “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones: N°3: Determinación de la naturaleza de los servicios y el lugar o ciudad en que hayan de prestarse.” Luego, el mismo artículo en sus incisos tercero y cuarto hace una referencia al mismo tema en cuanto indica: “Cuando para la contratación de un trabajador se le haga cambiar de domicilio, deberá dejarse testimonio del lugar de su procedencia”. Continúa en el inciso cuarto, diciendo que: “Si por la naturaleza de los servicios se precisare el desplazamiento del trabajador, se entenderá por lugar de trabajo toda la zona geográfica que comprende la actividad de la empresa. Esta norma se aplicará especialmente a los viajantes y a los

¹⁸ Albiol Montecinos, Ignacio “et al” ob cit p.188p.372

trabajadores.”

Para la doctrina, la exigencia de pactar el lugar en que han de prestarse los servicios, tiene por finalidad otorgar certeza jurídica y evitar que esta materia quede entregada al arbitrio del empleador. Por ello es que en general, no son aceptadas las cláusulas amplias que dejen al criterio del empleador la elección de la ciudad o el lugar en que prestarán los servicios, o aquellas en que el trabajador se obliga a prestar el servicio convenido, en cualquier lugar del país en donde la empresa tenga oficinas o clientes.

A nuestro parecer y, a diferencia del caso anterior, la exigencia de que el nuevo recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, y que el trabajador no sufra menoscabo, son requisitos que deben darse copulativamente. Consideramos que no son conceptos entrelazados pues en este caso, el menoscabo es más amplio y va más allá del problema de determinar si el lugar o recinto se encuentra dentro de la misma ciudad. El menoscabo en este caso significa analizar diversas circunstancias como por ejemplo, si el costo de la locomoción para llegar al nuevo lugar de trabajo es mayor que el anterior.

Por otro lado, la exigencia de que el nuevo sitio o recinto de trabajo quede dentro del mismo lugar o ciudad, no es fácil de determinar y requiere de un análisis casuístico. Debemos analizar para ver si estamos frente a un ejercicio legítimo de esta facultad, circunstancias como por ejemplo, si el cambio de recinto se da en un pueblo pequeño o en una gran ciudad, por las implicancias económicas que ello acarrearía.

3.2.5. Distribución de la jornada de trabajo convenida

El tercer aspecto a que se refiere el ejercicio del ius variandi en el artículo 12, es la posibilidad que se le reconoce al empleador para alterar la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo.

En esta oportunidad, la ley también establece dos condiciones copulativas para el ejercicio legítimo del ius variandi. Estas son:

- a) Que se de aviso al trabajador de esta modificación, a lo menos con treinta días de anticipación.
- b) Que la modificación obedezca a circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o conjuntos operativos.

Con la imposición de estos requisitos el legislador busca evitar el ejercicio arbitrario de la facultad, además que la medida adoptada por el empresario tenga como asidero una necesidad de la empresa y que no se trate de una decisión caprichosa.

3.3. Límites funcionales

Este segundo tipo de límite se vincula con la forma en que se ejerce el ius variandi. A diferencia de los límites conceptuales que se referían al ámbito en el cual el empleador puede ejercer legítimamente la facultad, los límites funcionales se refieren a la forma, en que dentro de ese ámbito, deben ejercerla.

La idea de que el ius variandi no puede ejercerse caprichosamente, sino que debe

encuadrarse dentro de ciertas reglas, es algo que no admite discusión. De esta forma, la doctrina reconoce estas barreras tanto para el empleador como para el trabajador.

3.3.1. Desde la perspectiva del empleador

Analizar el límite funcional desde la perspectiva del empleador implica, en cierta forma, resolver la interrogante de por qué el empresario está ejerciendo su facultad.

Como ya dijimos, gran parte de la doctrina esta de acuerdo en que el fundamento del ius variandi lo encontramos en el poder de dirección del empresario, sin embargo, el asunto está en dilucidar si esta potestad puede ser ejercida sin motivo alguno o bien, existen limitaciones que aún cuando no tengan una consagración en la ley, se encuentran en el trasfondo de la institución.

Al respecto, creemos que el ejercicio de esta facultad debe basarse siempre, en las exigencias objetivas de la empresa. Esta idea de alguna manera, está recogida en el inciso segundo del artículo 12 del Código del Trabajo cuando señala: “Por circunstancias de la empresa o establecimiento o alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos (...)”

En definitiva, este límite significa es que el empleador no puede ejercer de manera inmotivada esta facultad, siempre es necesario que justifique su actuar, y esta motivación no puede ser otra cosa que la necesidad de organizar a los factores productivos de manera de obtener así una mejor gestión empresarial.

3.3.2. Desde la perspectiva del trabajador

Si bien el ius variandi es una facultad reconocida únicamente al trabajador, es innegable que el menoscabo que eventualmente puede sufrir él, es uno de los principales frenos al ejercicio abusivo de esta facultad por parte del empleador.

Para el trabajador, lo principal es que este ejercicio no le cause perjuicio, sea en el ámbito material o económico, profesional, moral o en su dignidad como ser humano. A continuación, nos referiremos someramente a algunas de esas circunstancias perjudiciales o menoscabantes, pues será en el tercer capítulo de este trabajo en el que analizaremos a fondo, el tema del menoscabo laboral.

Se causa daño material inmediato si por ejemplo, se rebaja el salario o quitan los beneficios, en especies pactados, que el trabajador estaba percibiendo antes de la modificación. Se causa daño material eventual, si por ejemplo se traslada al trabajador a un lugar que perjudica su carrera dentro de la empresa. Por último, se causa daño moral si por ejemplo, la tarea asignada al trabajador o el lugar al que es enviado, tiene condiciones ambientales adversas.

Por último, debe dejarse en claro la diferencia que existe entre aquellas modificaciones unilaterales del contrato de trabajo por parte del empleador, y las simples molestias que pueden provocar cambios en la rutina de trabajo del empleado. No entenderlo así significaría no apreciar, en su justa dimensión, los límites impuestos para un ejercicio legítimo del ius variandi.

3.4. Ius Resistenciae

El Ius Resistenciae o derecho de resistencia, es aquel derecho del trabajador, correlativo al poder de dirección del empleador, consistente en la facultad que tiene el empleado para negarse a actuar frente al ejercicio arbitrario del poder de dirección del empresario cuando éste es ilícito o contrario a los principios o técnicas de su profesión.

A pesar de que en doctrina no suele incluirse a este derecho como un límite al ejercicio del ius variandi, pensamos que su ejercicio opera también de esta forma. Para entender la relación existente entre Ius Variandi y Ius Resistenciae, es necesario referirse a la correspondencia entre el poder de dirección del empleador y el deber de obediencia del trabajador, y cómo de la interrelación de ambos surge el Ius Resistenciae

Para la doctrina española “trabajar por cuenta y bajo dependencia ajenas implica hacerlo “dentro del ámbito de la organización y dirección” del empresario, lo que a su vez, supone necesariamente que el empresario tenga reconocida la posibilidad de impartir ordenes en relación con el trabajo que se le presta. Existe pues una atribución legal al empresario de la facultad de impartir órdenes e instrucciones que el propio contrato de trabajo no puede desconocer”.¹⁹

La legitimidad de la orden empresarial debe ser subjetiva como objetiva. Lo primero significa que la orden debe necesariamente emanar de una persona competente para darla. El aspecto objetivo de la legitimidad en cambio, significa que el contenido de la orden debe ser lícito. Licitud bastante amplia ya que abarca un: A) aspecto moral, es decir no atentar contra la moral y las buenas costumbres; B) aspecto penal, que significa que la orden no debe contener la comisión de algún delito; C) laboral o contractual, que significa que la orden no atentará contra derechos subjetivos reconocidos a los trabajadores, ya sea por ley, convenio colectivo, contrato individual o la costumbre.

Sin embargo, ¿quién determina la legitimidad de la orden dada por el empresario?

En teoría, son dos las soluciones que pueden dar respuesta a esta interrogante. O bien se concede al trabajador la posibilidad de que sea él quien valore la legitimidad de la orden, obedeciendo o no. O bien, se presume la legitimidad de la orden imponiéndose un deber abstracto de obediencia. Sólo en el caso de encontrarnos en el primero de los casos, se configuraría el ius resistenciae.

La jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto a reconocer al empleador una presunción de legitimidad de las órdenes impartida a sus empleados, encontrándose éste último en la obligación de acatarla. Sin embargo, podrá reclamar contra aquella orden que estime ilegítima.

En conclusión, este derecho de resistencia del trabajador opera como límite al ius variandi, al ser una de las posibilidades que tiene el trabajador ante una orden del empresario que exceda del ejercicio legítimo de su facultad, ya sea porque se modificó el contrato de trabajo en una materia no señalada por ley como modificable, o porque la forma en que se llevó a cabo esta facultad, no se encuadró dentro del margen que

¹⁹ Albiol Montecinos, Ignacio “et al” ob cit p.188 p.615 y 616

permite la legislación.

CAPÍTULO SEGUNDO.

1- LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro del ordenamiento jurídico chileno, la Constitución Política de 1980 consagra una serie de derechos fundamentales en términos amplios y que, sin lugar a dudas, pueden ser llevados al campo de las relaciones laborales. En este capítulo analizaremos algunos de aquellos derechos fundamentales del trabajador, como sujeto al interior de la empresa, no sin antes, explicar qué es lo se entiende por derechos fundamentales o humanos en general.

Complejo resulta determinar qué debemos entender por derechos fundamentales, en vista de que éstos están, en parte, condicionados por las diversas ideologías que sobre este tipo de derechos existe.

Para el autor español, Carlos Santiago Nino son: “los derechos morales que los hombres tienen (...) por el hecho de ser hombres”, agregando que “la existencia de los derechos individuales en tanto derechos morales, no está condicionada a su reconocimiento a través de ciertas normas jurídicas ya que ellas incluyen, precisamente,

pretensiones de que se establezcan normas jurídicas prescribiendo medios de protección de derechos en cuestión”²⁰.

En nuestro país, el profesor Carlos Peña, desde el punto de vista intrínseco de estos derechos, señala que: “cuando en un lenguaje natural se utiliza la expresión derechos humanos, la palabra ‘derechos’ aparece empleada para aludir por modo predominante, a títulos o facultades que asisten a las personas y no, en cambio, para aludir a las normas o disciplinas cognoscitivas acerca de esas normas. Cuando, a su turno, a tales derechos se les adjetiva de ‘humanos’ se quiere decir con ellos que se trata de facultades para cuya titularidad es condición necesaria y a la vez suficiente pertenecer a la clase de seres humanos, o sea, se quiere poner de manifiesto que se trata de derechos cuya única condición de aplicación es la pertenencia a la especie humana”²¹.

En su génesis, estos derechos fundamentales nacieron como una herramienta de la concepción política liberal, respondiendo a un contexto histórico determinado. Así, fueron vistos durante mucho tiempo, como una herramienta que el sistema jurídico ponía a disposición de ciertos sectores sociales para controlar el poder político del Estado, dejando ciertos espacios, especialmente económicos, fuera de la órbita del control público. Sin embargo, durante el siglo XX, se rompió la estrecha relación existente entre la doctrina liberal y los derechos fundamentales como consecuencia del surgimiento de concepciones más sociales de la comunidad. A partir de ese momento, se fue produciendo una notable extensión de los derechos fundamentales que se manifestó de dos formas. Primero, significó el reconocimiento de nuevos derechos en la categoría de fundamentales, es decir, aquellos conocidos actualmente como derechos sociales. Segundo, se amplió el campo de acción de los derechos humanos, que ya no sólo se restringieron al ámbito de control del poder político del Estado, sino a su aplicación directa e inmediata en las relaciones entre privados. Esto último, es lo que se conoce en doctrina como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y que actualmente rige en Chile, aunque de manera innominada.

En palabras de Carlos Peña, la recepción de esta doctrina en nuestro ordenamiento jurídico, significa: “la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de sus relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho a la moral del autor”²².

No es difícil advertir que las consecuencias de esta doctrina, son importantísimas para aquellas diversas ramas del Derecho que se agrupan bajo la denominación de Derecho Privado. Esto porque los derechos fundamentales deberán ser considerados, especialmente, por los órganos judiciales como criterios a tomar en cuenta a la hora de

²⁰ Nino, Carlos Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, 2003, p. 417.

²¹ Peña González, Carlos. Sobre Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos. Revista de Derecho y Humanidades. Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 2, año 1995. pp45-61

²² Peña González, Carlos, et al. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Santiago. Cuaderno de Análisis Jurídico. Publicaciones Especiales. Universidad Diego Portales. 1996. N° 6 p.667.

solucionar litigios.

Señala el profesor Luis Lizama al respecto, que: “Así, en el mundo del derecho laboral (...) la efectividad directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, plantea significativos desafíos tanto para los tribunales como para la doctrina, tal como, para citar sólo un ejemplo, ocurre en materia de terminación de contrato de trabajo. En efecto, mientras nuestros tribunales resuelven demandas por despido injustificado en base a causales taxativamente contempladas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo, nuestra doctrina laboral elabora y clasifica lo que se denomina ‘sistema de terminación del contrato de trabajo’, construyendo, incluso, una clasificación entre causales objetivas y subjetivas, en base a esos mismos artículos (...). El problema es que (...), nadie se hace cargo, porque no está previsto en las causales del término del Código del Trabajo, de qué ocurre cuando el despido, bajo la forma o cobertura de una causal legal, importa la infracción o vulneración de un derecho fundamental, tal como el derecho a no ser discriminado, establecido en el artículo 19 N° 16, de nuestra Constitución”. El mismo autor, termina esta idea, señalando que: “Surge así, junto al despido injustificado, una idea desconocida tanto para los tribunales (...) como para la doctrina nacional, que viene a romper el clásico esquema (...), y que corresponde al despido discriminatorio”²³.

Esta última idea, nos parece y nos atrevemos a aseverar, no es muy lejana al el concepto de menoscabo laboral que se produce por el ejercicio ilegítimo que el empleador hace del *ius variandi*. Esto, porque en cierta medida, es posible encontrar, frente al menoscabo o perjuicio sufrido por trabajador, una grave vulneración de sus derechos fundamentales.

Luego de un breve acercamiento al tema de los derechos fundamentales en general, cabe preguntarse ¿cuál es la razón específica por la cual el tema de los derechos fundamentales, al interior de la relación laboral, deba ser objeto de algún grado de preocupación? La respuesta a dicha interrogante parece, a primera vista, superflua debido a las características de universalidad e inherencia de los mismos, que hace que sean éstos exigibles en cualquier tipo de relación jurídica, sea esta de derecho público como privado. Sin embargo, es necesario resaltar un punto diferenciador, que hace que el tema estos derechos en la relación laboral sea distinto al tratamiento de éstos, en otras relaciones de derecho privado. La respuesta es simple, y la encontramos en la ausencia de un elemento existente en el esquema clásico de las relaciones de derecho privado, cual es, el plano de igualdad en el que se desenvuelven y coordinan los distintos sujetos. Así, un elemento particular y propio en la relación laboral y, que lo distingue de los otros vínculos de ámbito privado es, precisamente, la subordinación o dependencia del trabajador en relación a su empleador. Es por este motivo que, reconocidos los derechos fundamentales en este tipo de relación jurídica, se hace compleja su aplicación. Esto es, ¿cómo se compatibiliza, en una misma relación jurídica, la existencia de un vínculo de subordinación de un sujeto a otro, y al mismo tiempo, el ejercicio pleno de los derechos fundamentales del subordinado? Lo recién señalado ha sido expresado por Baylos Grau

²³ Lizama Portal, Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Los Derechos Fundamentales y la Relación Laboral. Apuntes de clases . Santiago, Universidad Diego Portales. 2005, p.159.

de la siguiente manera: “es como si se propusiera una dinámica de dos ciudadanías, fuera y dentro de la empresa (...) No hay continuidad entre la ciudadanía externa de la empresa y dentro de ella.; es más, ambas parecen responder a lógicas antitéticas, pues los derechos fundamentales reconocidos fuera de la empresa son de difícil aplicación en la relación de trabajo, salvo su imposición legal a través de la negociación colectiva”²⁴. De esta manera es que se provoca una tensión entre el goce de los derechos fundamentales por parte del trabajador y la facultad de mando que tiene el empleador respecto del primero.

El mismo autor, por ejemplo, se plantea las siguientes interrogantes: ¿cómo se garantiza la libertad de expresión del trabajador, sin que se entienda que una crítica pública a la empresa corresponde a un incumplimiento grave de las obligaciones? ¿Cómo se reconoce el derecho a la intimidad, frente al empleador que establece un mecanismo de revisión de los trabajadores, e incluso, controles médicos y psicólogos., en ejercicio del poder de dirección de la empresa? ¿Cómo se compatibiliza el derecho a no ser discriminado en el acceso a un empleo con la libertad de contratación del empleador?

Luego de lo anterior, podemos entender por qué los derechos fundamentales de los trabajadores, pese a su formal reconocimiento, pueden quedar relegados, en la práctica, a simples postulados normativos vacíos de contenido.

2. LIBERTAD IDEOLÓGICA

Este derecho que es quizás uno de los más importantes de todos los derechos fundamentales, se encuentra garantizado por tratados internacionales como también, por la Constitución Política de la República en su artículo 1° y el 19 N°6.

El artículo 1° señala que: “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, lo que significa un reconocimiento, en términos generales, del derecho a la libertad. El artículo 19 N°6 no hace más que reafirmar, en uno de sus aspectos esta libertad, esto es la libertad ideológica o de conciencia. La privación de este derecho es imposible si la concebimos en un sentido purista, ya que nadie puede privar o limitar la conciencia de otro. Lo que si puede suceder en cambio, es que una persona limite o restrinja cualquier forma de expresión de dicha libertad ideológica.

La libertad ideológica se manifiesta en diversos campos, interesándonos en esta oportunidad, aquellos que pueden configurar un menoscabo en la persona del trabajador. Estas son la libertad religiosa, la libertad política, la libertad sindical y por último, la libertad de opinión. Sin embargo, antes de abordar ese tema, creemos que se hace necesario una breve aproximación al tema de las empresas ideológicas ya que son estas organizaciones las que, bajo ciertas circunstancias, pueden llegar a limitar este derecho.

²⁴ Baylus Grau, Antonio. Derecho del Trabajo: un modelo para armar. Madrid, Editorial Trotta, 1991. p99. (citado por Lizama Portal, Luis en Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa)

2.1. Empresas ideológicas ¿un límite a la libertad?

Por estar absolutamente relacionado con el derecho a la libertad ideológica, es que consideramos indispensable tratar el tema de las empresas ideológicas o de tendencias.

En primer término se hace necesario precisar qué es lo que se entiende por empresa ideológica, adscribiéndonos al concepto restringido de ésta. Esto es, toda organización que tenga por finalidad estar al servicio, cultivo y difusión de una ideología sea esta de contenido religioso, político, sindical, etc., no teniendo este carácter, por lo tanto, aquellas empresas u organizaciones que sólo tienen en su proceso productivo un componente ideológico, siendo sólo instrumentales de las primeras. Dentro de éstas últimas estaría, por ejemplo, un periódico que señale estar adscrito a una determinada ideología.

Después de precisar el alcance de este concepto, podemos sostener que la ideología de un trabajador dentro de este tipo de empresa forma parte de la idoneidad personal para optar al empleo. No obstante lo anterior, esto debe precisarse considerando siempre la labor concreta que desarrolla el trabajador dentro de la organización, “de manera que los trabajadores que desarrollen tareas conectadas con la ideología propugnadas por aquellas, verán severamente limitados sus derechos de libertad ideológica, porque la ideología misma entra a formar parte del objeto del contrato de trabajo”²⁵. Siendo así, el postulante al trabajo podría por ejemplo, ser interrogado en el proceso de selección acerca de sus creencias religiosas o políticas sin que eso implique una conducta discriminatoria, o de vulneración a su intimidad o vida privada. Sería el caso, por ejemplo, del trabajador que está encargado de la preparación de los textos que sirvan de reflexión a los fieles de la respectiva organización religiosa. Por el contrario, si la labor que le corresponde desempeñar al trabajador no implica un compromiso directo con la ideología de la empresa, cualquier consideración de los factores religiosos o políticos al momento de la no admisión del trabajador al empleo, constituiría una conducta discriminatoria, como sería, aprovechando el ejemplo anterior, el del personal de aseo de la organización religiosa. Es más, el postulante y futuro trabajador de dicha empresa, podría llegar a profesar una ideología absolutamente distinta a la empresa en la cual trabaja, siendo esto, absolutamente irrelevante al momento de de la contratación.

2.2. Libertad religiosa

El artículo 19 N°6 de la Constitución asegura a todas las personas la libertad para la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, buenas costumbres o al orden público.

El Pacto de San José de Costa Rica consagra también la libertad de conciencia y de religión, precisando que este derecho implica una libertad para conservar o cambiar la religión o sus creencias, así como también, la libertad de profesar y divulgar la religión o creencias propias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

²⁵ Aparicio Tovar, J. Empresas ideológicas y derechos Fundamentales del trabajador, en Autoridad y Democracia en la Empresa. Madrid, Trotta, 1992.

Por último, la ley 19.638 en su artículo 1°, establece como deber del Estado el garantizar la libertad religiosa y de culto en los términos que establece la Constitución, consagrando además en su artículo 6° una serie de facultades con la finalidad de hacer efectiva dicha libertad de culto.

Así vemos que nuestro ordenamiento jurídico contiene una serie de disposiciones jurídicas protectoras de este derecho fundamental. Además, esta materia no queda fuera de la normativa laboral ya que el Código del Trabajo, en su artículo 2°, establece a la religión como un factor de discriminación, sin embargo, se estaría refiriendo más bien a otro de los derechos fundamentales, cual es, el derecho a la igualdad y no discriminación. Sin embargo, la libertad religiosa abarca muchos otros conflictos en materia laboral, en especial, en el ámbito de la práctica de los ritos y creencias que conlleva profesar una determinada religión. Por ejemplo, ¿Qué ocurre con un credo que plantea como día de descanso semanal, un día distinto al domingo, que es el que contempla la legislación laboral inspirada por la fe Católica?, ¿Tiene derecho un trabajador a exigirle a al empleador, respeto a sus prácticas religiosas, como sucedería con un musulmán que debe orar cinco veces a día, por establecerlo así el Islam?, ¿Podrían constituir, una excepción al respeto de la libertad religiosa, las organizaciones religiosas respecto de la fe de sus trabajadores?.

Éstos y muchos otros problemas pueden surgir, dentro de la relación laboral, al momento de poner en práctica este derecho fundamental.

Relacionándolo con el tema de este trabajo, el menoscabo laboral, vemos que cualquier variación o modificación que el empleador haga en la naturaleza de los servicios que realiza el trabajador podría, eventualmente, producir un menoscabo para él.

2.3. Libertad política

Es otra de las formas en que se manifiesta la libertad de conciencia y que la Constitución Política ampara.

Si bien la legislación laboral contempla, expresamente, a la opinión política como un factor sospechoso, que podría llegar a transformarse en discriminación hacia el trabajador, no hace referencia alguna a la libertad política de los trabajadores, lo cual, es coherente con el ordenamiento jurídico. Lo anterior, debido a que se trata de una libertad de carácter general, garantizada constitucionalmente y que no se restringe a alguna rama del Derecho. Al incluirse expresamente en el Código del Trabajo, se incurriría en el mismo error que se comete por establecer expresamente factores sospechosos de discriminación sin dejar, simplemente, una fórmula abierta como la consagrada en el artículo 19 N° 16 de la Constitución. Una enumeración expresa como la mencionada, significa el deber de incorporar cada factor en el futuro que se crea, es sospechoso y necesario para evitar la discriminación.

Respecto de los eventuales conflictos que pueden surgir a propósito de la vulneración de este derecho, podemos imaginarnos, al igual que en el caso de la libertad religiosa, lo que ocurriría en la contratación de personal en las llamadas empresas ideológicas.

2.4. Libertad sindical

Corresponde hacer una breve mención a la libertad sindical, por cuanto no es otra cosa que otra de las variantes de la libertad ideológica. Además, tiene especial relevancia por el hecho de encontrarse resguardada, especial y expresamente, en la Constitución Política en su artículo 19 N°19, como también por el artículo 214 del Código del Trabajo, que señala el carácter de voluntario que tiene este derecho.

No nos parece adecuado extendernos, en esta oportunidad, en este tema por cuanto si bien la libertad sindical es un derecho fundamental del trabajador, es netamente laboral y no de aquellos innominados, que le corresponden al trabajador por el simple hecho de ser humano, y, que son los que tratamos en este capítulo.

2.5. Libertad de expresión

Al referirnos a este derecho, creemos que se hace necesario hacer una distinción entre la libertad de expresión y la libertad de difusión de información.

La libertad de expresión u opinión, es el derecho constitucionalmente reconocido a toda persona a expresar o exteriorizar su pensamiento, la libertad de difusión de información, en cambio, se entiende como la posibilidad que le cabe a toda persona de transmitir uno o más antecedentes o información, que sea veraz y contrastada aún cuando finalmente, resulte errónea. Ambos aspectos de la libertad importan al derecho laboral, ya que por un lado, la libertad de expresión es una manifestación de ciudadanía que no puede limitarse de forma alguna, de modo que todo trabajador tiene un derecho constitucional de manifestarse acorde a sus propias convicciones y postulados, sin que la labor que desempeña dentro de la empresa, sea impedimento para el ejercicio de ese derecho. No obstante lo anterior, podría admitirse cierto grado de restricción a la libertad de expresión, pero no respecto del derecho en sí mismo sino en cuanto a la oportunidad de ejercerlo, estando este tipo de límite dado por el cumplimiento de de las obligaciones de carácter laboral que asume el trabajador en virtud del vínculo contractual con el empleador.

En este mismo sentido, resulta conveniente distinguir entre la libertad de expresión dentro de la empresa, como fuera de ésta. En la primera situación, es decir, la libertad de expresión dentro de la empresa se podría, eventualmente, dar cabida a algún tipo de restricción en cuanto se obstaculice el cumplimiento de la función que es a su vez, la obligación del trabajador, pero siempre que no signifique conculcar el derecho en si. Otra situación de restricción en el mismo sentido, es la que se da en las empresas ideológicas, tema que ya fue tratado en el punto 3.1 de este capítulo.

La libertad de opinión fuera de la empresa en cambio, no admite restricción alguna ya que lo contrario, atentaría no sólo contra el derecho que estamos tratando sino que también, contra el derecho a la privacidad e intimidad. Si la manifestación de opinión por parte del trabajador fuera de la empresa se da en el ámbito público, tampoco se admiten restricciones, sin perjuicio de la responsabilidad que el ejercicio de este derecho pueda

traer al trabajador como miembro de una organización, como sería el caso de una manifestación pública que un trabajador haga de su opinión y que comprometa la imagen de la empresa en que labora, o bien, la revelación de información confidencial de la misma, y que le ocasione perjuicios a la empresa.

Por último, vemos que la importancia de la diferenciación entre libertad de opinión y libertad de difusión de información, radica en el manejo de información y datos que los trabajadores tienen de los procesos productivos de labores o el manejo de información que significa, para la empresa, una posición estratégica por sobre la competencia, de forma que su difusión atentaría contra los intereses legítimos del empresario. Es bajo esta perspectiva que se pueden entonces admitir, ciertos límites a la libertad de expresión del trabajador en cuanto se le prohíba la difusión de información, como parte de la relación contractual laboral existente entre él y su empleador y que, en otro contexto, serían actuaciones absolutamente legítimas del trabajador. Respecto de este tema es que la jurisprudencia española ha señalado que: “el interés empresarial debe ser lo suficientemente importante para que la limitación del derecho fundamental sea la única solución para el logro de un legítimo interés empresarial, lo que deberá deducirse caso por caso”.

3. DERECHO AL RESPETO A LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR.

Nuestra Constitución en su artículo 1º inciso primero, establece que: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, principio que se hace aplicable a todas las ramas del Derecho. Sin embargo, este principio ha sido confirmado en el ámbito laboral, por su incorporación en el inciso final del artículo 154 Código del Trabajo. Esta norma se encuentra en concordancia con la introducción, a la legislación laboral, de otros derechos fundamentales del trabajador.

No obstante lo anterior, la incorporación este derecho al Código del Trabajo no se realizó considerando la real importancia de éste. El derecho a la dignidad tiene, en la Constitución, un aspecto positivo y sustancial. En el Código del Trabajo en cambio, se estableció como una tutela negativa a la dignidad del trabajador, ya que sólo impone restricciones y condiciones al empleador que limitan su potestad de mando, produciéndose así lo que se conoce como colisión de derechos fundamentales, en este caso, entre el derecho de propiedad que tiene el empleador de los medios de producción como el de la libertad de empresa, y la dignidad del trabajador.

Para concluir esta idea tenemos que por un lado, la inclusión de este derecho a la normativa laboral se relaciona directamente, como ya dijimos, con las restricciones que se imponen al empleador con la finalidad de evitar la vulneración de la dignidad del trabajador.

Del otro lado, podemos ver que el reconocimiento de este derecho se relaciona con las obligaciones y prohibiciones a que están sujetos los trabajadores en el Reglamento

Interno de Orden, Higiene y Seguridad y, en general a toda medida de control impuesta por el empleador sobre sus trabajadores, como lo es por ejemplo, la revisión del trabajador al salir del recinto de trabajo, control de llamadas telefónicas o exámenes médicos de toda índole.

Las condiciones que impone, al empleador, la ley laboral para asegurar así el respeto a la dignidad de los trabajadores, son las siguientes:

La incorporación de dichas medidas al reglamento interno de orden, higiene y seguridad.

2- Aplicar las medidas a través de medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral.

Aplicar medidas con un carácter general, es decir, no ha un trabajador determinado.

Llevar a cabo estas medidas de manera impersonal.

Así es, que considerando la posible colisión entre el derecho de propiedad y libertad de empresa que tiene el empleador, con el derecho a un trato digno que tiene y se le reconoce al trabajador, podríamos decir, por ejemplo, que sería legítimo para el primero establecer ciertas medidas de control como instalar circuitos cerrados de televisión en los lugares de faena, pero no hacer lo mismo en lugares como los baños. Esta postura ha sido reconocida por la reitera jurisprudencia existente al respecto, y, que se uniforma en el siguiente pensamiento: “existe justificación legal para que las empresas adopten medidas de revisión, siempre que estén destinadas a evitar que se atente contra los derechos ya enunciados, (derecho a la vida e integridad física de las personas, derecho a la salud y el derecho a la propiedad), y que su práctica no viole o atente contra otros derechos, como sería la honra y la dignidad de las personas”²⁶.

Existen otros puntos no tratados expresamente en la normativa laboral pero que, no obstante, se subentienden.

El primero, se refiere a que la implementación de estas medidas debe ser siempre concordante con la relación laboral, es decir, de carácter preventivo y jamás ser instauradas para hacer frente a una situación aparentemente anómala o de carácter delictivo. Esto último, significaría que la medida tendría un rasgo investigador o prepolicial, que vulnera el respeto a la honra y dignidad del trabajador.

Por otro lado, las medidas de que se valga el empleador, deben ser de un carácter técnico y despersonalizado, esto es, señalar expresamente en el Reglamento Interno la forma que éstas adoptaran. Por esto, es que no es dable que se utilicen criterios discrecionales para la selección de los trabajadores que se sometan a las medidas de control, como tampoco medidas ilegales o arbitrarias, como lo serían por ejemplo, la si se trata de la revisión física a mujeres y ésta no se realice en un lugar cerrado que no resguarda su privacidad o por una persona de distinto sexo.

Por último, las fórmulas que contempla el Reglamento, para determinar quién será sometido a alguna de estas medidas de control, deben de ser aleatorias para asegurar la impersonalidad de la medida o bien, aplicarse sobre la totalidad de los trabajadores por

²⁶ Inspección del Trabajo, Ordinario N° 2060/0176 del 22.05.2000.

igual.

Sin embargo, la dignidad de los trabajadores dentro de una empresa va más allá de todos los resguardos enunciados acerca de la forma de llevar a cabo las medidas de control de parte del empleador. Esto, porque es un principio de rango constitucional lo que significa que es aplicable al campo de las relaciones laborales, sin ser necesario que esté expresamente resguardado en el Código del Trabajo. Es por esto, que a continuación nos referiremos al acoso sexual que como veremos, está íntimamente relacionado con la vulneración a la dignidad del trabajador.

3.1. El acoso sexual como atentado a la dignidad del trabajador

Directamente relacionado con la vulneración a la dignidad del trabajador, está el acoso sexual, tema que hasta hace poco nuestra legislación se encontraba bastante atrasada, en relación al Derecho Comparado.

Si bien hasta hace poco en el texto del Código del Trabajo no encontrábamos un sólo artículo que hiciera referencia al acoso sexual, actualmente se acaba de aprobar la Ley 20.005 sobre prevención y sanción de este tipo comportamiento, con lo cual no cabe duda que éste constituye una práctica atentatoria contra la dignidad de la persona humana, un derecho fundamental consagrado en la Constitución, de forma que su titular afectado puede y debe, perseguir su protección por el ordenamiento jurídico, tanto en sede administrativa como jurisdiccional.

La Inspección del Trabajo ha señalado, por su parte que: “el acoso sexual corresponde en lo fundamental a una conducta ilícita que lesiona diversos bienes jurídicos del trabajador afectado tales como la integridad física y síquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y la libertad sexual, todos derechos derivados de la dignidad de la persona, cuestión, por lo demás, expresamente protegida en la nueva redacción del artículo 2º del Código del Trabajo al señalar que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”.²⁷

En lo referido al concepto de acoso sexual la ley en comento modificó el artículo 2º del Código del Trabajo, disponiendo que se entiende por acoso sexual “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”²⁸

De este modo, existe acoso sexual, según lo dispuesto por la norma legal recién citada, cuando una persona, ya sea el empleador u otro trabajador, efectúa o solicita requerimientos de naturaleza sexual al afectado(a), no consentidos por éste, amenazándolo en su situación y entorno laboral o perjudicándolo en sus oportunidades en el empleo.

En ese sentido, cabe precisar que las conductas constitutivas de acoso no se

²⁷ Dictamen Nº 1133/36 de 21.03.2005. Inspección del Trabajo.

²⁸ Dictamen Nº 1133/36 de 21.03.2005. Inspección del Trabajo.

encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, tal como se desprende del concepto legal recién transcrito, cuando señala que el acoso sexual puede producirse “por cualquier medio”, incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.

La ley ha entendido, al utilizar la expresión “amenacen o perjudiquen su situación laboral”, que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.

Esto significa que el acoso sexual no sólo comprende vías de hecho, sino que también agresiones psíquicas, las cuales pueden a su vez, ser condicionantes a la contratación o en el desempeño de la labor del trabajador.

Según la doctrina que se ha desarrollado al respecto, el acoso sexual puede provenir de distintas personas y no, necesariamente, tratarse de una conducta proveniente de un superior jerárquico, sino también de un compañero de trabajo o un tercero ajeno a la empresa, esto es lo que se conoce como “acoso sexual ambiental”. Este último punto adquiere real importancia para nosotras, ya que es fácil imaginar cómo se relaciona esto con el eventual menoscabo que puede sufrir el trabajador con el ejercicio de *ius variandi*, es decir, ya sea la variación de la naturaleza o recinto en el que desempeña sus labores y que provoque, que sus labores se desempeñen en un ámbito sexista.

A modo de conclusión, podemos decir que la represión del acoso sexual tiene su fundamento en el respeto y promoción de los derechos fundamentales de la persona afectada en el trabajo, cuestión que exige a las empresas, tal como lo señala la nueva redacción del artículo 153 del Código del Trabajo, la creación de “un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”.

4. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN.

El derecho a no ser discriminado informa todo el sistema jurídico y se dice que es una de las manifestaciones que adquiere el principio jurídico de la igualdad.

La expresión “discriminación”, como indican Lizama y Ugarte, comienza a ser usada en los textos internacionales recién en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 7° establece: “todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”²⁹

²⁹ Lizama Portal, Luis. Y Ugarte Cataldo, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. 1998. Editorial Jurídica Conosur, p.198.

Vuelve a ser utilizada dicha expresión, reforzando el derecho a no ser discriminado, en textos posteriores, como el Convenio sobre Derechos de la Mujer en 1952.

Sin embargo, recién nos encontramos con una definición para dicho término al celebrarse el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo en 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Allí, su artículo 1° letra a) señala que: “a los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Numerosos otros instrumentos han surgido al alero de la Organización Internacional del Trabajo, entre los que cabe destacar en particular la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de Junio de 1998, en la cual se consagra la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Un concepto acerca de lo que debe entenderse por discriminación en materia laboral, hallamos en Américo Plá quien la define como la exclusión de “todas aquellas diferencias que colocan al trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto, sin una razón válida ni legítima”³⁰.

En la doctrina nacional se ha dicho que discriminación es “Toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”³¹.

En el ordenamiento jurídico chileno, el derecho a no ser discriminado se encuentra resguardado en la carta fundamental a través del artículo 19 N° 16 inciso tercero, cuando garantiza a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, estableciendo que “se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o los límites de edad para determinados casos.”

Como puede observarse, no especifica cuáles serían los criterios que constituirían discriminación, sino que fija parámetros que podríamos considerar flexibles para entender qué debe entenderse por tal.

A nivel legal, con la incorporación al Código del Trabajo de la Ley 19.759, el artículo 2° del Código estableció que: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad ascendencia nacional u origen social, que tengo por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo

³⁰ Plá Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. p. 414. (Citado por Felipe Sáez Carlier en “El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales”. Boletín Oficial Dirección del Trabajo, N° 154 Año 2001).

³¹ Lizama Portal, Luis. Y Ugarte Cataldo, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Op.cit 27.p. 218.

y la ocupación”.

Así entonces, nuestro Código adoptó el concepto dado por la OIT en el Convenio N° 111 al cual ya nos referimos.

Se configuran, entonces, de manera distinta a la forma empleada a nivel constitucional, los parámetros a seguir en la materia, pues se enumeran de una modo que pudiera llevar a sostener que cualquier posible criterio de discriminación tendría, necesariamente, que estar señalado específicamente en el texto legal, dejando poco espacio para el desarrollo jurisprudencial del mismo, acorde con las tendencias culturales, económicas y sociales del momento.

Sin embargo, corresponde concluir que, por razones que van más allá de lo puramente jerárquico dentro de la estructura normativa, la regla consagrada a nivel constitucional es la que verdaderamente contiene el derecho a la no discriminación, por lo que la no referencia específica a nivel legal de algún criterio, no excluiría la consideración del mismo como un criterio de discriminación, ilegítimo y contrario por tanto a nuestra Constitución y las leyes.

Cabe preguntarse entonces, después de haber precisado conceptualmente lo que debe entenderse por discriminación en materia laboral, si acaso cualquier trato desigual implica un trato discriminatorio. Ello debe ser respondido negativamente.

Así pues, es posible hacer diferencias en el trato entre sujetos que pueden considerarse desiguales, cuando ello se funda en un criterio racional, pues debe entenderse que la igualdad se debe producir respecto de la condición de quienes se encuentran en una misma situación o bajo ciertos criterios justificados.

Sería discriminatorio dar un trato desigual dentro de una empresa a trabajadores que se encuentran en igual condición o que encontrándose en una distinta situación, se les da un trato desigual a consecuencia de una decisión puramente arbitraria del empleador.

En consecuencia, y de acuerdo con nuestra Constitución en su artículo 19 N° 16, el Código del Trabajo artículo 2° inciso 4° y el Convenio N° 111 de la OIT en su artículo 1°, las distinciones, exclusiones o preferencias que se realicen entre los trabajadores fundadas exclusivamente en su capacidad, idoneidad o calificaciones exigidas para un determinado empleo u ocupación, solamente constituyen un trato desigual, en virtud de una razonable desigualdad y no son consideradas discriminación.

Como dijimos anteriormente, nuestra Constitución Política no enumera los criterios que, en materia laboral, constituyen discriminación, sino que en términos amplios establece la prohibición de cualquier criterio de discriminación que no sea el de la capacidad o idoneidad personal.

Sin embargo, a propósito de la enumeración que sí realiza el Código del Trabajo podemos señalar qué criterios son, por lo pronto, considerados sospechosos de discriminación.

Nos encontramos así con que la raza, el color, la nacionalidad, la ascendencia nacional y el origen social son cuestiones que el legislador estima pueden servir de base para discriminar, razón por la cual no son considerados criterios legítimos para hacer distinciones en materia laboral.

Sin embargo, en cuanto a la nacionalidad y a la edad, se advierte que la propia Constitución ha admitido que éstos pueden ser criterios para establecer diferencias. El artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución posibilita que la ley exija la nacionalidad chilena o límites de edad para ciertos casos.

Como ejemplo, podemos decir que se exige ser chileno para poder ser juez de letras, ministro o fiscal de Corte de Apelaciones y ministro de Corte Suprema³².

Además, nuestra legislación, a través del artículo 19 del Código del Trabajo, ha impuesto la obligación al empleador de que al menos el 85% de los trabajadores que emplee en el territorio nacional sean chilenos, salvo que los trabajadores que ocupe no sean más de veinticinco.

Son también considerados actos de discriminación las distinciones efectuadas en razón del estado civil, la sindicación, la religión y la opinión política.

Aún cuando pudiere sonar majadero, insistimos en que esta enumeración, los criterios recién citados que son considerados discriminatorios, no es taxativa ya que la Constitución establece un modelo de antidiscriminación de carácter abierto, ligado a la capacidad e idoneidad personal del trabajador.

Entender una cosa distinta podría llevar al absurdo de concluir que discriminaciones basadas en cierto tipo de discapacidades, enfermedades, apariencia física o determinadas orientaciones sexuales, no constituirían discriminaciones arbitrarias ni serían reprochables jurídicamente.

Por último, nos parece importante referirnos a la posibilidad de encontrarnos frente a un acto discriminatorio que no se evidencia a priori, sino que se advierte a propósito de los resultados de éste. Así pues, la discriminación puede darse de manera indirecta, y no por ello deja de ser cuestionable ni reprochable desde el sistema jurídico.

Dicho de otra forma, el derecho a no ser discriminado comprende no solo la prohibición de efectuar un trato diferenciado y perjudicial a partir de una distinción explícita y expresa que no se encuentra vinculada a la capacidad o idoneidad personal del trabajador, si no que, hecho un juicio de proporcionalidad que no conduzca a su justificación o a que se le considere razonable, puede extenderse a aquellas conductas que son aparentemente neutras y que formalmente cumplen con el deber de no discriminar, pero que en definitiva implican diferencias de trato ilícitas, que provocan resultados desventajosos de unos en relación con otros.

Es posible entonces, que nos encontremos ante una situación en la cual se ha aplicado, en principio, un mismo trato diferenciador formalmente lícito, es decir, que se sustente en la capacidad o idoneidad personal, aplicado a un conjunto de personas puede implicar un trato desigual si se atiende a las características específicas de ciertas personas o grupos de personas. Por ejemplo, la exigencia de manejo de algún idioma para efectos de acceder a un puesto de trabajo en que, en realidad, el dominio de ese idioma no sea necesario para el mismo, termina perjudicando a aquellas personas que han tenido menores oportunidades de formación de ese tipo.

³² Artículos 252, 253 y 254 Código Orgánico de Tribunales

Estamos hablando de conductas que aun siendo neutras desde un punto de vista formal pueden, en su contenido y efectos, albergar diferenciaciones de tipo discriminatorias.

No puede desconocerse que no bastará el mandato legal para impedir la discriminación en materia laboral, sea en materia de acceso al empleo o durante la vigencia de un contrato de trabajo, es preciso un profundo cambio cultural y social, que lleve a que tanto las autoridades como las distintas personas que conformamos la sociedad tomemos conciencia de la importancia de no caer en conductas de ese tipo ni de tolerarlas tampoco, así como también, debieran existir mecanismos de protección y compensación más eficientes frente a las infracciones al derecho a no ser discriminado.

5. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, A LA INTIMIDAD Y LA HONRA.

Finalmente, nos encontramos con este grupo de derechos fundamentales del trabajador, cuya naturaleza no es propiamente laboral pero que cobran vida de todas formas respecto de éste al interior de la empresa; corresponden a lo que se denominan “derechos constitucionales inespecíficos”.

5.1. El respeto a la vida privada o intimidad.

Desde ya, se advierte que determinar qué es lo público y qué lo privado no es una cuestión que pueda resolverse a priori.

Por su parte, los conceptos de derecho a la vida privada o derecho a la intimidad pueden ser entendidos como un mismo derecho o bien, como para Desantes³³ como derechos subjetivos distintos.

También puede estimarse que entre ambos conceptos existe una relación de género a especie en la cual la intimidad consiste en un espacio dentro de la vida privada.

Para Carlos Peña³⁴, la privacidad tendría dos dimensiones, una que dice relación con la exclusión de la mirada de los otros, que corresponde a la intimidad, y otra que tiene que ver con la autonomía, nuestra propia voluntad frente a los otros y frente a nosotros mismos.

Para efectos del presente análisis, utilizaremos las expresiones vida privada e intimidad para referirnos a un mismo derecho.

Qué es lo que comprende exactamente el derecho a la intimidad o vida privada no es

³³ Desantes, J. El Derecho Fundamental a la Intimidad. Revista de Estudios Públicos. CEP. N° 46 Año 1992. p. 270

³⁴ Peña G., Carlos. Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía. Revista Derecho y Humanidades. Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 8, año 2000-2001, p. 218.

algo que se encuentre finalmente establecido. No existe un concepto absoluto de lo mismo y debe aceptarse que éste puede tomar múltiples formas y variar de acuerdo a las circunstancias y tiempos.

Si la vida privada o la intimidad corresponde, en términos simples, a aquella zona de la vida de una persona que le pertenece en términos tales de estarle a los otros vedado tanto el acceso como la interferencia, entonces el desafío será determinar hasta dónde se extiende dicha zona, cuáles son sus límites, y cuál es la protección que recibe de parte del sistema jurídico.

La Declaración Universal de Derechos Humanos ³⁵ indica que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...) Toda persona tiene derecho a la protección a la ley contra tales injerencias...”.

En nuestro sistema el derecho a la intimidad se encuentra expresamente reconocido en la Constitución Política en el artículo 19 N° 4 que asegura a todas las personas “el respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”.

Por su parte y en lo que dice directa relación con el trabajador y esta garantía, el artículo 5 del Código del Trabajo señala que “El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

Lo que se limita con este derecho es el poder de dirección del empleador y, en cierta forma, la libertad de empresa.

Ahora bien, como adelantamos ya, corresponde intentar dilucidar qué zona comprende la intimidad de trabajador en relación con la empresa, o dicho de otra forma y relacionando así con lo anterior, dónde no puede ejercer el empleador su poder de dirección.

Para ello, haremos una distinción entre aquellas acciones que corresponden a una afectación de la intimidad física y/o espacial de trabajador y aquellas concernientes a su intimidad afectiva o moral.

En el plano físico y/o espacial nos encontramos por ejemplo, con ciertos controles médicos y con el registro del trabajador y sus efectos personales.

a) En relación con los controles médicos, hay que tener presente que el Decreto N° 40 del Ministerio del Trabajo, que reglamenta la obligación impuesta por el artículo 67 de la ley N° 16744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, obliga al empleador a incluir en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad “normas relativas a materias sobre procedimientos para exámenes médicos o psicotécnicos de personal”.

Lo que corresponde descubrir en cada caso es, si acaso lo que se pretende evaluar a través de un determinado control médico, es algo que tiene relación directa con la prestación de los servicios que forman parte de contrato de trabajo.

³⁵ Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, art 12

La Dirección del Trabajo ha dicho, a propósito de la aplicación del Alcotest a los trabajadores para indagar su consumo de alcohol, que dicha medida no se ajustará a derecho sino cuando se establezca, atendido el número de trabajadores de la empresa, en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, indicando el mecanismo de selección y las garantías de éste para no vulnerar ni debilitar la protección a las garantías constitucionales de los trabajadores revisados.³⁶

A su turno, respecto de la decisión empresarial de efectuar test de detección de drogas, la Dirección del Trabajo ha señalado que “el examen antidrogas busca detectar trabajadores que se encuentren con ingesta de sustancias sicotrópicas y estupefacientes prohibidos, dependiendo su legalidad del cumplimiento de las condiciones señaladas, esto es, que dicha medida se incorpore al Reglamento de Higiene y Seguridad, que se establezca un mecanismo de selección universal y despersonalizado y que sea idónea para el objetivo señalado

b) En cuanto a la revisión del trabajador y sus efectos personales, la cuestión no ha sido sencilla de responder. En nuestro sistema, esto se acepta hoy en día pero de manera condicionada, según ha interpretado la Dirección del Trabajo.

El empleador no está facultado para *imponer por sí y ante sí, al margen de Reglamento Interno, determinados* sistemas obligatorios de control a sus dependientes. Sí tendría derecho a adoptar medidas de prevención que no atenten contra la dignidad y la honra de los trabajadores, debiendo incorporar en ese caso las obligaciones y prohibiciones en que dichas medidas se traduzcan, en el correspondiente Reglamento Interno de Higiene y Seguridad. En consecuencia, no procede que ante una situación delictual, una empresa exija a sus trabajadores someterse a la revisión corporal y de sus efectos personales.³⁷

Como complemento a lo anterior, podemos agregar que, la Dirección del Trabajo sostuvo, a propósito de la exigencia de una empresa de alimentos que impuso a sus trabajadores el registrar su peso a la entrada y salida del trabajo, al momento de registrar su asistencia, para evitar posibles hurtos de productos, que dicha medida “no se ajusta a derecho”, ya que queda “claramente de manifiesto que el registro de control de asistencia no constituye un medio idóneo de revisión y control del personal, toda vez que el objeto del registro se encuentra taxativamente señalado en la ley y consiste en controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo, no siendo procedente, por tanto, que el empleador altere su naturaleza y lo emplee para fines diversos a los señalados en la ley”

³⁸

Ahora bien, en el plano de la intimidación moral o afectiva del trabajador, nos encontramos con situaciones como la indagación de datos del trabajador y la práctica de test psicológicos.

³⁶ Dirección del Trabajo, Dictamen N°2309/165. de 26.05.98

³⁷ Dirección del Trabajo, Dictamen N°4958/219 de 28.08.92.

³⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 3347/132 de 13.06.96.

En relación con lo primero, la acción del empleador destinada a recabar cierta información acerca del trabajador, la pregunta consiste en cuáles datos legítimamente puede conocer el empleador. La respuesta debería ser que solo aquellos que son relevantes para efectos de la relación laboral, que tengan que ver con el servicio o las labores convenidas en el contrato de trabajo, como es por ejemplo la experiencia laboral.

Así, en el caso de la exigencia de conocimiento de la situación financiera de un trabajador, la Dirección del Trabajo sostuvo que “la obligación de prestar servicios bajo subordinación y dependencia no supone ni esencial ni naturalmente la de informar sobre un aspecto propio de la vida privada como es el estado de endeudamiento. En efecto, la subordinación y dependencia, en sus dos aspectos, a saber, la potestad de mando y el deber jurídico de obediencia del trabajador, no ponen a este último en el deber jurídico de tener que informar aspectos relativos a su vida privada, sino solo aquellos que guardan estricta relación con la especial prestación de servicios a la cual se obligó”³⁹.

Respecto de los exámenes psicológicos, estos pueden ser un instrumento legítimo para que el empleador pueda determinar la capacidad laboral de un trabajador, mas, con frecuencia se pretende acceder además a ciertos aspectos que corresponden a una esfera íntima de trabajador, que no tienen que ver con su idoneidad para el cargo y que revisten el carácter de prácticas ilegítimas pues son abiertamente invasivas de la intimidad del trabajador.

En este mismo plano que hemos denominado como afectivo o moral de la intimidad del trabajador, nos encontramos con el control de la vida extralaboral de la vida del trabajador.

Así pues, no sólo podemos encontrarnos frente a un intento del empleador de conocer datos acerca del trabajador que pertenecen a su esfera íntima, sino que además puede plantearse la situación de que el empleador intente controlar la conducta del trabajador fuera del lugar y horario de trabajo, en aquella zona que debe considerarse propia de su intimidad.

Además de la intromisión, mediante la sanción de hechos de la vida privada del trabajador, a través del despido disciplinario en virtud del encuadre de una determinada conducta en la causal de falta de probidad, por ejemplo, cuestión que por lo demás ha sido rechazada por nuestros tribunales, se produce el problema de la contractualización de conductas que no son propiamente laborales sino que forman parte de la vida privada.

En esos casos, se estipulan obligaciones que no dicen relación directa con la prestación de servicios sino con deberes de conducta para el trabajador cuyo cumplimiento debe manifestarse en un ambiente y horario extra laboral, y cuyo incumplimiento acarrea la aplicación de sanciones jurídicas, normalmente, el despido por la causal de caducidad que establece el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo.

A modo de ejemplo, surgen cláusulas contractuales, donde el trabajador se obliga a cosas como “mantener una conducta decorosa en sus relaciones sociales” o a “no tener anotaciones en los registros comerciales de deudas impagas” y cuya infracción provoca el despido del trabajador por “incumplimiento grave de las obligaciones de contrato”.

³⁹ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 4589/260 de 04.08.97.

Este tipo de cláusulas son claramente cuestionables en cuanto a su legitimidad, toda vez que implican una intromisión en espacios que forman parte de la vida privada del trabajador, y que no se justifican al no guardar relación con el trabajo convenido propiamente tal.

Otra cuestión que resulta interesante de analizar, aunque sea someramente, y que se vincula estrechamente con el derecho a la intimidad del trabajador al interior de la empresa, es la llamada intimidad informática.

El uso y avance de la tecnología informática ha provocado ciertos efectos en la esfera de intimidad de las personas, en particular en lo que dice relación con la información almacenada en bases de datos y herramientas de comunicación como el correo electrónico, además de ciertos mecanismos de control audiovisual.

En la empresa existe hoy en día una enorme capacidad de almacenamiento, procesamiento y distribución de información personal del trabajador, la cual pone en peligro la vida privada del mismo.

Este tipo de datos pueden ser manejados por el empleador en tres etapas distintas, a saber, antes de establecer una relación laboral, durante el desarrollo de la misma y una vez que ésta ha concluido.

En el primer escenario, nos encontramos con que puede ser el propio trabajador o postulante a un empleo quien proporcione voluntariamente esa información, lo cual debería producirse estando éste en conocimiento del fin que persigue dicha obtención de información además del destino que los datos proporcionados tendrán, o bien, el empleador puede recabar datos personales del trabajador a través de entidades públicas o privadas que de acuerdo a la normativa vigente proporcionan este tipo de información.

La ley 19.759 que modificó el Código del Trabajo, incorporó la siguiente regla en su artículo 154: "El empleador deberá mantener reserva de los datos de carácter personal del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral". Se limitan así expresamente las facultades del empleador y se contribuye a proteger el derecho a la intimidad o vida privada del trabajador.

Por lo demás, corresponde tener presente que, en cualquier caso, existe cierto tipo de datos que no pueden ser recopilados ni, menos aún, almacenados en bases de datos, como son la ideología, religión, vida sexual, etc., pues con ello se afecta la dignidad del trabajador.

Los datos que hayan sido obtenidos legítimamente pueden ser utilizados exclusivamente para aquellos fines que el trabajador consintió, a menos que se trate de datos obtenidos de fuentes accesibles al público. Puede concluirse que además dichos datos deberían desaparecer una vez que han sido utilizados. Asimismo, una vez terminada la relación laboral, el empleador debería eliminar los datos personales del trabajador que mantenga en su poder, a menos que exista el consentimiento de éste de que ellos se conserven y sólo mientras el trabajador así lo quiera.

En cuanto a las formas de comunicación que existen actualmente, frente a la utilización del correo electrónico en el trabajo, consideramos que, sea que el empleador haya consentido o no en que el trabajador lo utilice para fines particulares, las

comunicaciones que éste sostenga por esta vía se encuentran protegidas por el derecho a la intimidad.

A este respecto, la Dirección del Trabajo ha sostenido ante la decisión de una empresa de revisar los correos electrónicos que recibían sus trabajadores en horas de trabajo, o la utilización de mecanismo de control audiovisual de los trabajadores como grabaciones por videocámaras, que los derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad, la vida privado u honra de los trabajadores, tienen límites infranqueables frente a los poderes empresariales.

El control sobre el trabajo realizado sólo resulta lícito cuando objetivamente se justifica por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad de los trabajadores y de los usuarios, debiendo ser el control de la actividad del trabajador solo un resultado secundario o accidental del mismo⁴⁰.

5.2. El respeto a la honra y la propia imagen.

La honra y la propia imagen se encuentran estrechamente vinculadas entre sí y también con la intimidad.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11 establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

El derecho a la honra se encuentra también garantizado por el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, así como también en el artículo 5 del Código del Trabajo

Se dice que es posible distinguir en el derecho a la honra un aspecto subjetivo, que correspondería a la valoración que el sujeto hace de si mismo, el sentimiento de su propia dignidad moral, y un aspecto objetivo que consistiría en la estimación o valoración que los terceros hacen de las calidades morales de un sujeto determinado.

Toda persona, así también el trabajador, tiene derecho a que su propia imagen no sea reproducida total ni parcialmente, en forma íntegra o distorsionada, sin su consentimiento.

Si bien no se encuentra explícitamente reconocido en nuestro sistema, debe considerarse que le es propio a cada ser humano en forma conjunta a los derechos de intimidad y de la honra.

⁴⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen N°260/19 de 24.01.2002.

CAPÍTULO TERCERO. EL MENOSCABO PRODUCIDO AL TRABAJADOR EN EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

1. ¿QUÉ ES EL MENOSCABO?

Según la Real Academia de la Lengua la acción de menoscabar tiene tres acepciones, siendo éstas “disminuir las cosas, quitándole una parte; acortarlas, reducirlas”, “Deteriorar y deslustrar una cosa, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”, “Causar mengua o descrédito en la honra o en la fama”⁴¹,

La Dirección del Trabajo no se aleja de este concepto pues señala que: “constituye menoscabo, todo hecho o circunstancia que determina una disminución socioeconómica o moral del trabajador dentro de la empresa”⁴².

Por otra parte, la jurisprudencia existente al respecto señaló: “Que el menoscabo al

⁴¹ Diccionario de la Lengua Española. 21° Edición. Tomo II. P.1356.

⁴² Dirección del Trabajo, Dictamen N°2.123 de 20.06.1984.

que la norma se refiere, va dirigido de una forma integral respecto de la persona del trabajador, no sólo desde un punto de vista económico, sino social y moral en la especie, conforme se pudo apreciar en la inspección efectuada, los vendedores demandantes contaban con anterioridad al cambio de lugar con condiciones mucho más óptimas que con las cuales ahora cuentan, ello lógicamente les acarrea un indiscutible menoscabo como personas y trabajadores, más aun cuando se ha hecho una serie de diferencias materiales con respecto a los vendedores que continúan en el primitivo lugar”⁴³.

El abogado laboralista, Marcos López Oneto⁴⁴, discrepa de la definición dada por la Inspección del Trabajo, pues considera que es preciso distinguir entre el hecho que provoca el menoscabo, es decir, la acción ilícita del empleador, y el menoscabo en sí mismo, esto es, la disminución patrimonial o moral que sufre el trabajador. Según él, la doctrina sustentada por dicho organismo confunde el hecho o acción menoscabante, con el perjuicio económico o moral del trabajador.

La acción ilícita y menoscabante, es un ente objetivo, mientras que el menoscabo, como resultado de la acción anterior, es un fenómeno propio de la subjetividad del trabajador.

Las acciones típicas que desencadenan o provocan un menoscabo económico para el trabajador, son ciertas alteraciones en la forma de prestar el servicio, como el lugar o la función encomendada, y, que generan en él una disminución objetiva de su patrimonio, en términos tales que, de no haber mediado tal acción, su patrimonio no habría experimentado una variación negativa. Por ejemplo, un cambio del lugar de la prestación del servicio, puede irrogar al trabajador mayores costos de transporte o bien, la variación sutil o grosera de sus funciones, puede significarle menores remuneraciones.

Luego de determinar cuál es el concepto genérico de menoscabo laboral, es necesario recalcar que la importancia de éste, radica en el hecho de ser el gran límite legal impuesto al empleador para ejercicio del ius variandi, es decir, esta facultad reconocida al empleador debe ejercerse sin causar menoscabo de cualquier índole al trabajador. El ius variandi en la legislación laboral chilena, está consagrado, como dijimos antes, en el inciso 1° del artículo 12 del Código del Trabajo: “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”. Vale decir, el ius variandi puede aplicarse sólo bajo la condición de que las alteraciones hechas al contrato, sean de aquellas permitidas por la citada norma, y, que además, no importen menoscabo para el trabajador.

A modo de conclusión, podemos decir que constituye menoscabo, 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

⁴³ Corte Suprema, 22 de octubre de 1992. “Mantilla Pérez, Mauricio y otros con Inspección Provincial del Trabajo”. Rol: Ord. 4691. Apelación en recurso de queja.

⁴⁴ López Oneto, Marcos. El menoscabo laboral en la doctrina del ius variandi <[http:// www.colegiodeabogados.org](http://www.colegiodeabogados.org) > [consulta de 20 de marzo de 2005]

dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extras, diversa frecuencia en los turnos, etc.

1.1 Menoscabo Material

Luego de referirnos al concepto genérico, resulta fácil entender que el menoscabo material sufrido por el trabajador, es aquella disminución patrimonial causada por la modificación unilateral del empleador, ya sea en la naturaleza de los servicios que presta el trabajador o el lugar en que éstos se llevan a cabo.

Sin embargo, ya en el año 1992, la Excma. Corte Suprema amplió expresamente el concepto, admitiendo que el menoscabo no es sólo económico, sino que también está referido a cuestiones morales y sociales.

1.2. Menoscabo Moral.

Relacionándolo con el capítulo anterior, podemos decir que el menoscabo moral es una disminución en la valoración y en el respeto a la dignidad del trabajador en el contexto del desempeño de las funciones para las cuales fue contratado, y, que no se expresa necesariamente, en un perjuicio económico ya que el patrimonio del trabajador no se ve, necesariamente, alterado en ese sentido.

Por lo tanto, existe un menoscabo que si bien no produce detrimento en el patrimonio del trabajador, si lo afecta en sus valores morales ya que el trabajador se siente humillado en cuanto a su consideración laboral.

Ahora bien, existen dos tipos de hechos menoscabantes, ambos de naturaleza moral, cuya distinción resulta inmediata. A partir de esta distinción, es que se hace posible diferenciar entre menoscabo moral vertical y menoscabo moral horizontal.

1.2.1. Menoscabo Moral Vertical:

Es aquel menoscabo moral que signifique cualquier disminución negativa para el trabajador dentro de la jerarquía de la empresa. Así, el menoscabo que sufre es vertical por experimentar una degradación política en la organización piramidal del poder dentro de la empresa, restándole importancia y dignidad profesional. De ahí la importancia de reconocer a la dignidad del trabajador con el rango de un derecho fundamental innominado, con las correspondientes herramientas que fortalezcan su protección.

Uno de los casos más visibles de esta clase de menoscabo moral se observa, por ejemplo, cuando el trabajador que ostentaba un cargo de jefatura, sin experimentar un cambio en sus remuneraciones, es relegado a una función en la cual ya no ejerce dichos atributos. Otro caso sería el del trabajador al que se le ordena la ejecución de labores absurdas o ridículas como, por ejemplo, el de una secretaria a la cual se le ordena transcribir textos inútiles como guías de teléfonos, diarios, revistas o expedientes judiciales. En tal situación, efectivamente se podría alegar que está realizando labores de secretaría, ya que el transcribir textos no cabe duda que forma parte de sus labores, sin

embargo, la ejecución de transcripciones sin algún sentido productivo o lógico, por cierto que constituye un ataque a la moral de la trabajadora pues suprime su autoestima y denigra su condición humana.

1.2.2. Menoscabo Moral Horizontal:

Se refiere a aquel que sufre el empleador a causa de la alteración en las condiciones iniciales del contrato, como lo es cambiar las funciones que le fueron asignadas en un principio o bien, el lugar en el que las desempeñaba, y, que generan en el trabajador, un cuadro de condiciones ambientales adversas o que lo hacen vivir en un clima laboral hostil.

Un caso que ejemplifica este tipo de menoscabo, es el del trabajador extranjero que es trasladado a una oficina en la cual existe un clima laboral xenófobo. También, el del trabajador homosexual que es redestinado, por su jefe, a un ambiente de trabajo en el que le hagan sentir, permanente y sutilmente, su orientación sexual como algo negativo, desacreditándolo como persona y trabajador. Lo mismo ocurre tratándose del cambio de oficina de aquel trabajador que, practicando algún credo religioso o político distinto al de la mayoría, es trasladado a un ambiente de trabajo poco tolerante.

Es así, que teniendo claro la inmensidad de situaciones menoscabantes de las que puede ser víctima el trabajador, es que a continuación analizaremos las situaciones consideradas como menoscabo por el legislador, para luego hacer un examen exhaustivo de aquellas situaciones fácticas dentro del ámbito laboral y el tratamiento que, por los órganos administrativos como jurisdiccionales, se les ha dado en los últimos años.

2. EL MENOSCABO DEL TRABAJADOR ANTE LA JURISPRUDENCIA

Analizaremos, a continuación, algunas resoluciones adoptadas por la Inspección del Trabajo y por nuestros tribunales de justicia, con ocasión de reclamos o acciones ejercidos ante estos órganos por parte de trabajadores que han rechazado los cambios unilaterales efectuados por su empleador.

Antes de revisar esas resoluciones, nos parece necesario precisar qué es lo que se entiende por “naturaleza de los servicios”, para así comprender el alcance de este concepto.

Sobre el particular, el artículo 10° del Código del Trabajo, al fijar las estipulaciones propias del contrato de trabajo, exige que se determine la “naturaleza de los servicios”, agregando que “El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias.”

A su turno, la Dirección del Trabajo ha sostenido que el imperativo de determinar en el contrato la naturaleza de los servicios “exige conocer con exactitud y sin lugar a dudas la labor o servicio que el dependiente se obliga a efectuar para el respectivo empleador,

sin que ello importe, en todo caso, pormenorizar todas las tareas que involucran los servicios contratados, puesto que de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, todo contrato debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen”⁴⁵

En la misma perspectiva, el organismo fiscalizador ha sostenido que “la determinación de las funciones exigidas por el legislador no pueden ser suplidas por la simple indicación de un nombre atribuido al cargo que detenta el dependiente, si éste no se encuentra debidamente descrito con la suficiente especificidad en las cláusulas del respectivo contrato de trabajo, como se señalara, o bien en el reglamento interno correspondiente”.⁴⁶

Al tenor del artículo 10 del Código del Trabajo, cabe sostener, entonces, que la naturaleza de los servicios normalmente queda determinada en el contrato de trabajo, mediante la indicación en la cláusula correspondiente del cargo o función que debe desempeñar el trabajador.

En aquellos casos en que la sola denominación del cargo o función consignados en el contrato no consiga explicar suficientemente su alcance, habrá de recurrirse a la enumeración y/o descripción de las tareas, labores o deberes asignados al trabajador en el mismo instrumento o en un anexo de éste.

Ahora bien, en el evento – de frecuente ocurrencia -, que el contrato de trabajo sea definitivamente pobre al respecto, es decir, que mencione un cargo o función ambiguos o excesivamente genéricos, y que no contenga un detalle de las tareas, labores o deberes que se encomiendan, primará, como es obvio, el principio de la realidad, para determinar la efectiva “naturaleza de los servicios.

De esta forma, alterar la naturaleza de los servicios equivale a cambiar al trabajador a una función distinta de aquella para la cual fue contratado.

Como ya hemos visto, la facultad que tiene el empleador de alterar unilateralmente la naturaleza de las funciones, exige como condición el que se trate de labores similares y que dicha alteración no cause menoscabo al trabajador.

La Dirección del Trabajo entiende que son labores similares 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 primitivamente”⁴⁷

Como podrá notarse más adelante, el asunto de tratarse o no de labores similares y el de existir o no menoscabo, tienden a ser cuestiones tratadas casi de manera conjunta e incluso mixta, razón por la cual el análisis de casos y resoluciones que haremos a

⁴⁵ Dirección del Trabajo. ORD. N° 486/45 de 03.02.2000.

⁴⁶ Dirección del Trabajo. ORD. N° 4892/302 de 20.09.93

⁴⁷ Dirección del Trabajo. Ord N° 155/004 de 08.01.92.

continuación, cuyo propósito original es el de revisar lo relativo al menoscabo en particular, alcanzará muchas veces la cuestión de la similitud de las labores nuevas en relación con las anteriores.

Con respecto a la facultad del empleador de modificar unilateralmente el sitio o recinto donde deben prestarse los servicios, la condición que se exige es que ese nuevo sitio o recinto se encuentre dentro del mismo lugar o ciudad.

Ello es entendido por la Dirección del Trabajo, en su oficio circular N° 5 de fecha 2 de marzo de 1982, como que "el nuevo sitio o recinto debe forzosamente quedar ubicado dentro de la ciudad donde primitivamente se prestaban los servicios o dentro de mismo predio, campamento o localidad, en el caso de faenas que se desarrollen fuera del límite urbano"⁴⁸

2.1. Jurisprudencia administrativa

Caso A

Una trabajadora es contratada en calidad de encargada de atención, mantenimiento y aseo de cualquier máquina de entretenimientos del establecimiento que se le indique, funciones que realiza durante un tiempo, hasta que siguiendo instrucciones de su empleador, asume el cargo de Jefa de Personal, el cual desarrolla durante algunos meses. Luego, su empleador la destina nuevamente a las labores de aseo, limpieza y atención de máquinas de entretenimientos. De esta medida, reclama la trabajadora a la Inspección del Trabajo, desarrollándose el procedimiento que establece el artículo 12 del Código del Trabajo.

En su análisis del caso, la Inspección del Trabajo consideró las declaraciones de otros trabajadores con cierta antigüedad en la empresa, quienes señalaron que la trabajadora, en la función de encargada de personal, tenía a su cargo al personal que trabajaba en las máquinas de juego, le impartía instrucciones y controlaba su asistencia al trabajo. El organismo determinó lo siguiente:

“Que, este cambio unilateral de labores no ha significado para la trabajadora una disminución de sus remuneraciones, no obstante, la modificación referida, le ha provocado un menoscabo moral”.⁴⁹

Así, se acogió la denuncia interpuesta por la trabajadora afectada y se exigió al empleador reponerla en su anterior función.

Como puede observarse, la trabajadora había ingresado a trabajar como encargada de atención mantenimiento y aseo de las máquinas, pero luego, modificar sus funciones por las de encargada de personal, situación que, no obstante no haberse consignado por escrito, implicó la modificación efectiva del contrato de trabajo, de tal forma que la decisión del empleador de restituirla a sus antiguas funciones, sin su consentimiento,

⁴⁸ Oficio Circular N° 5, Dirección del Trabajo 02.03.82

⁴⁹ Resolución N° 48 de 26.08.03 de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago.

constituye una modificación unilateral de la naturaleza de los servicios, susceptible de ser reclamada por las vías que le franquea la ley.

En este caso, además, es evidente que si la trabajadora en su función anterior tenía atribuciones que la situaban en un nivel superior respecto de ciertos empleados, el hecho que su empleador haya modificado sus funciones rebajándola en su jerarquía dentro del establecimiento, al nivel de aquellos a los cuales ella misma tenía bajo su cargo, corresponde sea considerado como un menoscabo moral hacia su persona.

Caso B

Un trabajador es contratado como guardia de seguridad. Transcurridos casi dos años desarrollando esa función, se le asigna una nueva, consistente en el cargo de 2° asistente de operaciones. Al tercer año, se le cambia nuevamente de funciones, esta vez, a la de encargado de central base de telecomunicaciones, labor en la cual debía controlar la hora de entrada y salida de los guardias y velar por el correcto funcionamiento de las distintas instalaciones, desempeñándose en la oficina central de la empresa. Al cuarto año, el empleador lo traslada a otro recinto, en el cual debe desempeñarse simplemente como guardia. El trabajador no acepta esta situación y reclama a la Inspección del Trabajo.

En este caso, la Inspección del Trabajo estimó que: "...la nueva labor asignada al trabajador, esto es, la de guardia, no es similar a aquellas que realizaba con anterioridad ..." y consideró además "Que, por otra parte, de los antecedentes aparece que el cambio en análisis produce al trabajador un menoscabo moral, toda vez que la nueva función asignada tiene un menor nivel jerárquico dentro de la organización de la Empresa".⁵⁰

En razón de ello, acogió el reclamo interpuesto por el trabajador y ordenó al empleador reponer al trabajador en sus labores habituales o en otras que, siendo similares, no le causen, además, menoscabo.

En los casos anteriores, se advierte que la jurisprudencia administrativa ha resaltado la importancia de la dignidad del trabajador, dando tanta relevancia al menoscabo moral como al menoscabo patrimonial o económico.

Caso C

Un trabajador se desempeña como promotor comercial, y su sueldo consiste en un sueldo base más una comisión del 6% de las ventas realizadas con su intervención directa, cumpliendo sus funciones en una oficina situada en el primer piso del local en que tiene su domicilio la Empresa y también visitando clientes en terreno.

Después de cuatro años, el empleador procede a trasladar al trabajador a otra oficina, dentro del mismo edificio, pero ubicada en el segundo piso. El trabajador interpone un reclamo ante la Inspección Comunal del Trabajo respectiva, pues considera que con esta alteración ha sufrido un menoscabo.

La Inspección establece lo siguiente: "...la medida adoptada por el empleador no se ajusta a lo dispuesto en el citado artículo 12 del Código del Trabajo, por cuanto si bien el nuevo sitio o recinto al que fue trasladado queda dentro del mismo lugar, dicha

⁵⁰ Resolución N° 329 de 23.04.04, Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente.

modificación le produce menoscabo económico al trabajador.

Que en efecto, en el nuevo lugar de trabajo asignado, en el segundo piso, don XXX no tiene acceso al público que acude al local de la empresa, quienes son potenciales clientes, pues estos sólo entran hasta el primer piso, sitio donde el referido dependiente se le prohíbe permanecer.

Que, por lo anterior, actualmente el referido trabajador debe limitarse a efectuar ventas sólo en la cartera de clientes que le asigna el empleador, lo cual se ha traducido en una baja en el monto de sus comisiones y por ende en su remuneración total.”⁵¹

Se acoge así el reclamo del trabajador y se ordena al empleador reponerlo en su antiguo lugar de trabajo o en otro que no le cause menoscabo.

Nos parece importante destacar que, en este caso, se haya logrado identificar el menoscabo económico que la alteración del lugar donde prestar sus funciones, le había producido al trabajador, pues, a priori podría haber parecido absolutamente inofensivo el cambio de un piso a otro, sobretodo si es que entre uno y otro no existían diferencias de infraestructura a considerar.

Caso D

Una trabajadora que ha prestado servicios durante cinco años como ejecutiva de ventas en un local ubicado en un centro comercial, con una remuneración consistente en sueldo base más comisión, es trasladada a un local que el mismo empleador mantiene en otro centro comercial. Luego, al mes siguiente, se le traslada a un centro comercial en otra comuna, y por último, días después, nuevamente se le traslada, esta vez, a otras dependencias del empleador, distintas de las anteriores.

La trabajadora interpone un reclamo ante la Inspección del Trabajo fundado en que su empleador ha alterado el sitio o recinto donde deben prestarse los servicios, en forma reiterada, lo que a su juicio le importa un menoscabo.

La Inspección consideró lo siguiente: “...la medida adoptada por el empleador no se ajusta a lo dispuesto en el citado artículo 12 del Código de Trabajo, por cuanto si bien el nuevo local queda dentro de la ciudad de Santiago, en la especie las modificaciones en análisis le han causado menoscabo.

Que, en efecto, producto de los continuos cambios la trabajadora ha sufrido una baja considerable en sus remuneraciones mensuales.

Que, por otra parte, la implementación existente en el local no es adecuada para cumplir con las exigencias del empleador ni para otorgar un servicio de calidad al público, situación que se traduce en condiciones ambientales y laborales adversas para la trabajadora”.⁵²

De esta manera, según puede observarse, la trabajadora resultó menoscabada tanto patrimonialmente, al ver afectada sus comisiones, como moralmente, pues los continuos

⁵¹ Resolución N° 331 del 26.04.2004, Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente.

⁵² Resolución N° 155 del 23.02.04, Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente.

cambios de lugar de trabajo inciden en su situación laboral, y además en el nuevo y último local al que fue trasladada las condiciones ambientales y laborales no le eran favorables.

Ahora bien, este caso en que se constata frecuentes cambios del lugar de trabajo, nos lleva a preguntarnos si puede el empleador hacer uso arbitrario de su facultad de dirección que lo habilita de acuerdo al artículo 12 para efectuar dichos cambios, aunque cumpla con el requisito de tratarse de lugares ubicados en la misma ciudad y de no provocar menoscabo. En otras palabras, ¿podría llegar a configurarse el menoscabo propiamente tal por el hecho de sentirse el trabajador constantemente desplazado de un lugar a otro, considerando la medida patronal como un trato poco digno?

Caso E

En virtud de una medida unilateralmente adoptada por parte de su empleador, a una trabajadora que trabaja como vendedora - cajera en un local de una cadena de farmacias por alrededor de catorce años -, remunerada con sueldo base y comisión, se le traslada a otro local de la misma, ubicado en la misma comuna, e inclusive, en la misma avenida en que se situaba el local en que trabajaba hasta entonces, a pocas cuadras de distancia.

La trabajadora interpone un reclamo por estimar que esta situación le importa un menoscabo económico, en razón del menor nivel de ventas que mantiene el nuevo local, lo que se traduce en un menor ingreso.

La Inspección acogió el reclamo de la trabajadora y consideró que dicha alteración del sitio o recinto del lugar de trabajo le producía un menoscabo, en atención a las siguientes consideraciones:

“... revisadas las liquidaciones de sueldos, se ha podido constatar que las comisiones por ventas percibidas en los últimos meses disminuyeron en relación con los meses anteriores al cambio efectuado por el empleador, toda vez que el local (...) registra un menor nivel de ventas.

Que, no obsta a la conclusión anterior la circunstancia de que el empleador pague a la trabajadora una comisión garantizada, correspondiente al promedio de los tres últimos meses de comisiones, ganadas antes del cambio, pues dicho pago se efectúa sólo por dos meses.

Que, por lo tanto, cuando la trabajadora deje de percibir la comisión garantizada, sufrirá una rebaja en el monto de sus remuneraciones, la cual ya es notoria en la liquidación de remuneraciones del mes de abril - mes a partir del cual comenzó a desempeñarse en el nuevo local -, al observarse que la comisión por ventas ganada en el nuevo local es inferior a lo ganado en los meses anteriores al cambio.”⁵³

La Inspección resolvió que la trabajadora debía ser repuesta en su antiguo lugar de trabajo o en otro que no le causare menoscabo.

Como se aprecia, la Inspección consideró que, por tratarse el nuevo recinto, de un lugar con un nivel de ventas inferior al antiguo local, la incidencia que esto tendría en las remuneraciones de la trabajadora por concepto de comisiones, implicaba un menoscabo

⁵³ Resolución N° 484 de 09.06.2004, Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente.

económico para la misma.

Caso F

Un trabajador ingresa a trabajar como conserje para la comunidad de un edificio. Unos meses más tarde, se le asignan funciones como mayordomo, pagándosele a partir de esa fecha un bono adicional de \$30.000 mensuales.

Alrededor de un par de años más tarde, su empleador le asigna, nuevamente, funciones como conserje, alterando así la naturaleza de sus servicios, lo que a su juicio le conlleva un menoscabo económico, por lo cual interpone un reclamo ante la Inspección del Trabajo.

La Inspección estimó que "...si bien las nuevas labores asignadas al trabajador, esto es, la de conserje, es similar a aquella que realizaba con anterioridad, el cambio en análisis produce al trabajador un menoscabo económico, toda vez que dejó de percibir el bono de \$30.000 mensuales"⁵⁴

En razón de lo anterior, fue acogido el reclamo interpuesto y se estableció que el trabajador debía ser repuesto en sus labores habituales o en otras similares que no le causen menoscabo.

Nos preguntamos, ante la decisión adoptada por la Inspección del Trabajo, considerando que el menoscabo, a juicio de la misma, estaba constituido por la merma en sus remuneraciones de un bono de \$30.000, si acaso no habría sido más favorable, tanto para el trabajador, como para el empleador, que se hubiera determinado derechamente como opción, que se le mantuviera en la nueva función de conserje, servicios cuya naturaleza en sí no pareciera provocar un menoscabo al trabajador, asignándole un bono por la referida suma, o, alternativamente, aumentándole el sueldo en dicha cantidad.

Estimamos que una vez detectado el elemento que configura el menoscabo, debe darse cierto margen de posibilidades al empleador para evitar el mismo, que por cierto dejen conforme al trabajador y satisfagan el principio de equidad, pues entendemos que el procedimiento de reclamo que establece el artículo 12, parte de la base que lo que pretende el trabajador es, en definitiva, mantener su fuente de trabajo, razón por la cual la actividad de la Inspección del Trabajo debiera facilitar esto, pues, por ejemplo, en un caso como el que estamos analizando, podría ocurrir que el cargo anterior que tenía el trabajador menoscabado sea ya ocupado por otra persona, lo cual dificultaría enormemente el que pudiera restablecerse en dicho cargo y dejando al empleador con un margen de maniobra más estrecho que lo que la norma laboral persigue. De esta manera, podría darse la paradoja que una medida administrativa destinada a proteger al trabajador, ejercida sin realismo, provocase a éste un daño aún mayor que el menoscabo reclamado.

Caso G

Una trabajadora es contratada como digitadora de un establecimiento comercial, donde desempeña su labor, con una jornada de trabajo distribuida de lunes a viernes de

⁵⁴ Resolución N° 569 del 23.08.2004, Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente.

9:00 hrs. a 18:30 hrs. Transcurrido más de un año de tal desempeño, el empleador modifica unilateralmente sus funciones de digitadora a vendedora, y además la destina a trabajar en tres locales diferentes de la empresa, todos con horarios de trabajo distintos al que tenía anteriormente.

Estos cambios le impiden asistir a clases de la carrera de Analista Programador Computacional que cursaba en horario vespertino, de manera tal que no acepta esta modificación que se ha hecho de la naturaleza de sus funciones, lugares de trabajo y jornada diaria ya que estima le producen un menoscabo moral, por lo cual interpone un reclamo ante la Inspección del Trabajo.

La Inspección estableció lo siguiente: “Que este cambio unilateral de la naturaleza de la función, lleva a la modificación en su horario de trabajo, que le impide asistir normalmente a sus clases, ya que como vendedor, su horario de salida es a las 19:30 horas, lo que no le permite cumplir con el horario de ingreso a clases establecido en el Instituto Profesional, lugar en que la trabajadora cursa estudios regulares de la carrera de Analista Programador Computacional, jornada vespertina y modalidad presencial (...) La situación descrita ocasiona a XXX un menoscabo moral, pues los cambios horarios alteran el desarrollo normal de su carrera profesional.(...) Que se determinó a través de la fiscalización que desde su contratación la trabajadora desarrolló sus labores de Digitadora dentro del horario que va desde las 9.00 a las 18.30 horas, que le permitía trabajar y estudiar en horario vespertino de 19.00 a 22.45 horas.”⁵⁵

La Inspección resolvió que el empleador debía reponer a la trabajadora en su función de digitadora, a fin de que continuara desarrollando sus labores en el establecimiento donde se desempeñaba originalmente.

Compartiendo la determinación final del organismo de acoger el reclamo, objetamos el criterio aplicado en este caso, por cuanto se confundió el menoscabo de la trabajadora con la cuestión del nuevo horario impuesto por el trabajador, y por cuanto, al hacerlo, se obvió lo que nos parece indispensable para fundar la resolución, esto es, haberse pronunciado derechamente sobre si las nuevas labores que se asignaron a la trabajadora era o no similares a las que venía desempeñando. Sobre esto último, es menester observar que el caso planteado permitía advertir, claramente, que no se cumplía con el requisito esencial dispuesto por la ley, en cuanto a que el cambio de la naturaleza de las funciones debía realizarse respecto de alguna labor similar, similitud que a todas luces no se daba en la especie, entre las labores de digitadora y de vendedora.

Ahora bien, en cuanto a la alteración del horario de entrada y salida de la trabajadora, cabe sostener que la condición que se exige por la ley al empleador, nada tiene que ver con un eventual menoscabo, puesto que la norma sólo impone como requisito para la aplicación de la medida, que ésta se sustente en una necesidad que afecte a toda la empresa, establecimiento, unidad o conjunto operativo, y la de dar oportuno aviso del cambio.

Para clarificar aún más lo expresado, cabe recordar lo que se indica sobre la materia en los incisos segundo y tercero del citado artículo 12: “Por circunstancias que afecten a

⁵⁵ Resolución N° 07, del 02.03.2005, Inspección Provincial del Trabajo de Santiago.

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 (...) ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes ...”⁵⁶

En el caso que nos ocupa, en particular, nos parece que eso tiene consecuencias jurídicas importantes, como que, la Inspección del Trabajo, ante el reclamo de la trabajadora en cuanto a la alteración horaria, debía haber verificado, primeramente, si acaso la medida tenía asidero en circunstancias que afectaban a la totalidad de la empresa, establecimiento, unidad o conjunto operativo, y no si acaso ésta le produjo o no un menoscabo. Luego, en cuanto al reclamo por la alteración de la naturaleza de las funciones y en cuanto a la alteración del lugar o recinto donde debían prestarse los servicios, debía estudiarse si, en cuanto a lo primero, se trataba o no de labores similares, y en cuanto a lo segundo, si se encontraba o no el nuevo lugar de trabajo en la misma ciudad, y, en ambos casos, si la alteración producía o no un menoscabo a la trabajadora.

Estimamos que, como elemento determinante del menoscabo en esas situaciones, no puede considerarse el tema de la jornada diaria, pues se trata de una cuestión que el propio legislador ha querido tratar de manera independiente, fijándole condiciones diversas.

El criterio manifestado por la Dirección del Trabajo en este caso, nos llevaría a una situación tan absurda como la siguiente: si a una trabajadora o trabajador se le altera en dos horas la entrada y salida diaria, pero siempre dentro del mismo recinto en que trabaja, podría reclamar solamente de que dicho cambio se funda en circunstancias que afectan al establecimiento; sin embargo, si la misma trabajadora o trabajador, fuesen trasladados a otro recinto y además le alteran de esa forma la jornada diaria, en ese caso, se le agrega la condición de que la nueva jornada no le produzca menoscabo. Nos parece que aceptar eso sería aceptar una situación de desigualdad ante la ley que es contraria a nuestro sistema jurídico y que, además, no es dable considerar razonable.

¿Por qué sería, necesariamente más grave, o más gravosa, la circunstancia de alterar la jornada horaria en nuevo lugar de trabajo frente a la circunstancia de alterar la jornada horaria en el mismo lugar de trabajo?

Por esta razón, estimamos que la forma de arribar a la decisión por parte de la Inspección del Trabajo fue incorrecta.

A eso habría que agregar lo que ya dijimos anteriormente en relación con el que en este caso era manifiesto que el cambio de funciones no había sido hacia unas de naturaleza similar, cuestión que no fue considerada.

⁵⁶ Resolución N° 07, del 02.03.2005, Inspección Provincial del Trabajo de Santiago

Así como tampoco se hizo el análisis que podría haberse hecho respecto al posible menoscabo moral que la alteración en particular de la naturaleza de las funciones podría haberle provocado –en razón del complemento para su desarrollo académico entre lo que trabajaba hasta entonces y lo que estudiaba–.

En suma, en este caso no parece que la decisión adecuada era la de acoger el reclamo de la trabajadora, pero en consideración de que las nuevas funciones no eran de naturaleza similar, así como posiblemente además por el menoscabo moral que éste le provocaba, y la determinar si acaso, en cuanto a la jornada horaria, se cumplía con la condición impuesta por el artículo 12 del Código del Trabajo (que no es, como dijimos, la de no producir menoscabo al trabajador).

2.2. Jurisprudencia judicial.

Primer Caso

A una trabajadora que desempeña el cargo de “Encargada de Cobranzas” se le asigna una nueva función por parte de su empleador, consistente en “encargada de la Unidad de Pagos en Exceso”, en el contexto de un proceso de reestructuración dentro de la empresa empleadora.

Dicha trabajadora pone término a su contrato de trabajo por estimar que la modificación efectuada por su empleador constituye un incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por éste, e interpone una demanda por despido indirecto de acuerdo con los artículos 160 N° 7 y 171 del Código del Trabajo.

La referida demanda es rechazada por el tribunal a quo y esta sentencia de primer grado es confirmada luego en segunda instancia. Finalmente se interpone un recurso de casación en el fondo en contra del fallo de segundo grado, el cual es rechazado por la Corte Suprema por manifiesta falta de fundamento.

En este caso, conociendo de la apelación, La Corte de Apelaciones de Santiago hizo presente el poder organizativo y de dirección del empleador, que permita que la prestación se desarrolle de acuerdo con las exigencias de la producción de los servicios, señalando que “...las facultades de estructurar y reestructurar la organización de las diferentes áreas son propias e inherentes a toda empresa y ese derecho lleva implícita la facultad de redistribuir su personal técnico y administrativo para adaptarlos a sus necesidades...”⁵⁷

Así también se estableció que el empleador, al hacer uso de su facultad de alterar la naturaleza de las funciones, cumplió con la exigencia legal de que las nuevas labores sean similares a las primitivas, mostrando que dicha circunstancia se demuestra, entre otras cosas, por el hecho de que se trata de labores que pueden ser ejecutadas por una misma persona: “las funciones propias de las Unidades de Cobranza y de Pagos en Exceso (...) son semejantes, constituyendo ambas funciones similares, además de tratarse de funciones propias de una sección o departamento de “operaciones”, susceptibles de ser desempeñadas por una misma persona, como lo reconoce la

⁵⁷ I.C.A. Santiago, 23 abril 1996.RDJ 1996. XCIII SEC III.p. 45

actora...”⁵⁸

El tribunal analiza el posible menoscabo, aun cuando no utilice para estos efectos dicha expresión, que podría haber afectado a la trabajadora por el cambio en la naturaleza de sus funciones, cuestión que desestima por el hecho de haber mantenido en las nuevas funciones la trabajadora la misma jerarquía y no haber experimentado reducciones con respecto a sus remuneraciones y beneficios anteriores.

Es destacable, asimismo, que el tribunal restó toda trascendencia, para calificar la situación reclamada, al hecho de que, tras la reestructuración aplicada en la empresa, se mantuvo igualmente el cargo que desempeñaba anteriormente la trabajadora, esto es, el de “Encargada de Cobranzas”, ello, no obstante la relevancia que le atribuyó la actora a tal circunstancia.

La Corte señaló “... debe agregarse el hecho indiscutido de que mantenía igual jerarquía y un mismo nivel de remuneraciones y beneficios que antes tenía, lo que es concluyente que ello no constituyó incumplimiento de las obligaciones del empleador, siendo irrelevante el hecho que el cargo que antes desempeñaba se mantuviera en la nueva reestructuración del área de operaciones”⁵⁹

Con respecto al cambio de lugar donde debe desempeñar las funciones, se consideró que la modificación no le provocó un menoscabo a la actora.

En lo que atañe a la circunstancia de que en el nuevo lugar de trabajo de la trabajadora la infraestructura y materiales para desempeñarse eran deficientes, el tribunal estimó que dicha situación se acreditó haber sido transitoria, circunstancia o calidad propia de los procesos de reestructuración dentro de una empresa y recinto, por lo cual desechó esa cuestión como algo que pudiese configurar un menoscabo a la trabajadora. Sobre el particular, puede leerse en la sentencia de segunda instancia lo siguiente: “...el cambio de lugar dentro del mismo piso y edificio donde se desempeñaba la actora, no importa un menoscabo para su persona; y el Informe de Fiscalización de la Inspección del Trabajo (...) que refiere, entre otros aspectos, que a la actora no se le habría entregado el trabajo convenido y que tenía un escritorio sin implementos de trabajo, hechos que a su juicio lesionan la dignidad del trabajador, no configuran incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por el empleador, tanto por lo antes razonado en cuanto a la procedencia de alteración de la naturaleza de sus servicios dispuesta por la empresa, como porque son razonables las explicaciones dadas por el representante de la demandada en la inspección personal del tribunal de la causa, (...), de que las incomodidades eran propias de una empresa que se estaba instalando según los requerimientos del mercado y en pleno proceso de organización y compra de instrumental de trabajo (...) lo que revela que la falta de material e incomodidades eran transitorias”⁶⁰

⁵⁸ Ibid

⁵⁹ Ibid

⁶⁰ Ibid

Segundo Caso

Una trabajadora que se desempeña como ejecutiva en un local de venta de vehículos nuevos y usados, con una remuneración consistente en sueldo base más comisión, es trasladada a otro local, de la misma especie, con el mismo cargo, pero con un menor porcentaje de comisión por venta de autos nuevos. La trabajadora pone término a su contrato de trabajo imputándole a su empleador incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, y demanda de éste las indemnizaciones correspondientes por despido indirecto.

El tribunal de primera instancia acoge la demanda interpuesta por la trabajadora, sentencia de la cual apela el empleador. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de la apelación, revoca la sentencia del tribunal a quo, desestimando la pretensión de la trabajadora por considerar que el empleador hizo uso legítimo de la facultad que el artículo 12 del Código del Trabajo le concede al empleador y que la rebaja en el porcentaje de las comisiones no le produce un menoscabo, en razón de que el nuevo local donde debe desempeñarse tiene un nivel superior de ventas en relación con el anterior, que en definitiva no produce una disminución en las remuneraciones de la trabajadora.

La actora interpone recurso de Casación en el Fondo en contra de dicha resolución, y la Corte Suprema acoge dicho recurso en atención a las siguientes consideraciones:

“...tal facultad empresarial no permite disminuir la remuneración, como acontece en el caso de la demandante, porque ella además del sueldo base, percibía una comisión por venta de vehículos, la que ha sido rebajada en un porcentaje de un 4,5% al 3,3%, a contar de la fecha de su traslado del local de avenida Vitacura al de avenida Bustamante.”

“...los sentenciadores de segunda instancia, en su razonamiento cuarto, después de expresar los fundamentos de la demandante referente a la rebaja en el monto de su comisión por venta de vehículos nuevos, que como ya se dijo fue de un 4,5% a un 3,3%, sostienen que “...Tal alegación ha de ser desestimada, pues constituyendo el porcentaje de toda ‘comisión’ sólo un elemento para determinar el ingreso del empleado, cuando tal modalidad así se pacta, lo que tiene real relevancia es la remuneración efectiva que percibe al término de cada período laboral y, en el caso de autos, aparece claro que el monto promedio de las comisiones percibidas por la actora durante los tres meses que laboró en el local de Avenida Bustamante fue superior al de los últimos tres meses en que se desempeñó en la sucursal de Avenida Vitacura...”. (...) “...no pudo modificarse el porcentaje de la comisión pactada con el trabajador, aun cuando por el volumen de ventas, el resultado final implique, circunstancialmente, una mayor remuneración para el dependiente, como lo indican los falladores de segundo grado en su tesis.”... “los jueces del grado, al resolver la controversia de la manera planteada, han aplicado erradamente el artículo 12 del Código del Trabajo a una situación no prevista por la citada norma y, en consecuencia, al desestimar la demanda, tal infracción de ley influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo atacado”⁶¹

⁶¹ C.S, casación en el fondo, *Carrizo Díaz Sandra*, 8 de noviembre de 1999 RDJ, T. XCVI. 1999. N° 3 (septiembre-diciembre), Sección 3.

“ siendo la comisión parte de la remuneración, la simple rebaja del porcentaje de la misma configura una disminución del monto total de la remuneración; de consiguiente, tal rebaja realizada unilateralmente por la parte empresarial, configura un incumplimiento de la obligación contractual, que reviste la gravedad suficiente para poner fin a la relación laboral, porque el empleador ha dejado de cumplir con su obligación principal, consistente en el pago íntegro y oportuno de la remuneración.”⁶²

Tercer Caso

Una trabajadora que había sido ascendida y designada en el cargo de agente monitor de una sucursal de una compañía de seguros, asignándosele un bono de 7% calculable de determinada forma, ve modificado su contrato de trabajo después de un año, de manera unilateral por parte de su empleador, quien la designa agente de ventas.

La trabajadora no consiente en dicho cambio, y pone término a su contrato de trabajo, por considera ha sufrido un menoscabo tanto económico como moral, lo que estima constituye por parte del empleador un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

Interpone así demanda por despido indirecto, la cual rechaza el tribunal de primera instancia por estimar prescrito el ejercicio del derecho de que disponía la trabajadora de acuerdo al artículo 12 del Código del Trabajo. Dicha sentencia es confirmada vía apelación por parte de la Corte de Apelaciones respectiva, y la demandante deduce recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia del tribunal ad quem.

La Corte Suprema acoge el recurso de casación interpuesto, invalidando la sentencia de segunda instancia, y dicta sentencia de reemplazo, la cual establece: “el artículo 171 del Código del Trabajo, faculta al trabajador para poner término a la relación laboral y recurrir el tribunal respectivo cuando es el empleador quien incurre en las conductas que configuran las causales de los números 1º, 5º y 7º del artículo 160 del mismo texto legal (...). De esta forma carece de relevancia que la trabajadora haya utilizado o no el procedimiento del artículo 12 del mismo cuerpo legal, no siendo aplicable en la especie el plazo de caducidad que esa norma contempla.”⁶³

La Corte Suprema de esta forma interpreta que el procedimiento de reclamo que establece el artículo del Código del Trabajo no es un paso obligatorio a seguir por parte del trabajador afectado, pudiendo ejercer directamente y sin estar sujeto al plazo que el procedimiento ante el ente administrativo supone, una acción judicial como en este caso.

Asimismo, la Corte en este caso da aplicación a lo que se conoce como cláusulas tácitas del contrato de trabajo al establecer que “... la existencia de contrato escrito no obsta a que trabajador y empleador puedan incorporar nuevas cláusulas, que si bien no fueron expresamente contempladas en las estipulaciones escritas, han sido aplicadas por las partes, configurándose así implícitamente el consentimiento entre ellas.”⁶⁴ Con

⁶² Ibid.

⁶³ C.S. (casación el fondo), *Moraga Espinoza Ana*, 25 de junio de 2002, RDJ, T. XCIX 2002. N°2 (Abril-Junio), Sección 3°.

⁶⁴ Ibid.

respecto a cómo se habrían llevado a cabo dichas modificaciones precisó "...es posible concluir que el empleador al designar a la demandante como agente monitor de la sucursal Arica (...) felicitándola expresamente por "las nuevas y desafiantes responsabilidades que asume" agregando que esperan "...sean un paso más en su carrera como agente de seguros de vida y líderes de grupo de nuestra compañía", y otorgarle, además, por tal gestión un bono del 7% calculado en la forma que allí se indica, decidió una modificación del contrato, la que fue aceptada por el trabajador desempeñándose en ese cargo hasta el 19 de abril de 1999, fecha en que se le comunicó el cambio en la naturaleza de sus servicios a simple agente de ventas, lo que ésta no consiente, poniéndole término a la relación laboral."⁶⁵

En cuanto al menoscabo moral y patrimonial sufrido por la trabajadora la Corte establece que "...se da por acreditada la existencia de un menoscabo económico y moral padecido por la trabajadora, toda vez que la decisión del empleador importa no percibir, en el futuro, el bono del 7% y abandonar una labor que, como lo afirman los testigos de su parte y consta de la documental antes referida, significaba estar "encargada de la oficina de Arica", con un claro liderazgo dentro del grupo de trabajo de los agentes de ventas de esa sucursal."⁶⁶

Por último, en relación a cómo se configuró en este caso el incumplimiento grave de las obligaciones que imponía el contrato se estableció que "... al modificar unilateralmente la entidad empleadora la naturaleza de los servicios de la demandante, ocasionándole un menoscabo, se ha configurado la causal invocada, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que el contrato imponía al empleador, por lo que debe hacerse lugar a la demanda por despido indirecto, declararse terminada la relación laboral entre las partes y otorgarse, en consecuencia, las indemnizaciones por término de contrato."⁶⁷

Cuarto Caso

Un grupo de trabajadores, cuyas labores consisten en vender pólizas de seguro, interponen un reclamo en contra de su empleador ante la Inspección de Trabajo, pues este último ha modificado unilateralmente sus contratos de trabajo, al alterar el lugar o sitio donde deben prestar sus servicios, causándoseles menoscabo, en concepto de los reclamantes.

La Inspección rechaza el reclamo de los trabajadores por estimar que el empleador dio cabal cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 12 del Código del Trabajo.

Frente a esta resolución⁶⁸, los reclamantes interponen el recurso previsto en el mismo artículo 12 ante el Juzgado de Letras del Trabajo respectivo, el cual deja sin efecto el pronunciamiento administrativo, por considerar que la alteración del lugar donde deben prestarse los servicios ha provocado menoscabo a los trabajadores.⁶⁹

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Resolución N° 107. Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, de 22.06.1990.

Se interpone un recurso de queja en contra de este fallo, el cual es rechazado ⁷⁰ . Finalmente, la Corte Suprema ⁷¹ confirma la sentencia apelada que niega lugar al recurso de queja.

El fallo del Juzgado del Trabajo, después de examinar las condiciones de trabajo anteriores y posteriores al cambio, y las características propias de la labor de vendedor, consideró que a los trabajadores se les había causado un menoscabo con la alteración del lugar donde debían prestar los servicios, en virtud de las siguientes consideraciones: “...con la Inspección efectuada al lugar actual de trabajo de los actores en calle Irarrázaval y al lugar en donde anteriormente efectuaban sus servicios, en calle Del Arzobispo se pudo constatar que este último recinto, cuenta con una infraestructura apropiada para el desempeño de las funciones de los vendedores, todas vez que su correspondiente sala de reuniones cuenta con tres o cuatro teléfonos especialmente destinados a ellos, con dos mesas lo bastante amplias para permitir estar a varios vendedores, incluso con música ambiental, lo que permite trabajar en un ambiente grato respecto al período que deben permanecer los vendedores, tiene el lugar además estacionamiento en el interior del edificio, casilleros para cada uno de los vendedores a objeto de guardar a cada uno sus correspondientes recados, existen dos Secretarías con estructura apropiada para su desempeño en forma satisfactoria (teléfonos, máquinas de escribir eléctricas), en la sala de reuniones se cuenta además con estantes apropiados para conservar las carpetas de los clientes” en cambio “...el lugar en donde actualmente se desempeñan los actores, es una sala muy pequeña, cuenta con dos escritorios que se utilizan por personal de la demandada, quienes se turnan para concurrir al lugar a objeto de fiscalizar la labor de los vendedores, no existe teléfono, secretarías, apenas un kardex (...) queda ubicado este pequeño local en una avenida con tanto movimiento como lo es la calle Irarrázaval, sin contar con estacionamientos apropiados y mucho menos una infraestructura necesaria para realizar las funciones propias de un vendedor” ⁷² agregándose que “...incluso, este grupo de vendedores pasó a depender de otro Departamento diverso, el cual registra sus oficinas en el centro, más precisamente en calle Bandera, que los recados, son enviados dos veces a la semana al local de Irarrázaval, ya que ellos tienen la obligación de concurrir dos veces a la semana por una hora a ese local, se les cambió a este grupo el color de las solicitudes de ingreso, pudiendo a simple vista apreciarse por el color de qué grupo de vendedores proviene la solicitud” ⁷³ a continuación, se lee “...la labor de los vendedores es normalmente una relación directa con el cliente, generalmente este último no acepta en forma inmediata el producto, hay conversaciones previas, las que obviamente se realizan con comunicación

⁶⁹ Mantilla Pérez, Mauricio y otros con Inspección Provincial del Trabajo. RDJ 1992 Tomo LXXXIX Sección III p186.

⁷⁰ ibid

⁷¹ ibid

⁷² ibid

⁷³ ibid

entre ambos, si al cliente le asiste alguna duda, va a pretender comunicarse con el vendedor, para lo cual este último va a requerir de un teléfono o de alguien que le atienda el llamado, en caso contrario, el cliente al ver tales dificultades buscará otro lugar u otra persona que lo atienda. Atendida la gran competencia que existe hoy en día, la modalidad de venta debe ir acompañada de una serie de facilidades para el cliente”⁷⁴

En cuanto a lo que debe entenderse como menoscabo, el tribunal desarrolló la idea de que éste debe considerar al trabajador desde una perspectiva integral, es decir, abarcando tanto aquella dimensión patrimonial de la relación laboral, como las social y moral, al determinar que “...el menoscabo al que la norma se refiere, va dirigido de una forma integral respecto de la persona del trabajador, no sólo desde un punto de vista económico, sino social y moral en la especie (...) los vendedores demandantes contaban con anterioridad al cambio de lugar con condiciones mucho más óptimas que con las cuales ahora cuentan, ello lógicamente les acarrea un indiscutible menoscabo como personas y trabajadores, más aun cuando se ha hecho una serie de diferencias materiales con respecto a los vendedores que continúan en el primitivo lugar”⁷⁵

Por último, en este fallo se hace una estimación de los perjuicios económicos que llegarían a sufrir los trabajadores tras el cambio del lugar donde deben desempeñarse: “...fácil es deducir que ello acarreará además a los demandantes una merma en sus ingresos al no contar con la infraestructura necesaria para atender en la forma debida a su clientela”⁷⁶

Sin perjuicio de la opinión que merezcan la justicia y equidad del fallo, nos llama la atención que el tribunal, en el propósito de aplicar rigurosamente el principio pro operario, haya incursionado con exceso en la definición de la estructura y ambientes óptimos que debe mantener una empresa comercial para sus ventas, prácticamente, imponiéndole al empleador un estándar de operación, asociado a costos determinados, sin discernir efectivamente, en torno a los alcances de la potestad privativa del empleador para dirigir y organizar su negocio o empresa, principio sobre el cual descansa precisamente, el ius variando contemplado en el artículo 12 del Código del Trabajo.

3. ACTITUDES DEL TRABAJADOR ANTE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL EMPLEADOR A LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Diversas son las actitudes que puede tener el trabajador, frente a la variación del contrato de trabajo que se le imponga unilateralmente por el empleador. A continuación,

⁷⁴ ibid

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

analizaremos cada uno de estos comportamientos viendo como, en gran parte, éstos dependen de la legitimidad de la modificación, es decir, si la actuación del empleador está o no acorde a la normativa del artículo 12 del Código del Trabajo.

Cabe sin embargo, tener en cuenta que la primera de ellas, esto es, la aceptación del trabajador a las modificaciones impuestas por su empleador, no es una reacción propiamente tal pues, en este caso, el trabajador permanece en una actitud pasiva. No obstante aquello, corresponde mencionarla entre las posibles actitudes del trabajador, ya que es una de las posiciones que éste puede llegar a adoptar, pudiendo además tener su origen en diversas consideraciones que el trabajador tenga respecto del comportamiento de su jefe o patrón.

3.1. Aceptación de las variaciones impuestas unilateralmente por el empleador.

Como dijimos recién, en este caso más que una reacción del trabajador nos encontramos ante una actitud absolutamente pasiva del éste. Dicho comportamiento puede deberse a distintos motivos, no obstante, éstos son indiferentes a la hora de determinar cuáles serán los efectos que tendrá dicha inactividad, ya que sin importar el móvil que lo lleve a no actuar, la única consecuencia será que la relación laboral permanecerá intacta, y que nadie podrá reclamar por él, de las modificaciones practicadas al contrato.

Vemos entonces, que la actitud del trabajador de mantenerse pasivo ante la modificación unilateral del contrato, es una de las opciones que se le presentan por pertenecerle exclusivamente a él esta facultad, y que por lo mismo, puede o no ejercer. Por lo tanto, no podrá jamás en estos casos intervenir, reclamando de la ilegitimidad del cambio, el sindicato a que esté afiliado el trabajador, sino que tendrá que ser él quien presente su disconformidad con dicha modificación, si así lo estima pertinente. Si no lo hace, puede entenderse que ha consentido tácitamente en los cambios y sólo restará actualizar el contrato individual de trabajo, según lo establece el artículo 11 del Código del Trabajo.

En lo referente a los motivos que tenga el trabajador para no hacer reclamo alguno ante la Inspección del Trabajo, podemos decir que estos son diversos y que se encuentran más bien dentro del ámbito sociológico. Por lo mismo, nos referiremos a continuación sólo a aquellas causas que están a nuestro alcance analizar.

En primer lugar, lo más obvio es suponer que esta falta de reacción del trabajador se deba precisamente, a que éste no tiene o cree no tener algo por qué reclamar. Será así, cuando el empleador ha modificado las condiciones iniciales de contratación respetando los requisitos impuestos por el artículo 12 del Código del Trabajo, sin haber producido menoscabo de ningún tipo para el trabajador. Es esta obviamente la actitud más inteligente que puede adoptar pues no incurriría en reclamos que carecen de asidero.

En segundo lugar, esta pasividad puede deberse también a una sensación de inferioridad del trabajador, esto es, la desprotección que siente frente a su patrón principalmente, por la relación de dependencia y subordinación propia de la relación laboral. Frente a este problema, lo único que nos parece cabe señalar, es que debe

propenderse al fomento de toda aquella información que la ley reconoce a favor del trabajador, lo cual evitaría el desconocimiento o ignorancia que muchas veces ellos tienen acerca de sus derechos y de las herramientas que la ley les otorga con el fin de resguardarlos.

3.2. Negativa del trabajador a cumplir las variaciones impuestas unilateralmente por el empleador.

Esta postura del trabajador puede asimilarse, en cierta medida, a la inactividad descrita anteriormente. Sin embargo, la gran diferencia está en que en este caso la inactividad del trabajador es aparente, esto porque si bien no hay una acción comparable a lo que significa recurrir ante la Inspección del Trabajo o ante los tribunales, si hay una reacción y oposición del trabajador frente a los cambios introducidos unilateralmente por el empresario al contrato de trabajo.

Este sería un comportamiento que obedece a aquel sentimiento que se tiene cuando se cree estar en lo correcto y, orientándolo al tema de este trabajo, se traduciría en que el trabajador cree que las modificaciones introducidas al contrato por su empleador, se realizaron excediéndose de los márgenes legal, y, que por ende, no tiene porque acatarlos. Si bien no existe una actuación del trabajador por cuanto no solicita ayuda de ningún organismo administrativo ni jurisdiccional, si encontramos una reacción, pues hay un claro enfrentamiento entre los intereses de ambos actores de la relación laboral.

3.2.1. Despido por incumplimiento grave de las obligaciones contractuales.

¿Cómo se manifiesta esta reacción desde la perspectiva legal y judicial? La respuesta a esta interrogante es que frente a la negativa del trabajador a acatar los cambios impuestos por el empleador al contrato, éste decide hacer uso de una de las causales de término del contrato consagrada en el N°7 del artículo 160 del Código del Trabajo, esto es, el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. Así es, que existe variada jurisprudencia que se refiere a esta situación, y, en la que indirectamente, al analizar si procede o no la causal, se pronuncia acerca de si hubo o no un ejercicio ilegítimo del ius variandi y el consecuente menoscabo laboral que este trae aparejado.

3.3. Reclamación ante la inspección del trabajo.

La primera reacción propiamente tal, que puede tener el trabajador frente a la variación unilateral hecha por el empleador de las condiciones del contrato de trabajo, es la de recurrir ante la Inspección del Trabajo, tal cual lo prescribe el inciso tercero del artículo 12 del Código del Trabajo. Señala este precepto que: “ 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 la inspección 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 relación ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única

instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes”.

De la anterior norma se puede observar, en primer lugar, que aparece como camino necesario de aquel trabajador que se sienta menoscabado, patrimonial o moralmente, el de recurrir ante este órgano administrativo. Como veremos luego, se discute a nivel jurisprudencial si, efectivamente, es esta vía el primer paso que necesariamente debe seguir el trabajador que se siente menoscabado, o si es tan sólo una alternativa a la vía jurisdiccional ante los tribunales competentes.

Por otro lado, resulta interesante analizar hasta qué punto la intervención de oficio de este organismo, esto es, sin existir previo reclamo de algún trabajador que lo solicite, es válida o más bien nos encontramos frente a la vulneración de alguno de los derechos fundamentales del empresario.

3.3.1. Competencia de la Inspección del Trabajo como ente fiscalizador.

El profesor Guido Macchiavello plantea que la intervención de los órganos administrativos en casos de menoscabo sufridos por el trabajador, como en otras situaciones que lo afecten, constituye una protección de índole administrativa para el trabajador, protección que convive además, con aquellas tutelas de carácter jurisdiccional y sindical.⁷⁷

El autor italiano Renato Scognamiglio, precisa que tales normas son “administrativas” del Estado, señalando que: “Dentro de la función del Estado en materia de trabajo se ha constituido un conjunto de organismos”⁷⁸. Así, al formar parte dichos organismos, de la Organización del Estado, se encuentran de paso en la órbita del Derecho Administrativo. “El servicio que el Estado ejecuta para proteger dinámicamente al trabajador es Derecho Administrativo del Trabajo, y, se compone de un complejo de normas que tienen por objeto la actividad institucional de los poderes públicos, dirigida a la gestión aplicada de la vigilancia y control de la legislación protectora y de promoción de de las condiciones de trabajo de los trabajadores y en especial de aquéllos que están en situación de debilidad”⁷⁹. Vemos entonces, que el ente a través del cual interviene el Estado para velar por el respeto de los derechos del trabajador es la Inspección del Trabajo.

Según la ley orgánica de la Dirección del Trabajo corresponde a éste la fiscalización de las leyes laborales, fijar su interpretación, difundir los principios de tales leyes, supervigilar los sindicatos y prevenir los conflictos laborales.

La manera que tiene este organismo para defender los derechos laborales se materializa a través de las diversas atribuciones de la que está dotado, como es la de realizar inspecciones, revisar de documentación relativa al trabajo, citar y celebrar audiencias, aplicar multas, decretar suspensión del trabajo e incentivar avenimiento entre las partes, entre otras. En esta oportunidad nos referiremos a las facultades de inspeccionar, revisar documentos y aplicar sanciones, ya que son éstas las que están

⁷⁷ Macchiavello, Guido. ob cit., p. 461.

⁷⁸ Citado por Macchiavello en ob cit.

⁷⁹ Ibid.

relacionadas íntimamente con lo que ocurre al hacer uso el trabajador, de la facultad otorgada en el inciso tercero del artículo 12.

En lo referente a las inspecciones, vemos que los inspectores del trabajo están facultados para visitar y examinar *in situ* en horario diurno, y aún nocturno, toda actividad empresarial o lugar en que una persona trabaje subordinadamente, a favor de otra.

a) El “ambiente de trabajo” esto es, la “organización” que recibe el esfuerzo del trabajador y si aquél cumple con las exigencias de seguridad higiene y aseo en vigencia;

b) el servicio que ejecuta el trabajador en su aspecto material y si se ajusta a las reglas legales y de seguridad;

c) los contratos de trabajo, especialmente en materia de remuneraciones, horarios, feriados, descansos y otros derechos; d) los registros y documentación de las declaraciones y pagos de las cotizaciones provisionales y de las tasas tributarias, siendo toda negativa a someterse a esta inspección, sancionada con multa.

La facultad de revisar todos aquellos documentos relativos al trabajo, como la posibilidad de exigir su exhibición en forma completa, nos parece que es una facultad que sirve de complemento a la de inspeccionar el contrato de trabajo, ya que muchas veces aquellas modificaciones introducidas por el empresario no son incorporadas a éste y, por lo mismo, el inspector podría dejar de sancionar alguna situación de irregularidad o exceso cometida por el empleador en el ejercicio del ius variandi, y que haya provocado menoscabo en el trabajador.

Por último, la facultad de sancionar de este organismo le permite aplicar, dentro de los márgenes legales, multas una vez comprobada alguna infracción.⁸⁰ La parte que resulte afectada con la resolución de la Inspección del Trabajo podrá reclamar, ante los tribunales de justicia, dentro del plazo de 15 días que se cuentan desde la notificación de la aplicación de la sanción, consignando un tercio del valor de la multa impuesta. Luego se hará una relación de los hechos en la que se presentarán las pruebas para que finalmente, el tribunal confirme o revoque la sanción aplicada por el organismo administrativo. Luego de dicha resolución podrá recurrirse de queja ante la Corte de Apelaciones respectiva.

3.3.1.1. Fiscalización de oficio de la Inspección del Trabajo. ¿Una vulneración al derecho fundamental del artículo 19 N°24 de la Constitución?

En vista de la facultad de inspección de la que está dotada la Inspección del Trabajo es que parece válido, a primera vista, que este organismo inspeccione, cuando lo estime necesario y sin permiso alguno, las condiciones bajo las cuáles se trabaja dentro de una empresa. Sin embargo, ¿qué es lo que ocurre cuándo esa inspección pasa más bien a ser una intromisión que vulnera un derecho fundamental del empresario, como el artículo 19 N° 24 de de la Constitución?

A continuación nos referiremos a un caso relativo a la interposición de un recurso de protección, y, que en sus distintas instancias de conocimiento por los tribunales, existió

⁸⁰ DFL N° 2 de 1967, artículos 32 y 33.

discrepancia acerca de si hubo o no vulneración, no sólo al artículo 19 N° 24 de la Constitución, sino también de los numerales 16 y 21 del mismo precepto.

El 29 de septiembre de 1999, la Corte de Apelaciones de Santiago conoció de una acción de protección interpuesta por un sujeto que, en representación de una Sociedad Comercial, sintió vulneradas algunas de sus garantías fundamentales.

El recurso se interpuso en contra de la Inspección Comunal del Trabajo de La Florida y de la fiscalizadora de dicho organismo fundándolo, la empresa recurrente, en el hecho que la fiscalizadora del trabajo le impartió instrucciones de actualizar los contratos de trabajo, respecto de los dependientes que cumplían la función de vendedores. Señaló la recurrente, en esa oportunidad en su libelo que: “con fecha 1° de junio del año en curso, la fiscalizadora del Trabajo doña Ruth Bravo impartió a la recurrente instrucciones en el sentido de modificar el texto de los contratos de trabajo ya referidos, en términos de modificar la descripción de las labores o funciones contratadas, en orden de establecer que los servicios que el trabajador debe desempeñar sólo comprendan la obligación de venta pura y simple, y, que la actuación de la funcionaria individualizada es ilegal y arbitraria y vulnera las garantías de los N°s. 16, 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que las recurridas se han excedido de las facultades que les otorga la ley, pues la atribución de interpretar contratos de trabajo y precisar su sentido y alcance le corresponde a los Tribunales del ramo y por otro lado, su actuar resulta carente de razón, justificación o fundamento, por cuanto se ha entrado a reglamentar materias que están sujetas a la reglamentación general de la legislación laboral”.

La Corte de Apelaciones al resolver dicha acción constitucional, y pronunciarse acerca de la intervención de la Inspección del Trabajo, señaló que: “se ha interpuesto un recurso de protección en contra de un mero acto preparatorio de una eventual resolución de multa administrativa, que en la hipótesis que se concrete, tiene contemplado una serie de recursos de impugnación, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional, por cuyo motivo el referido recurso de protección resulta improcedente (...) Que según se infiere del texto del D.F.L. N° 2 de 1967, que contiene la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, los fiscalizadores o inspectores del ramo (...) se encuentran facultados para constituirse a cualquier hora del día o de la noche, en los establecimientos industriales o comerciales (...) Al impartir tales instrucciones los fiscalizadores no ejercen en verdad una función jurisdiccional o decisoria, sino que se limitan a hacer ver a los empleadores que están infringiendo la legislación del Trabajo, instándoles a cumplirla mediante las pautas que les señalan, (...) el simple hecho que un fiscalizador del Trabajo imparta determinadas instrucciones a un empleador, (...) no puede considerarse un acto ilegal, por cuanto, (...) está investido de facultades para ello, ni tampoco puede tildarse dicho acto de arbitrario, ya que deriva del criterio sustentado fundadamente por la Dirección del Trabajo (...) por lo expuesto, el recurso de protección de autos no se encuentra en condiciones de prosperar y debe, por tanto, ser desechado”⁸¹

La empresa como parte recurrente, al ver desestimada la acción de protección, interpuso ante la Corte Suprema un recurso de apelación, tribunal que falló acogiendo el nuevo recurso revocando así, la resolución que había desestimado la acción de

⁸¹ Gaceta Jurídica N° 233. p. 135. Rol N° 2.698-99.

protección.

A continuación veremos los argumentos que tuvo la Excelentísima Corte para revocar la resolución anteriormente adoptada.

De esta forma, la Corte Suprema comenzó su argumentación señalando que: “el artículo 2º del Código del Trabajo, (...) , le otorga al Estado la misión de amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su empleo y, (...), velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios, labor esta última que corresponde cautelar, (...), a la Dirección del Trabajo (...), sin embargo, tales facultades deben ejercerse sólo cuando dicho servicio (...) sorprenda, con su actividad de fiscalización, ilegalidades claras, precisas y determinadas (...) Que, en el presente caso, (...), la recurrida procedió (...), a ordenar a la empresa recurrente la obligación de actualizar los contratos de trabajo, respecto de los trabajadores que cumplen la función de vendedores, (...); y contrariamente a lo sostenido en su informe, el acto referido no es preparatorio de una eventual resolución de multa administrativa; (...) la recurrida se arrogó facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dicha materia, esto es, los Juzgados del Trabajo. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del Código del Trabajo, corresponde a éstos conocer de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales, o bien las derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo; (...) la recurrida en estos autos incurrió en un acto ilegal que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 3 inciso 4º de la Constitución Política de la República, pues nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta; (...) la conducta de la reclamada es ilegal, excede de sus facultades, pues no le corresponde tomar la atribución de dirimir cuestiones netamente jurídicas, las que, (...) son de competencia de los tribunales de justicia y, por ende, el recurso de protección intentado por la recurrente debe ser acogido.”⁸²

A continuación nos referiremos a otro caso similar, para ver de qué forma se resolvió el recurso de protección, interpuesto con la idea de amparar una garantía fundamental.

La Corte de Apelaciones de Santiago, el año 1999, falló a favor de una Sociedad Comercial que recurrió de protección en contra de un Inspector Provincial del Trabajo que, a su parecer, actuó arbitrariamente al dictar un instructivo sin existir, previamente, un reclamo formal de la trabajadora, y, que ordenaba que a ésta se le proporcionara el trabajo para que el cual había sido contratada.

El recurrente argumentó que el motivo de su actuar fue que uno de los locales comerciales en que tenía su negocio fotográfico, fue entregado en comodato y que dado que el producto ofrecido no fue aceptado por los usuarios, unido a la depresión

⁸² Gaceta Jurídica N° 233. p. 136. Rol N° 3.638-99. Se previene que el Ministro Sr. Gálvez estuvo sólo por suspender los efectos de la Instrucción antes referida, en lugar de dejarla sin efecto, en atención a que –en su concepto– la naturaleza claramente cautelar de la presente acción no es compatible con la adopción de medidas que signifiquen afectar la existencia de actos administrativos ya configurados. Con los mismos fundamentos se acogieron en el mes de noviembre los recursos correspondientes a los roles: N°s. 3.409-99; 3.408-99.

económica de la ciudad, se vio en la necesidad de reducir personal y entregarle a la afectada otras labores, ya que las asignadas inicialmente eran imposibles de cumplir.

La decisión de la Corte fue la de acoger dicha acción, estimando que el instructivo dictado por el recurrido era arbitrario y quebrantaba la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 inciso 4°, esto, por exigir medidas imposibles de cumplir por el empleador, toda vez que el equipo en que se desempeñaba la trabajadora, le fue retirado por la sociedad comodante, por no cumplimiento de las metas estipuladas. Además, se concluyó que la sociedad hizo uso oportuno de la facultad que le confería el artículo 12 del Código del Trabajo, manteniéndole a la trabajadora sus rentas y demás derechos legales. Apelado dicho fallo, fue confirmado por la Corte Suprema.⁸³

3.3.2. ¿Es recurrir ante la Inspección del Trabajo una vía indispensable para una posterior reclamación ante los tribunales?

Analizando la redacción del inciso tercero del artículo 12 del Código del Trabajo que señala: “el trabajador afectado podrá reclamar...” pareciera ser que la posibilidad del trabajador de efectuar, ante la respectiva Inspección del Trabajo, un reclamo es facultativa para él y, por lo mismo, en el caso de no ejercerse esta facultad, ya sea por ignorancia o por el transcurso del plazo señalado en el mismo precepto, no habría impedimento alguno para que ese mismo trabajador recurra, como primer y único camino, ante los Tribunales de Justicia.

A continuación, analizaremos jurisprudencia existente en lo referente a este punto, la cual nos servirá para aproximarnos a la postura mayoritaria existente al respecto, y así poder el sentido de la norma.

En primer lugar, nos parece interesante ver cómo falló la Corte Suprema al conocer de un recurso de queja, en la siguiente causa.

En primera instancia, se acogió la demanda por despido indirecto interpuesta por un trabajador, cuyo contrato fue modificado unilateralmente por la empresa de cecinas J. K. S.A. Los hechos en que fundó su acción fueron que se disminuyó arbitrariamente, la jurisdicción en la que ejercía sus funciones suspendiéndose, consecuentemente, la asignación extraordinaria de movilización, todo lo cual le habría producido un menoscabo moral y patrimonial que lo habría colocado en la situación de proceder a poner término a su contrato de trabajo.

Por su parte, la empresa demandada estima no haber incurrido en el incumplimiento grave que se le atribuye, ya que por razones de competitividad se hizo necesario hacer una reestructuración de la empresa en materia de remuneraciones y cambios territoriales, en la que todos los jefes zonales estuvieron de acuerdo, incluyendo al demandante, cambios que en caso alguno significarían disminución de remuneraciones.

Finalmente el tribunal de primera instancia acogió la petición de la demandante, ordenando el pago de las correspondientes indemnizaciones.

En contra de esta resolución, la empresa demandada interpuso recurso de apelación

⁸³ Fallos del Mes N° 495. p. 54.

ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cuál resolvió dictando una sentencia de revocación que negó dar lugar al pago de las indemnizaciones correspondientes. Esto, por estimar que: “no hay constancia en el proceso que el actor hubiese reclamado, ante el inspector del trabajo respectivo de la modificación de su contrato, en conformidad con el procedimiento señalado en el inciso final del artículo 12 del Código del Trabajo”, considerando que “sólo de esa manera estaba en condiciones de sostener legítimamente la existencia de un perjuicio previo que le menoscababa sus remuneraciones, de suerte que la omisión de dicha gestión le inhibe de declarar caducado su contrato por incumplimiento imputable al empleador”⁸⁴

Sin embargo, nuevamente se volvió a la decisión inicial, es decir, a la postura del trabajador demandante, a causa del recurso de queja interpuesto por éste el cual fue acogido.

Vemos entonces que aparece como un problema central de esta causa, la circunstancia de que el demandante, es decir el trabajador, no haya reclamado previamente ante la Inspección del Trabajo de la situación que lo aquejaba.

A continuación, veremos la forma cómo se resolvió finalmente este caso, transcribiendo la opinión de la Corte Suprema a la hora de conocer y resolver el recurso de queja.

Señaló la Corte Suprema: “Que la reclamación a que se refiere el último inciso del artículo 12 del Código del Trabajo dice relación únicamente con las alteraciones de la naturaleza de los servicios o distribución de la jornada de trabajo, a que se refieren los incisos primero y segundo del mencionado artículo, las que suponen la intención del trabajador de mantener su contrato de trabajo, situación fáctica que no es la de autos, toda vez que en éstos no sólo se reclamaba del cambio de los territorios sobre las cuales el demandante ejercía su cargo, sino además por la supresión unilateral de la asignación extraordinaria de movilización que se pagaba a los trabajadores, de modo que no cabe su aplicación en este caso (...)”.⁸⁵

Otro caso interesante y por lo demás, totalmente opuesto al fallo anterior, es la resolución dictada el 30 de Septiembre de 1999, por la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer de un recurso de casación en la forma, y, que finalmente fue declarado inadmisibile.

Señaló esta Corte, en su considerando cuarto que: “la situación a que se refiere el artículo 12 de Código del Trabajo, que es el fundamento del despido indirecto del actor, en su inciso final señala el procedimiento a seguir en el caso que se plantea en autos cuando no se aceptan por el actor las nuevas condiciones de trabajo impuestas y se establece la impugnación ante la Inspección del Trabajo, debiendo ser el inspector respectivo quien se pronuncie sobre el particular y en caso de desacuerdo con su decisión, el trabajador tiene abierta la vía jurisdiccional, procedimiento que el actor omitió, negándole a la empleadora la posibilidad de subsanar cualquiera omisión o reclamo que

⁸⁴ Fallos del Mes N° 490. p. 66.

⁸⁵ Corte Suprema. (recurso de queja). Steinlen Alvarez, Cedric. 24.05.1995. RDJ., T.II, vol. XCII, Sección. 3°, p.186.

sobre la materia pudiera existir (...)"⁸⁶

En esta misma causa, pero a propósito del pronunciamiento de la Corte Suprema al conocer de un recurso de casación en el fondo interpuesto por el trabajador, y que fue rechazado por manifiesta falta de fundamento, la excelentísima Corte señaló que: "se hizo una incorrecta aplicación de los artículos 12 y 171 del Código del ramo, por cuanto el actor tenía dos alternativas, utilizar la vía del artículo 12 inciso segundo anteriormente citado, o bien, deducir las acciones que le franqueaba el artículo 171 del mismo Código y no como lo señala el fallo en revisión, al establecer que el actor debió recurrir en primer lugar a la vía administrativa, otorgándole un carácter imperativo a la primera de las normas señaladas".⁸⁷

3.4. Despido indirecto

Por último, corresponde referirnos a la última de las actitudes que puede tener el trabajador que se sienta menoscabado por el ejercicio abusivo del ius variandi. En este caso, más que una actitud de denuncia como la que analizamos recién, se trataría de una actuación más radical de parte del trabajador. Esto porque la posibilidad que tiene éste de solicitar la inspección y correspondiente aplicación de una sanción de parte de la Inspección del Trabajo no supone romper con el vínculo contractual que lo une con su empleador, como si lo hace si es que recurre a lo que en doctrina se conoce como despido indirecto.

La institución del despido indirecto se relaciona con una de las causales de término del contrato de trabajo, esto es, la del N° 7 del artículo 160 que trata del incumplimiento grave de las obligaciones contractuales. Así es que respecto de esta causal, el legislador contempló la posibilidad de que, al igual como puede valerse de ella el empleador, el trabajador pueda invocarla cuando crea o sienta que el menoscabo sufrido a causa del ejercicio abusivo del ius variandi es de tal envergadura, que no tiene sentido continuar vinculado al empleador y ponga fin, por lo tanto, al contrato individual de trabajo.

Lo anterior nos hace suponer que la elección de utilizar esta vía o la de denuncia ante la inspección del trabajo, dependerá del grado de menoscabo sufrido por el trabajador, esto es, a mayor perjuicio del trabajador, mayores serán las probabilidades de que éste recurra al autodespido o despido indirecto. No así, cuando el menoscabo sea menor y permanezca el interés del trabajador en llegar a una solución para mantener su puesto de trabajo.

Podemos aseverar que esta actitud del trabajador, luego de recurrir a la Inspección del Trabajo, la cual no acogió su petición, constituiría una especie de recurso de "ultima ratio". Esto pues en todos aquellos casos en que el trabajador se sienta menoscabado y no esté dispuesto a transar su estabilidad en el empleo por cambios perjudiciales en las condiciones del mismo, esta última reacción será la que le quede adoptar, pues luego de no haberse acogido su petición ante el organismo administrativo, sólo le resta la vía

⁸⁶ Gaceta Jurídica N° 237. p.150

⁸⁷ Ibid.

judicial.

CAPÍTULO CUARTO. OTROS TEMAS RELACIONADOS CON LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO POR PARTE DEL EMPLEADOR

1. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Esta teoría tiene como punto de partida la fuerza obligatoria de los contratos, ya que en principio las partes siempre deberán cumplirlo, aún cuando éste les resulte perjudicial.

Sin embargo, la aplicación irrestricta del axioma *Pacta Sun Servanda* puede llevar a resultados demasiado injustos para una de las partes contratantes, y es así que tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjeras han desarrollado lo que se conoce como Teoría de la Imprevisión.

Esta Teoría es definida por el profesor Jorge López Santa María como: “el estudio de todos los supuestos bajo los cuales los jueces estarían autorizados para prescindir de la aplicación del contrato al pie de la letra, y el estudio de las soluciones posibles al desajuste producido. Estas soluciones son fundamentalmente dos: la revisión judicial de

los contratos y la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente”⁸⁸.

En conformidad al Derecho chileno, los contratos en curso son intangibles tanto para el legislador como para los tribunales y así, ninguno de ellos podría modificarlos a pretexto de un cambio de circunstancias al momento de la celebración de la convención.

⁸⁹

A pesar del rechazo a esta teoría que, como hemos dicho, existe en la doctrina como jurisprudencia nacional, nos parece importante referirnos a ella pues creemos que puede servir para entender aunque no resolver, el comportamiento del empleador bajo determinadas circunstancias, y, que de paso, produce menoscabo en la persona del trabajador.

A pesar de no adoptar nuestra legislación la Teoría de la Imprevisión, no podemos ignorar, sin embargo, que existen ciertas normas legales que permiten, en determinadas y concretas situaciones, que el juez modifique un contrato cuyo cumplimiento de acuerdo a la forma estipulada originalmente, resultaría inoperante frente a nuevas circunstancias. Así lo grafica, por ejemplo, el artículo 2180 del Código Civil que autoriza al comodante para exigir anticipadamente la restitución de la cosa prestada, por ejemplo, si le sobreviene una necesidad imprevista y urgente de ella. Sucede lo mismo, respecto del contrato de depósito consagrado en el artículo 2227 del mismo código, en el que el depositario puede obligar al depositante a que reciba la cosa antes de lo esperado.

En el extremo opuesto, existen normas legales que, de manera expresa, rechazan la posibilidad de revisar un contrato. Como vía ejemplar, tenemos el artículo 1983 del Código Civil, que priva al arrendatario de un predio rústico del derecho a pedir rebaja de la renta pactada, aún cuando después de celebrado el contrato, sobrevenga la destrucción o deterioro de la cosecha por un hecho de la naturaleza. De igual forma, el artículo 2003 del mismo código, descarta la posibilidad de que el empresario que celebró un contrato de construcción por suma alzada, pida un aumento en el precio, por el hecho de que posteriormente a la celebración del mismo, aumente el valor de la mano de obra o de los materiales.

A pesar de lo dicho anteriormente, López Santa María es de la opinión que, prescindiendo de las normas legales particulares, que en ciertos casos autorizan expresamente la modificación judicial de un contrato y en otros la rechazan categóricamente, el genuino ámbito de la doctrina de la imprevisión corresponde a las situaciones no zanjadas directamente por el legislador. Así, los requisitos indispensables para admitir la acción de revisión, habitualmente aceptados por quienes propugnan el establecimiento de esta doctrina, son:

Que se trate de un contrato de ejecución diferida o de trato sucesivo, cuyo cumplimiento se encuentre pendiente;

⁸⁸ López Santa María, Jorge, ob cit., p. 206.

⁸⁹ Varios profesores de Derecho Civil sobresalen en el esfuerzo de que la doctrina nacional, incorpore la Teoría de la Imprevisión. Destacados son los casos de Lorenzo de la Maza quien consagra su Memoria de Prueba a este tema, editada por Imprenta Chile. Santiago. 1933

2. Que el contrato tenga carácter de oneroso-conmutativo;

Que sobrevenga un suceso independiente de la voluntad de las partes, imprevisible al instante de la formación del consentimiento; y,

Que dicho suceso dificulte de manera considerable el cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes, no haciéndolo imposible, pues entonces existiría caso fortuito o fuerza mayor y se configuraría un modo de extinción de las obligaciones, pero transformándolo en exorbitantemente más dispendioso.

Teniendo en cuenta que en lo que respecta al contrato de trabajo, se cumplen todas y cada una de las características recién señaladas, nos parece que sería posible, ante la eventualidad de que se comenzara a aplicar esta Teoría por parte de nuestros tribunales, que una de las partes en el contrato de trabajo, más precisamente el empleador, se valiera de ella para argumentar y justificar el haber variado la naturaleza de los servicios que prestaba su empleado o bien, el lugar en que estos se llevan a cabo. De esta forma quizás, se dejarían de tener en cuenta, a la hora de solucionar problemas de esta índole, cuestiones técnicas, y se daría paso a una discusión en un plano más justo y equitativo.

2.- LA CLÁUSULA TÁCITA Y DOCTRINA DE LA REGLA DE CONDUCTA

Incluir a las Cláusulas Tácitas en el contrato de trabajo, como tema directamente relacionado al menoscabo laboral, se debe a que muchas veces las modificaciones practicadas por el empleador al contrato se realizan, precisamente, a este tipo de condiciones, es decir, aquellas que si bien no fueron pactadas al inicio de la contratación, se consideran adoptadas espontáneamente a través del comportamiento que las partes han tenido a lo largo de su relación jurídica.

De esta forma resulta entonces necesario, en primer lugar, determinar qué es lo que se entiende por Cláusula Tácita, pues de otra forma se nos haría imposible percibir aquellas situaciones de menoscabo sufrido por el trabajador y, que son consecuencia precisamente de modificaciones realizadas de manera unilateral, por el empresario a dichas cláusulas.

Luego de tener certeza de cuándo nos encontramos frente a este tipo de cláusulas, parece necesario referirnos a aquellas características del contrato de trabajo que tienen relación con la posibilidad de que las partes construyan, a través de su comportamiento, reglas de conducta que se encuentran vinculados u obligados a respetar.

2.1. Concepto: Cláusula tácita

Para entender el concepto de este tipo de cláusulas, nada mejor que citar lo señalado al respecto, por la Inspección del Trabajo.

Este Servicio ha reiterado en lo referente a este concepto, que: “la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación escrita de voluntad como de una tácita, salvo aquellos casos en que la ley, por razones de seguridad jurídica, exija que opere la primera de las vías señaladas”.⁹⁰

“La manifestación tácita a que se ha hecho alusión precedente-mente, está constituida por la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo, o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, lo que lleva a configurar cláusulas tácitas que se agregan a lo que, en forma escrita, conforman el contrato individual de trabajo”.⁹¹

De todo lo expuesto, es posible concluir entonces, que: “una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo, sino que también deben entenderse como cláusulas incorporadas a éste, las que derivan de la reiteración de pago u omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que, si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un período prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, configurando así un consentimiento tácito entre ellas, el cual, a su vez, determina la existencia de una cláusula tácita que debe entenderse como parte integrante del respectivo contrato”.⁹²

2.2. Consensualismo y direccionismo: Dos características vinculadas a la existencia de las cláusulas tácitas.

Como señalamos en el primer capítulo, una de las características del contrato de trabajo, entre otras, es la de ser un contrato consensual.

Tal como lo señala el profesor López Santa María, el carácter de consensual dice relación con el momento en el cual nace o se forma dicho contrato, y con los requisitos que son necesarios cumplir en ese instante. Se denomina entonces como contratos consensuales: “aquellos para cuya formación basta el consentimiento de las partes, sin que sea preciso cumplir con formalidades *ad solemnitatem*, ni entregar la cosa material del contrato”.⁹³

Cabe hacer presente que, desde una óptica más amplia, la doctrina jurídica además tratar al consensualismo como una característica de ciertos contratos, lo estudia también desde la perspectiva de los principios, siendo éste una de las más importantes manifestaciones del Principio de la Autonomía de la Voluntad, que es a su vez, el pilar

⁹⁰ Inspección del Trabajo, Dictamen N°1014/86 del 17.03.2000.

⁹¹ Dictamen N°1014/ 86. 19.03.2000.

⁹² Dictamen N°1014/86 del 17.03.2000 de la Inspección del Trabajo,.

⁹³ López Santa María, Jorge, ob cit., p. 121.

fundamental del sistema de los contratos en el Derecho chileno.

En Chile, los contratos consensuales se subclasifican en propiamente consensuales y en consensuales formales. Estos últimos son aquellos en que, paradójicamente, se deben cumplir otras formalidades al momento de su celebración ya sea por vía de prueba, de publicidad o habilitantes. Dentro de esta última categoría de contratos, se encuentra el de trabajo.

“El formulismo o vestimenta con que los contratos de trabajo han sido investidos, tiene su razón de ser en: impedir que las partes se vinculen con ligereza o con torpeza, omitiendo regular o precisar los detalles del contrato (...) El formulismo protege a las partes contra el apresuramiento contractual y también contra las maniobras y trampas ajenas”⁹⁴.

En las anteriores palabras encontramos el principal fundamento de la “formalización” que han venido teniendo los contratos, en especial, el del trabajo.

Sin embargo, podemos observar que a pesar del aparente formulismo que envuelve al contrato de trabajo, el consensualismo tiene una importante preponderancia pues, precisamente, la génesis u origen de las cláusulas tácitas, se encuentra en el consentimiento que las partes, a través de múltiples y constantes prácticas, manifiestan y, por ende, se incorporan al contrato.

Las cláusulas tácitas consisten en modificaciones que deben entenderse incorporadas al contrato, aún cuando no han sido plasmadas materialmente en éste, y que exigen respeto y cumplimiento de parte del empleador. Así, frente a un comportamiento que signifique indiferencia hacia estas condiciones impuestas por la práctica y costumbre no sólo podría, eventualmente, existir menoscabo para el trabajador por desconocerle los beneficios pactados inicialmente, sino que además, estaríamos frente al incumplimiento contractual del empresario.

Podríamos decir entonces que, como consecuencia de tener el contrato individual de trabajo un carácter "consensual", deben entenderse incorporadas en él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito y desde el principio de las negociaciones, sino que además, todas aquellas no escritas en el documento respectivo, y que emanan del acuerdo de voluntades que las partes manifestaron libre y espontáneamente.

El direccionismo contractual, otra característica del contrato de trabajo, a nuestro parecer nos sirve, para entender el fenómeno de las cláusulas tácitas.

Tal como postula el profesor López Santa María, “los contratos dirigidos nacen como una forma de paliar los efectos nocivos de los contratos por adhesión, cuyo rasgo decisivo se encuentra en la existencia de un desequilibrio del poder negociador de los contratantes”.⁹⁵

Es así que el contrato de trabajo como contrato dirigido o dictado por el legislador,

⁹⁴ Ibid. p. 157

⁹⁵ Ibid p. 145

encontrará en los artículos del Códigos del Trabajo una reglamentación supletoria de la voluntad de las partes. Tratándose de éstos: “la reglamentación legal asume carácter imperativo sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea materia del contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato. La dirección de los contratos por el legislador es un fenómeno no anterior al presente siglo. Se inicia en Europa, a partir de 1900, en materia de contratos individuales de trabajo, como una manera de proteger los intereses de los asalariados. Los derechos concedidos por leyes laborales a los trabajadores han pasado a ser irrenunciables, de manera que en éstos carecen de validez las cláusulas que restringen los beneficios que la ley les ha reconocido”.⁹⁶

De esta forma el artículo 10 del Código del Trabajo, se encarga de señalar cuáles son aquellas estipulaciones mínimas o cláusulas fundamentales que, necesariamente, debe contener un contrato de trabajo. Estas son:

lugar y fecha del contrato;

individualización de las partes con indicación de la nacionalidad y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador;

determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse;

monto, forma y período de pago de la remuneración acordada;

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;

plazo del contrato;

demás pactos que acordaren las partes.

Es necesario no olvidar que cualquier modificación a alguna de dichas cláusulas es posible, de manera sucesiva o simultánea, ya sea a todos o a algunos de sus elementos, todo esto, con el consentimiento de ambas partes y sin que se desmejoren, con este cambio, las condiciones pactadas inicialmente. “Aclaremos que nunca las variaciones podrán significar la eliminación de alguna de las obligaciones o de los elementos característicos de la convención laboral, pero si podrán establecer otras formas o modalidades siempre que encuadren dentro de la esencia del contrato”.

El artículo 5 del Código del Trabajo dispone que los contratos individuales y colectivos de trabajo pueden ser modificados por mutuo consentimiento en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente. Esto no hace más que reiterar uno de los principios fundamentales en materia contractual, cual es el de la fuerza obligatoria del contrato, consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, y que prescribe: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causas legales”.

⁹⁶ Ibid. p. 163

La disposición del Código del Trabajo, quiso además especificar, que los contratos no podían ser modificados de forma tal que impusieran condiciones inferiores a los mínimos o máximos legales o colectivos. El profesor Guido Macchiavelo opina al respecto, que: “aquí hay un fundamento para sostener que las partes individualmente no podrían modificar *“in peius”* lo establecido en un contrato colectivo, pues, “no lo podrían convenir libremente”, ya que la voluntad colectiva es superior a aquella individual”.⁹⁷

Es así, que a pesar del marcado direccionismo contractual que caracteriza al contrato de trabajo, es posible encontrar en muchos de éstos, cláusulas nacidas bajo el amparo de constantes comportamientos de las partes y, que al igual que las cláusulas mínimas del artículo 10 del Código del ramo, es perentorio respetar. Incluso es más, puede llegar a ocurrir que estas últimas sean modificadas por las reglas de conducta de los sujetos, siempre y cuando, impongan niveles superiores al mínimo pactado inicialmente.

3.- LAS CLÁUSULAS DE POLIFUNCIONALIDAD.

Las Cláusulas de Polifuncionalidad son aquellas que pactan de común acuerdo las partes y que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 10 del Código del Trabajo, establecen de manera clara y precisa, no sólo la naturaleza de una de las actividades que debe realizar el trabajador, sino que también todas las demás funciones, ya sean alternativas o complementarias, que deba realizar el empleado.

Vemos en primer lugar, que este tipo de cláusulas están directamente relacionadas con el artículo 10 del Código del Trabajo, ya que esta norma, como lo vimos anteriormente, es la que se encarga de enumerar aquellas estipulaciones mínimas que debe contener todo contrato de trabajo. Dos de estas son:

“3° La determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que deben prestarse;

“4° Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada”.

De este precepto fluye que el contrato de trabajo, entre otras menciones obligatorias debe, a lo menos, señalar la naturaleza de los servicios prestados y el monto, forma y período de pago de la remuneración acordada por las partes.

Es opinión reiterada de la Inspección del Trabajo, que la existencia de estas cláusulas mínimas debe entenderse en orden a establecer o consignar de forma clara y precisa, el trabajo específico para el cual ha sido contratado el dependiente, y la remuneración que él recibirá.

En lo concerniente a la determinación de la naturaleza de los servicios, cabe hacer presente que el legislador exige conocer con exactitud, y sin lugar a dudas, la labor o servicio que el dependiente se obliga a efectuar para el respectivo empleador, pero sin

⁹⁷ Macchiavelo, Guido, ob cit. p. 287, 288.

que esto último importe pormenorizar todas y cada una de las tareas que involucran los servicios contratados, ya que al relacionarlo con el artículo 1546 del Código Civil, vemos que: "todo contrato debe ejecutarse de buena fe y, por siguiente, obliga a no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen".

Es necesario tener presente que el espíritu de la norma, es decir, la intención del legislador al obligar a las partes a respetar ciertas cláusulas mínimas es, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Inspección del Trabajo, dar seguridad y certeza a la relación laboral respectiva, evitando que en estos aspectos el trabajador quede sujeto al arbitrio de su empleador. Y es así, que a través de las exigencias de esta norma, el trabajador conoce de antemano la labor específica que debe cumplir, y la remuneración que recibirá por ella.

El constante criterio, sostenido por la Inspección del Trabajo, en materia de cláusulas contractuales polifuncionales, es el de aceptar su procedencia jurídica, siempre y cuando éstas especifiquen, de manera clara y precisa dichas funciones y, además, tengan ellas asignadas idéntica remuneración. De no ser así, los trabajadores no conocerían anticipadamente cuál será su remuneración, careciendo de certeza la relación laboral pero sobre todo, exponiéndose los trabajadores a ser víctimas de un menoscabo económico o moral, puesto que el empleador estaría facultado para destinar a su dependiente a una u otra labor, y con ello, eventualmente, rebajar su remuneración.

Cabe señalar que, mediante la modificación introducida al artículo 10 del Código del Trabajo por la Ley N° 19.759, vigente a partir del 1 de diciembre del 2001, se permite señalar en el respectivo contrato de trabajo dos o más funciones, siempre que éstas sean específicas, las que podrán ser alternativas o complementarias.

Ahora se hace necesario precisar, previamente, que debe entenderse por las expresiones "específicas", "alternativas" y "complementarias" utilizadas por el legislador en dicho precepto, para cuyo efecto cabe recurrir a las normas sobre interpretación del Código Civil, y, específicamente, a la contenida en el artículo 19 de dicho cuerpo legal. Conforme a esta última: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras". Así, de acuerdo a la uniforme jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, el sentido natural y obvio es aquel que da a las palabras el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Según dicho texto lexicográfico la expresión "específica" significa "que es propia de algo y la caracteriza y distingue de otras cosas". Por su parte, la palabra "alternativa" está definida como "que dice, hace o sucede con alternación", "...capaz de alterar con función igual o semejante. A su vez, "alterar" significa "variar las acciones diciendo o haciendo ya unas cosas, ya otras, y repitiéndolas sucesivamente". Por otra parte, la expresión "complementarias" se define como "que sirve para completar o perfeccionar algo".

Acorde a lo expuesto en los párrafos anteriores, es posible sostener que para los fines previstos en el artículo 10 N° 3 del Código del Trabajo, por la expresión "funciones específicas" debe entenderse aquellas que son propias del trabajo para el cual fue contratado el dependiente y que las caracteriza y distingue de otras labores. Por su parte, por "funciones alternativas" deberá entenderse que son dos o más funciones específicas

convenidas, las cuales pueden realizarse primero unas y luego otras, repitiéndolas sucesivamente. Finalmente, las "funciones complementarias" serán aquellas que estando expresamente convenidas sirven para completar o perfeccionar la o las funciones específicas encomendadas.

Es preciso considerar que esta disposición obedece a la intención del legislador de que el dependiente conozca con certeza el o los servicios que deberá prestar, en términos de evitar que en este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador.

Lo anterior se traduce en la improcedencia de establecer cláusulas, como la de la especie, que facultan al empleador para fijar a su arbitrio la labor que debe realizar el dependiente de entre aquellas que sin determinación alguna se han consignado en el contrato con la expresión "o cualquiera otra complementaria de las anteriores", establecida en la cláusula primera de los contratos de trabajo en comento.⁹⁸

Analizando algunos casos más recientes, encontramos que con fecha 1° de enero del 2002, las partes contratantes, con el objeto de actualizar los contratos individuales de trabajo, acordaron modificar sus cláusulas primera y segunda relativas a las funciones que debe prestar el trabajador y al sueldo base a percibir por sus labores, respectivamente. La modificación contractual afectó a seis trabajadores del área de equipos terrestres de la empresa de muellaje S.T.I. S.A.

La cláusula primera del contrato de trabajo dispuso:

"A contar de esta fecha, en conformidad a la naturaleza de las labores que desempeña el trabajador, se modifica la cláusula Primera de su Contrato Individual de Trabajo, quedando que las funciones a cumplir serán las de Electromecánico , y, alternativamente, las de Operador de Equipos Portuarios o cualquiera otra complementaria de las anteriores".

De la norma convencional antes transcrita, se infiere que el trabajador deberá realizar las labores de Electromecánico y de Operador de Equipos Portuarios y también cualquiera otra complementaria de las anteriores.

Lo anterior se traduce en la improcedencia de establecer cláusulas, como la de la especie, que facultan al empleador para fijar a su arbitrio la labor que debe realizar el dependiente de entre aquellas que sin determinación alguna se han consignado en el contrato con la expresión "o cualquiera otra complementaria de las anteriores", establecida en la cláusula primera de los contratos de trabajo en comento

"Analizada la estipulación convencional, a la luz de la disposición legal transcrita y doctrina invocada, es posible concluir que dicha cláusula, modificada con fecha 1° de enero del año 2002, contraviene la normativa laboral vigente, en cuanto no especifica las funciones complementarias de Electromecánico y Operador de Equipos Portuarios convenidas en dicha estipulación, quedando la determinación de las mismas a la decisión unilateral del empleador, razón por la cual ésta no se ajusta a derecho a ese respecto"⁹⁹.

⁹⁸ Dictamen N°2.702 de 10.07.2003 de la Inspección del Trabajo,.

⁹⁹ Dictamen N° 2855/ 161, de 30.08.2002 de la Inspección del Trabajo,

En otro caso, vemos que se ha requerido un pronunciamiento de la Dirección del Trabajo para que ésta determine la legalidad de las cláusulas del contrato individual de trabajo suscrito por la empresa CELA Cosméticos S.A. y el personal que se desempeña como vendedor, consultor de belleza y labores similares o análogas.

Las cláusulas primera y cuarta del contrato de trabajo, convinieron:

“PRIMERO: “CELA COSMETICOS S.A” contrata a don, para desempeñarse en las labores de consultor de belleza, vendedor y labores similares o análogas -CONSULTOR ARAMIS-, que el empleador encomienda al trabajador, en las líneas de productos que comercializa “EL EMPLEADOR”, en los diversos puntos de venta que mantiene la Empresa con sus clientes, Establecimientos Comerciales, Mall y Grandes Tiendas, etc., en los que promociona y vende los artículos que distribuye.”

“CUARTO: Será obligación de “EL TRABAJADOR” efectuar periódicamente los Inventarios de Mercadería y el desempeño de todas aquellas otras labores inherentes a los trabajos encomendados y, que al efecto disponga el empleador.”

De las normas convencionales se infiere, por una parte, que el trabajador deberá realizar las labores de consultor de belleza y vendedor, como asimismo, la de efectuar periódicamente los inventarios de mercadería. Se infiere igualmente, que el trabajador se obliga a realizar las funciones que en ellas se indica y también otras similares, análogas o inherentes a los trabajos encomendados y que al efecto disponga el empleador. Por último, cabe hacer presente que el contrato individual de trabajo en referencia, nada consigna respecto del lugar o ciudad en que se prestarán los servicios.

De acuerdo a los parámetros antes expuestos, en cuánto a la forma de analizar estos casos por parte de la Inspección del Trabajo, vemos que ésta determinó la improcedencia de establecer cláusulas, como las de este caso concreto, que facultan al empleador para fijar a su arbitrio la labor que debe realizar el dependiente de entre aquellas que sin determinación alguna se han consignado en el contrato con las expresiones “y labores similares o análogas” y “todas aquellas labores inherentes a los trabajos encomendados y que al efecto disponga el empleador.”, consignadas en la citadas cláusulas 1ª y 4ª del contrato de trabajo en estudio.

Por otra parte, de la cláusula primera del contrato de trabajo en referencia, se infiere que el trabajador deberá prestar los servicios convenidos en los diversos puntos de venta que mantiene la Empresa con sus clientes, entre ellos, establecimientos comerciales o grandes tiendas, en los que promociona y vende los artículos que distribuye. De este modo, la cláusula en comento no precisa en forma clara el lugar en que se prestarán los referidos servicios, no obstante, que del precepto legal ya anotado fluye inequívocamente que la determinación del lugar o ciudad en que el trabajador debe prestar dichos servicios, constituye una cláusula mínima de todo contrato de trabajo.

Así, este órgano administrativo concluyó al respecto que: “En relación con lo anterior, cabe hacer presente que esta Dirección, al igual que respecto de la determinación de la naturaleza de los servicios ya analizada, ha sostenido en forma reiterada y uniforme que la intención del legislador, al establecer dicha norma, ha sido la de garantizar que el dependiente conozca con certeza el lugar en que le corresponderá desempeñar las labores o funciones acordadas, con el objeto de evitar que en este aspecto quede sujeto

al arbitrio del empleador. Ello se traduce en la improcedencia jurídica de convenir cláusulas amplias que faculten al empleador para determinar a su arbitrio los lugares en que el respectivo dependiente deberá prestar servicios, entre las distintas alternativas establecidas en el contrato”.

CONCLUSIÓN

Con la realización de este trabajo pretendimos, en un principio, arribar a una conclusión acerca del cuál era el criterio existente en nuestro país, principalmente desde el punto de vista jurisprudencial, en relación con el tratamiento que se da al menoscabo del trabajador en las hipótesis planteadas de *ius variandi*. Esto, sin saber ciertamente si las posturas eran o no unívocas. Sin embargo, a medida que trabajábamos en ello, pudimos advertir, por una parte, que no existe uniformidad de criterios acerca de la forma de enfrentar un caso de ejercicio abusivo del *ius variandi*, en que se produzca menoscabo del trabajador, y, por otra parte, que se trata de una figura jurídica que no debe ser analizada de manera aislada y sólo dentro del Derecho del Trabajo, sino que debe ser entendida de manera más amplia, extendiendo los límites de esta rama del Derecho.

Luego de adentrarnos en el tema del *ius variandi* desde una perspectiva más bien doctrinaria en el primer capítulo, surgió nuestro interés por incluir y analizar hasta qué punto el tema de los derechos fundamentales está relacionado con esta institución. Si bien parece lógico, a primera vista, que los derechos humanos instauran principios generales, que deben ser reconocidos y consagrados por el ordenamiento jurídico en su totalidad, ello no resulta tan evidente, toda vez que nos encontramos con situaciones en que el empleador, amparado en una insuficiente regulación de la materia en el ordenamiento jurídico, abandona todo apego a las garantías constitucionales de sus trabajadores, como consecuencia de un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

No obstante lo anterior, y después de analizar variadas situaciones resueltas por los órganos correspondientes -en este caso, los órganos fiscalizadores de la Dirección del

trabajo - relativas a posibles afectaciones de derechos fundamentales de los trabajadores al interior de una empresa, observamos que por regla general, dichas limitaciones son aceptadas sólo en la medida que se encuentren establecidas de antemano en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad. Lo anterior, si bien constituye un límite a la discrecionalidad del empleador en el ejercicio de su potestad de modificar las condiciones de trabajo y, por lo mismo, permitiría concluir que estamos ante un respeto absoluto de las garantías fundamentales, no es menos cierto que esto es sólo aparente, ya que dista bastante de una reserva legal absoluta como debiese ocurrir tratándose de derechos fundamentales.

Luego, en un cuarto capítulo, centrado en dilucidar qué es lo que se entiende por menoscabo, tanto por los órganos administrativos como por los jurisdiccionales, en cada uno de los casos en los que se permite el ius variandi, nos encontramos con jurisprudencia relativamente coincidente. Respecto a la variación de la naturaleza de los servicios, es reiterativa la opinión en cuanto a que su análisis no debe limitarse exclusivamente a la actividad propiamente tal, sino que también, en la generalidad de los casos, se considera, por ejemplo, la jerarquía del empleador dentro de la estructura organizativa de la empresa, resaltada la importancia de la dignidad del trabajador, dando tanta relevancia al menoscabo moral como al menoscabo patrimonial o económico.

En el análisis de la jurisprudencia administrativa nos encontramos también con puntos interesantes, como lo es, por ejemplo, que la modificación de la remuneración del trabajador a través de una rebaja en los porcentajes percibidos por él en comisiones de venta, constituyen una variación ilegal no obstante haber percibido durante un tiempo sumas mayores de remuneración debido al mayor volumen de ventas.

Sin embargo, no logramos aclarar la interrogante acerca de si el procedimiento de reclamo que establece el artículo 12 del Código del Trabajo es o no un paso obligatorio y previo a seguir por parte del trabajador afectado, antes de interponer las acciones correspondientes en sede jurisdiccional, pues existen posturas tan disímiles en los tribunales que hacen imposible afirmar que exista el respecto una postura única. Son estas ambigüedades y contradicciones las que nos llevan a ratificar que existe una muy asentada falta de discusión doctrinaria sobre el tema.

BIBLIOGRAFÍA

1. *ABARCA Correa, Fernando Gustavo. Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002.*
2. ALBIOL Montecinos, Ignacio y otros. Derecho del Trabajo, Fuentes y Contrato Individual. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000. 886p.
3. APARICIO, J. Empresas ideológicas y derechos Fundamentales del trabajador. En Autoridad y Democracia en la Empresa. Madrid, Trotta, 1992.
4. BAYLUS Grau, Antonio. Derecho del Trabajo: un modelo para armar. Madrid, España. Editorial Trotta. 1991.
5. CABRERA Bazán, José. La novación ilícita del contrato de trabajo. Sevilla, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1963. 195p.
6. CANABELLAS, Guillermo. Contrato de Trabajo. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Ameba, 1963, Tomo I.
7. DESANTES, José María. El Derecho Fundamental a la Intimidad. Revista de Estudios Públicos. Centro de Estudios Públicos. N° 46 Año 1992. p. 270
8. DICCIONARIO General Ilustrado de la Lengua Española. Bibliograf. 5° Edición. Barcelona, España. p. 1011.
9. *GONZÁLEZ Bockus, Daniela Beatriz. El Ius Variandi en materia laboral. Memoria de*

Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Chile. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 1999. 138 h.

- GUTIÉRREZ R., Ximena. Ius Variandi. Separata. Universidad de Chile, 1984
10. GUTIÉRREZ R., Ximena. Ius Variandi. Separata. Universidad de Chile, 1984 .
11. HUMERES Noguera, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 17° Edición. Tomo I.*
12. LAURIE Cerda, Michel Sebastián. El Contrato Individual de Trabajo y el Ius Variandi. *Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2000. 219 h.*
13. LIZAMA Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998. 284p*
14. LIZAMA Portal, Luis. *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Los Derechos Fundamentales y la Relación Laboral. Santiago, Chile. Universidad Diego Portales. 2005.*
15. LÓPEZ Oneto, Marcos. El menoscabo laboral en la doctrina del ius variandi <<http://www.colegiodeabogados.org> >
16. LÓPEZ Santa María, Jorge. Los Contratos (Parte General). Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986. TOMO I 330p.
17. MACCHIAVELLO, Guido. *Derecho del Trabajo, Fondo de Cultura Económica, 1986.*
18. NINO, Carlos. *Introducción al Análisis del Derecho. 11¹⁰⁰ Edición. Barcelona, Editorial Ariel, 2003. 477p*
19. PEÑA González, Carlos. Sobre Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho y Humanidades. Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 2, año 1995. pp 45-61*
20. PEÑA González, Carlos "et al". *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Santiago. Cuaderno de Análisis Jurídico. Publicaciones Especiales. Universidad Diego Portales. 1996. N° 6*
21. PEÑA González, Carlos. *Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía. Revista Derecho y Humanidades. (8). 2000-2001*
22. SALA Franco, Tomás y otros. *Derecho del Trabajo. Valencia, España. Tirant lo Blanch, 1991*
23. SÁEZ Carlier, Felipe. *El reconocimiento de los Derechos fundamentales al interior de la empresa. Boletín Oficial Dirección del Trabajo, N° 154 Año 2001.*
<http://www.dt.gob.cl/1601/article-65178.html> (
24. THAYER Arteaga, William. *Texto y comentario del Código del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.*
25. UGARTE Cataldo, José Luis. *El derecho a la intimidad y la relación laboral. Boletín Oficial Dirección del Trabajo, N° 139 Año 2000.*
<http://www.dt.gob.cl/1601/article-65179.html>
26. REVISTA Derecho y Jurisprudencia. Santiago de Chile. (89) (92) (93) (96) (99)

27. REVISTA Fallos del Mes. Santiago de Chile. (490) (495)
28. REVISTA Gaceta Jurídica (233)