

Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo¹

Hugo Cataldo Muñoz

Abogado Universidad de Chile
Magister en Derecho Laboral
Universidad Adolfo Ibáñez.

Eduardo Flores Jopia

Abogado Universidad de Chile
Magister en Derecho Laboral
Universidad Adolfo Ibáñez.

Resumen: el caso fortuito o fuerza mayor se encuentra definido en el Código Civil y precisamente en el seno de la doctrina civilista es donde encontramos el más desarrollado debate sobre su naturaleza y sus efectos. El presente artículo procura analizar el uso de dicha expresión en la legislación laboral, para dar cuenta del alcance limitado que tienen las reflexiones civilistas sobre esta institución para el ámbito del derecho del trabajo, revelando así la necesidad de desarrollar una doctrina especial, a la luz de los principios específicos que inspiran las normas laborales; para este fin, se contribuye en estas líneas con breves reflexiones sobre el caso fortuito o fuerza mayor a la luz del Principio de Continuidad o Estabilidad del Vínculo.

Introducción

El caso fortuito o fuerza mayor es un imprevisto al que no es posible resistir, según se desprende de la definición legal consignada en el artículo 45 del Código Civil. Así, no es difícil deducir que es dentro de este ámbito doctrinal, el derecho civil, en donde podremos encontrar el más desarrollado debate sobre la naturaleza del caso fortuito, sus efectos y su impacto en el ámbito patrimonial, principalmente en relación con la responsabilidad civil. Como contrapartida, en el derecho laboral nacional no encontraremos similar desarrollo en la dogmática que nos permita develar la eventual existencia de especificidades propias

¹ Deseamos agradecer, primeramente, la generosidad del profesor César Toledo Corsi, presente en este trabajo a través de sus comentarios, su apoyo y su paciencia.

del caso fortuito o la fuerza mayor para esta particular rama del derecho y su compatibilidad o armonización con sus principios.

Las expresiones caso fortuito y fuerza mayor son utilizadas por nuestro Código del Trabajo, que si bien no las define en forma expresa, sí establece frente a su ocurrencia diversas consecuencias expresamente reguladas, lo que complejiza –de cierta manera– los propósitos de este trabajo, por cuanto se nos hace necesario esbozar –tarea más bien pretenciosa la de este necesario ejercicio– cierto marco teórico que nos permita asociar la opinión autorizada y racional de la doctrina, con las especificidades propias de los principios del derecho del trabajo y la reglamentación contenida en el código ya referido.

La conformación progresiva del derecho del trabajo como sistema normativo autónomo ha permitido que el presente siglo herede un conjunto de institutos y principios ya decantados, sin perjuicio del vigor con que la doctrina procura dar sistema a los nuevos desafíos que le impone la realidad típica, pero en constante transformación, que es materia de las normas que son su objeto.

Ese conjunto de elaboraciones que otorgan su singularidad a esta rama del derecho,² permiten indagar el alcance y los límites que los conceptos de otras disciplinas jurídicas tienen en el estudio de las normas laborales, así como las distorsiones que pueden introducir en su interpretación.

La profesora Prado López ha descrito el estado del arte en materia civil señalando: "Entre los muchos tópicos oscuros en el derecho de las obligaciones y, más específicamente, de la responsabilidad civil, uno de los más complejos de abordar es precisamente la temática sobre la fuerza mayor. Sobre él se polemiza tanto sobre el sentido y alcance de los requisitos del art. 45, como asimismo, de los efectos que éste produce a las obligaciones que engendra el contrato civil".³

Por nuestra parte, no encontramos razón para postergar hasta las conclusiones del presente trabajo la idea que defenderá este artículo, en tanto consideramos que las interpretaciones civilistas, y sobremanera la visión tradicional subjetiva del caso fortuito, no se avienen, sin matices o modificaciones, con la institución del contrato de trabajo; esto principalmente por dos razones: En primer lugar, por cuanto las teorías civilistas del caso fortuito –como es por lo demás lógico– no armonizan con los principios del orden jurídico laboral y no atienden al sistema de normas que lo integran; y, en segundo lugar, por cuanto la interpretación tradicional del caso fortuito o fuerza mayor nace de una concepción de los contratos y de la autonomía de la voluntad, que no prevé la realidad a

² Gamonal y Guidi (2010); p. 261, quienes acertadamente previenen sobre la necesidad de considerar ciertos particularismos del derecho laboral en la aplicación del concepto de caso fortuito o fuerza mayor.

³ Prado (2010); p. 35.

la que se dirigen las normas laborales y no consulta la función que desempeña el contrato de trabajo, ni el escenario en que éste se desenvuelve.

Ahora bien, lo anterior no es extraño en absoluto y debiera, creemos, despertar menos polémica que interés, sobre todo en desarrollar una visión sistemática del caso fortuito que engarce mejor con los supuestos, principios y normas del derecho del trabajo.

I. Aproximaciones al uso de la expresión caso fortuito en materia laboral

La historia del concepto de caso fortuito en materia de laboral se remonta a las primeras leyes de la "legislación social obrera chilena", principalmente en materia de descanso dominical.⁴

Como causal de terminación del contrato ya se encontraba en la Ley N° 4.053 sobre contrato del trabajo, de 8 de septiembre de 1924. Las expresiones utilizadas en dichas normas son las mismas que se emplean hoy en nuestro actual Código del Trabajo, esto es, "caso fortuito o fuerza mayor". Sin embargo, el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia difícilmente pueden exhibir en otra disciplina la transformación que experimentó en el derecho del trabajo desde entonces y, lo que no es menos importante, en la legislación que rodea e irradia al concepto que estudiamos.

La Ley N° 4.503 contenía un texto revelador al respecto al disponer en su artículo 5° que: "El contrato de trabajo termina con las causales generales de espiración de los contratos, y en especial por las siguientes: 3° Por fuerza mayor".

La expresión "causales generales de espiración de los contratos" no fue recogida en el Código del Trabajo de 1931; de esta manera se abandonaba, ya entonces, la visión de raíz civilista sobre la materia. No obstante lo anterior, la causal de caso fortuito o fuerza mayor no cambió en su lacónica redacción desde esa época.

A fin de conocer de qué hablamos cuando hablamos de caso fortuito o fuerza mayor en el ámbito laboral, nos parece que, en primer lugar, debemos citar las normas del Código del Trabajo que incluyen dicha expresión y otras que contienen hipótesis más o menos asimilables. Así, una vez conocida la "figura" troquelada por las normas del Código, podremos aproximar a ella algunas de

⁴ Lo dicho entre comillas corresponde al título del clásico libro de don Moisés Poblete Troncoso y las normas a que alude el párrafo son la Ley sobre Descanso Dominical N° 3.321, del 5 de noviembre de 1917, art. 2°, letra a) y el Reglamento de la Ley de Descanso Dominical de 16 de enero de 1918, 5ª categoría.

las teorías que en relación al caso fortuito o fuerza mayor se han elaborado por la doctrina jurídica. La comparación de aquéllas y éstas revelará afinidades y diferencias para la reflexión y la crítica.

El Código del Trabajo emplea las expresiones caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes preceptos:

- a) En el artículo 29, en el contexto de la reglamentación de la jornada de trabajo y su indispensable limitación, establece que podrá excederse de la jornada ordinaria, entre otras hipótesis de carácter urgente y necesarias "... cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito...".
- b) El artículo 37, al referirse al descanso dominical de los trabajadores, señala, en términos generales, que las empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical no podrán distribuir la jornada ordinaria de trabajo incluyendo el día domingo o festivo "...salvo en caso de fuerza mayor". Si la Dirección del Trabajo estableciere que no hubo tal fuerza mayor, se deberán pagar las horas como extraordinarias y se le aplicará una multa por la conducta infractora de la ley.
- c) El artículo 38 al reglamentar las hipótesis que permitirían pactar jornadas de trabajo exceptuadas de la limitación de considerar el descanso dominical y en días festivos en su distribución, establece que es posible pactar una jornada liberada de esta limitación "...en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable".
- d) El artículo 101, a propósito del contrato de embarco de los oficiales y tripulantes de las naves de la marina mercante, dispone que: "Sólo en caso de fuerza mayor..." la dotación estará obligada a efectuar otras labores distintas a las correspondientes a los cargos pactados en sus respectivos contratos de embarco y sin sujeción a las restricciones contenidas en el mismo código (artículo 12 del Código del Trabajo) al ejercicio de la facultad unilateral de modificación del contrato que detenta el empleador, para este caso, que las labores sean similares.
- e) En el mismo contexto del contrato de embarco de los oficiales y tripulantes de las naves de la marina mercante, el artículo 111 señala que el descanso dominical o días festivos no tendrá efecto, entre otras situaciones, "...en los casos de fuerza mayor...".
- f) Por su parte y siempre en el mismo contexto del contrato de embarco, el artículo 117 señala que no dan derecho a remuneración por sobretiempo las horas de trabajo extraordinario que ordene el capitán, entre otros casos que contiene la norma, "...cuando esté en peligro la seguridad de la nave

- o de las personas embarcadas por circunstancias de fuerza mayor...".
- g) El artículo 137, al regular el contrato de los trabajadores portuarios eventuales, señala que este contrato estará sujeto, entre otras reglas especiales, a la condición de expirar "...si se produjere caso fortuito o fuerza mayor que impida al empleador proporcionar el trabajo convenido...".
 - h) El artículo 152 ter C, relativo a contrato de tripulantes de vuelo y de tripulantes de cabina de aeronaves comerciales de pasajeros y carga, señala que el empleador o el operador, en su caso, deberá entregar con una anticipación de a lo menos cinco días el Rol de Vuelo que regirá la jornada de los trabajadores durante el mes siguiente, el que podrá ser modificado en tanto no se afecten los días libres programados del trabajador. Sin embargo, "...si en caso de fuerza mayor o caso fortuito los días libres programados fueran afectados estando el trabajador fuera de su lugar de residencia, estos deberán ser compensados de común acuerdo".
 - i) El artículo 159, número 6, que establece que el contrato de trabajo terminará por "caso fortuito o fuerza mayor".
 - j) El artículo 243, relativo al fuero que detentan los directores sindicales desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, y que los libera, además, del ejercicio de la facultad de modificación unilateral del contrato de trabajo que la ley le confiere al empleador como protección a la libertad sindical, establece que "...durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, el empleador no podrá, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de los directores sindicales las facultades que establece el artículo 12 de este código".

Además de las anteriores, sin ser consideradas expresamente como situaciones constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor por el Código del Trabajo, existen algunas disposiciones cuyo contenido normativo podría significar algún grado de similitud o relación con aquél, que hemos considerado prudente indicar:

- a) El artículo 89, relativo al contrato de los trabajadores agrícolas, que dispone que en el caso de los trabajadores agrícolas que por las condiciones climáticas no pudieren realizar su labor, tendrán derecho al total de la remuneración en dinero y en regalías, para lo cual deberán efectuar las labores agrícolas compatibles con las condiciones climáticas que les encomiende el empleador, aun cuando no sean las determinadas en los respectivos contratos de trabajo.
- b) El artículo 21 inciso 2º, al disponer que se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables.

Podemos desprender de la enumeración anterior que el legislador de nuestro Código del Trabajo empleó las expresiones caso fortuito o fuerza mayor en dos sentidos fundamentales:

En primer lugar, como un evento o circunstancia que faculta al empleador para modificar unilateralmente las condiciones del contrato de trabajo originalmente pactadas, en lo que respecta a la jornada de trabajo, su distribución y descansos; o la naturaleza de los servicios prestados, autorizándolo para exceder, a su voluntad y requerimiento, los máximos y/o requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de las facultades de dirección que aquel detenta. En este sentido, constituiría una verdadera causa de exoneración de la responsabilidad infraccional que pudiera resultar de la transgresión de la norma laboral por parte del empleador.

En segundo lugar, como se desprende de los artículos 137 letra c) y 160 N° 6, el caso fortuito o fuerza mayor constituiría una justa causal de despido para el empleador, es decir, un evento o circunstancia sobreviniente y externa a la efectiva ejecución de la relación laboral que permitiría la terminación del contrato individual de trabajo existente entre las partes.

Resulta evidente que entre ambas nociones del caso fortuito o fuerza mayor en materia laboral existen diferencias con respecto a los efectos que se le asignan al mismo.

II. Sobre la exterioridad en el caso fortuito, y en particular sobre el evento que autoriza la modificación de lo pactado

1°. Un primer cambio que la noción de caso fortuito o fuerza mayor sufre, en general, se desarrolló al interior mismo del derecho de las obligaciones. El desarrollo de la teoría del negocio jurídico dejó de percibir el contrato exclusivamente como una fuente generadora de derechos y obligaciones, pasando a atender también el fin práctico de los contratantes, es decir, asumió una perspectiva realista, concibiendo al contrato como una herramienta empleada para la satisfacción de los intereses de las mismas.

En este sentido, señala María Brantt Zumarán que "todo contrato incorpora por voluntad expresa o tácita de las partes una finalidad o resultado práctico a cuya consecución están precisamente encaminados los derechos y obligaciones nacidos del mismo",⁵ a lo que debemos agregar que, tratándose del contrato de trabajo, se incorpora también la voluntad del legislador en orden a la fina-

⁵ Brantt (2010); p.3.

lidad que persigue. En efecto, el contrato de trabajo es un contrato regulado o dirigido, por lo que la *regla del contrato* necesariamente consulta el propósito que el legislador laboral ha querido imprimirle.

Como tendremos ocasión de ver, el propósito que persigue el legislador con las normas que analizaremos no es otro que la estabilidad del empleo, que se convierte en la clave de bóveda para entender la institucionalidad del caso fortuito o fuerza mayor en materia laboral.

En este orden de ideas, para concebir adecuadamente el efecto del caso fortuito o fuerza mayor en el contrato de trabajo debemos tener presente, además, otros dos aspectos relevantes: En primer lugar, que el contrato de trabajo "regula la relación de trabajo, es su fundamento, pero no abarca todas las consecuencias de la directa e inmediata implicación de la persona del trabajador durante la vida del contrato".⁶ En segundo lugar, y esto tiene como antecedente precisamente al derecho del trabajo, pero que actualmente es válido para el derecho de los contratos en general, que "frente a las figuras contractuales clásicas, en las que el principio de autonomía de la voluntad tenía un campo de aplicación casi absoluto..., han surgido en nuestro tiempo una serie de modalidades que, utilizando igualmente el molde contractual, sin embargo rompen el paradigma de contrato tradicional. Porque, a nivel general, no es fácil detectar en ellas ni la libertad de iniciativa individual, ni la teórica igualdad de los contratantes".⁷

Esto nos introduce al tema del requisito de exterioridad y al del lugar que en el sistema del Código del Trabajo ocupa el caso fortuito o la fuerza mayor.

La celebración de un contrato involucra la distribución de una serie de riesgos entre las partes. Ante un peligro para la consecución de los fines perseguidos por las partes, se afecta de manera diversa el éxito del negocio jurídico para todo tipo de contrataciones y de la actividad productiva, que está a la base del contrato de trabajo.

El legislador laboral establece ciertos instrumentos para abordar tales riesgos con el fin de acometer la tarea de otorgar estabilidad al vínculo, hasta la frontera misma de su extinción, disponiendo en este último caso las causas legítimas por las que aquél puede ser roto. De esta forma, en relación con el caso fortuito, la imposibilidad de desarrollar la prestación de servicios convierte en imprescindible la tarea de determinar sobre quién habrá de recaer el deber de

⁶ Palomeque López y Álvarez De La Rosa (2008), *Derecho del Trabajo*. Citado en Fernández-Costales (2008); p. 74.

⁷ Gómez Laplaza. "Condiciones Generales de los Contratos y Tutela de los Consumidores", en *Reforma del Derecho Privado y Protección del Consumidor* (1994). Citado en Fernández-Costales (2008); p. 77.

soportar el *periculum obligationis* generado por la interrupción de la actividad,⁸ situación de fundamental importancia, pues dado que el contrato de trabajo es un contrato sinalagmático y de tracto sucesivo, la interpretación estándar sobre el caso fortuito o fuerza mayor, para ser más exactos, de la imposibilidad de cumplimiento que se funda en la pérdida de un cuerpo cierto, no puede aplicarse en este caso.

Para esto no es necesario ir más allá del derecho contractual moderno. En el ámbito de la compraventa, paradigma de la autonomía de voluntad, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, o los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, disponen un régimen de responsabilidad estricta u objetivada. Tampoco hace falta explorar entre normas y principio tan próximos para hallar el sentido de la objetivación de la noción de exterioridad del caso fortuito. Ya a fines del siglo XIX, Adolf Exner establecía la noción de exterioridad, entendida como origen externo del daño respecto del círculo industrial de la empresa, en relación con la responsabilidad del porteador de los bienes transportados,⁹ lo que constituyó la primera piedra de la llamada responsabilidad del riesgo de empresa, que se originará primeramente para la responsabilidad extracontractual, pero de aplicación en materia contractual desde las soluciones jurisprudenciales al tema del riesgo en la compraventa de productos defectuosos. Esto entronca con la noción de las modalidades que rompen con las formas de contratación clásica, y sobre todo con aquellos contratos en que resulta evidente el desequilibrio entre los contratantes.¹⁰

De esta manera, la exterioridad del caso fortuito en materia laboral correspondería al evento extraño al riesgo creado y económicamente administrable por la empresa. Con esto, resultaría coherente el sistema de la legislación laboral en relación con los riesgos en el contrato de trabajo, que en virtud del principio de estabilidad en el empleo, ha creado mecanismos para resolver los eventos dañosos o potencialmente dañosos, desde el *jus variandi* en las denominadas por la doctrina "excepciones de emergencia", hasta el despido.

2°. En relación con las excepciones de emergencia que autorizan a variar lo pactado en materia de jornadas y descansos, y en ciertos casos la función, el uso de la expresión caso fortuito dista de ser riguroso, pues partiendo de la base que no interesa al empresario irrogar perjuicios "en la marcha normal del establecimiento o faena" (art.29) o poner en peligro su embarcación (art.117), la circunstancia de que aquellas emergencias se produzca por impericia o negligencia del mismo no parece justificar una negativa para otorgar la antedicha prerrogativa.

⁸ Fernández-Costáez (2008); p. 83.

⁹ Brantt, op. cit., p. 64.

¹⁰ Véase nota N° 5.

Por otra parte, desde el punto de vista de la extraneidad, no siempre podrá justificarse que el peligro o daño no se encuentra en la esfera de riesgos del deudor, pues, como se observa, en materia de emergencia la concurrencia de inimputabilidad es, a lo menos, opaca. Refuerza lo anterior la circunstancia de que el artículo 12 establece un *jus variandi* mucho más intenso y para cuyos efectos modificatorios ni siquiera se establece plazo, ni ajenidad de las razones en relación con el empleador.

Desde las disposiciones que otorgan una facultad del empleador para modificar unilateralmente las cláusulas contractuales, específicamente los artículos 29 y 117 del Código del Trabajo, es posible inferir que el caso fortuito o fuerza mayor corresponde a una circunstancia sobrevenida generadora o potencialmente generadora de un hecho dañoso, cuyas consecuencias podrían afectar "la marcha normal del establecimiento o faena" o poner en peligro "la seguridad de la nave o de las personas embarcadas".

Desde esta perspectiva, el caso fortuito o fuerza mayor no necesariamente significaría un impedimento real, total y permanente para el cumplimiento de las correlativas obligaciones del contrato de trabajo, sino que también abarcaría las circunstancias obstaculizadoras y las transitorias, incluso las hipótesis de mero riesgo de cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, condición normativa que difícilmente podemos entenderla si nos posicionamos al margen de las esferas de riesgos o de control del proceso productivo de propiedad del empleador.

Estaríamos, por tanto, en el ámbito del *jus variandi*, entendiendo por este el poder de mutación de las condiciones laborales inicialmente pactadas o novadas por decisión del empresario,¹¹ poder que se ejerce por circunstancias sobrevinientes en el ámbito del contrato de trabajo, afecto, por su parte, en tanto contrato, al principio de "*Pacta Sunt Servanda*" de los contratos.

Conforme a la lógica del derecho de las obligaciones en su dimensión contractual, durante la fase de ejecución del contrato el valor del principio "*Pacta Sunt Servanda*" circunscribiría al pacto novatorio o consentimiento de las partes la posibilidad de que se pudiera modificar el contenido de las obligaciones del acuerdo. Criterio plenamente aplicable a la característica bilateral y sinalagmática del contrato de trabajo. Sin embargo, el empresario detenta un derecho potestativo con eficacia real, en el sentido de que su ejercicio produce la modificación de una previa situación jurídica, sin que se requiera ninguna colaboración por parte del sujeto pasivo en sentido técnico.¹² En este contexto, el caso fortuito o fuerza mayor justificaría por circunstancias extraordinarias de

¹¹ Valdés (1956) p. 11.

¹² *Ibidem*, p. 12.

origen externo a la organización empresarial el ejercicio por parte del empresario de la facultad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo.

El fundamento de esta especial facultad del empleador o empresario lo podríamos encontrar, desde una primera aproximación, tal como la hace una parte importante de la doctrina, en el poder de dirección que detenta el empleador, entendido como poder de mando, es decir, la facultad del empleador de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de la prestación de los servicios, de especificar los puestos de trabajo y sus atribuciones, de acuerdo a los requerimientos de la producción.¹³ Sin embargo, el interés empresarial, en este caso, se basaría no en el anhelo de contar con una organización más flexible, sino que en el propósito de impedir, por ejemplo, daños en sus bienes e instalaciones o en las personas que en ellas permanecen, para cuyo cumplimiento el legislador otorga esta herramienta de corta duración, la que se extiende mientras dure el peligro o hasta la conclusión de los efectos dañosos.

No obstante lo señalado, a nuestro entender el fundamento de dicha facultad no sería otro que la mayor onerosidad que ha sobrevenido o que se arriesga, como consecuencia del hecho sobreveniente, y, más allá, asegurar la pervivencia del vínculo laboral, en cuanto asociado a la conservación de la empresa.

En este orden de ideas, consideramos que la vida de la organización empresarial está integrada al contrato de trabajo. No puede comprenderse la relación laboral que surge del contrato en forma aislada, sin considerar la situación organizativa de la empresa en la cual estaría inserta, sin perder por ello de vista, por otro lado, que estamos en presencia de un contrato de cambio.

Es posible sostener que el contrato de trabajo cumple, pues, "tanto una función de reglamentación de intereses contrapuestos como una más compleja función de organización del sistema de trabajo en la empresa (lo que queda ya en buena parte tipificado en el sistema legal en virtud del elemento de la dependencia –o subordinación– del trabajo), precisamente en el marco y dentro de la organización productiva".¹⁴

Ahora bien, para Monereo Pérez y Fernández Avilés, sólo es posible avanzar en un engarce adecuado de las facultades empresariales que comentamos, teniendo presente que "el interés directamente protegido normativamente no es tanto la consecución del beneficio empresarial, sino un previo e instrumentalizado en orden a su consecución: el interés al resultado del aparato productivo –también económico– para lo cual se diseña un contrato de trabajo cuya existencia se

¹³ Hernández (1997) p. 406.

¹⁴ Monereo Pérez y Fernández Avilés (1997). *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, citado en Beltrán de Heredia (2008); p. 235.

subordina a su contribución organizativa al mismo".¹⁵

Conviene reiterar, siguiendo el derrotero de ideas de los autores precedentes, que no se trata de valorar la mera consecución del beneficio empresarial, sino de una valoración objetivada de las exigencias de la organización productiva. Este es el origen de las causas que deben justificar las modificaciones contractuales e incluso los despidos, es decir, la de aquellos preceptos que regulan determinadas decisiones empresariales que imponen sacrificios a los intereses o expectativas de los trabajadores.

Para Martín Valverde en el derecho laboral es posible distinguir el interés del empresario del interés de la empresa, pues su punto de vista no es el escorzo de "las conveniencias del empresario, sino las de una organización en cuya actividad productiva participan otros sujetos".¹⁶ En otras palabras, la concepción y el interés de la continuidad del negocio jurídico son colectivos.

En este orden de ideas, las facultades en estudio corresponderían a los institutos jurídicos que promueven la conservación del contrato de trabajo, procurando proteger la fuente laboral frente a los cambios y vicisitudes. El principio de conservación del empleo halla su fuente constitucional en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, que asegura la protección del empleo.

La facultad del empresario de modificar unilateralmente las condiciones del contrato a favor de la continuidad productiva y de los contratos de trabajo asociados a ella, se canalizaría en nuestro ordenamiento jurídico en el deber de conservación de las relaciones laborales derivado de la protección del empleo, cuando ocurran situaciones sobrevinientes.¹⁷

El *jus variandi*, por tanto, más allá de la facultad de dirección que detenta el empresario, emana más bien del propósito de asegurar la continuidad del vínculo contractual o "*Favor Negotii*" frente a eventos que ponen en tensión la actividad productiva, los derechos fundamentales de la persona humana, el sinalagma del contrato, etc.

Esta facultad, entonces, forma parte del sistema de conservación del negocio jurídico que el ordenamiento laboral le impone bajo la denominación de "principio

¹⁵ *Ibíd*em, p. 237.

¹⁶ Martín Valverde (2001). "Informe Español". En *Empresa y Derecho Social*. Citado en Beltrán de Heredia (2008); p. 253.

¹⁷ Las facultades en comento detentarían, a nuestro entender, una raíz común con los permisos especiales establecidos en el Código del Trabajo a favor del trabajador, para el caso de enfermedad grave de los hijos, en caso de fallecimiento de un pariente o por causas de cumplimiento de la obligación militar para el país.

de continuidad", de suerte que nuestro ordenamiento jurídico laboral orienta

la relación laboral hacia contratos estables y de preferencia, hacia contratos de trabajo de duración indefinida o de larga duración.¹⁸

III. El caso fortuito como causa de terminación de la relación laboral

1°. Si abordamos el caso fortuito o fuerza mayor como causal de despido, es decir, como causa de terminación del contrato, debemos tener presente tres aspectos importantes: primero, lo dicho acerca de la extraneidad o ajenidad del

¹⁸ Creemos que por las características que envuelven esta hipótesis de excepción de emergencia de los artículos 29 y 117, no autorizan al trabajador para oponerse a esta potestad del empleador. En el caso de la hipótesis de *ius variandi* del artículo 12 el trabajador puede impugnar el ejercicio de la facultad ante la autoridad administrativa o los tribunales de justicia, en todo caso, la inacción del trabajador no podrá interpretarse en su contra (Sentencia Corte Suprema de 5 de octubre de 2010, causa rol N° 6355-2010).

En este escenario, se han dispuesto por la vía administrativa límites al ejercicio de esta facultad modificatoria. La Dirección del Trabajo, entre otros aspectos, al interpretar el ejercicio de la facultad del empleador contenida en el artículo 29 del Código del Trabajo, ha señalado que al ejercerse ésta es necesario que los perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena que pretenden evitarse por medio de la extensión de la jornada diaria de trabajo, tengan por causa la ocurrencia del hecho o suceso que se invoque como constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor; y que este hecho o suceso invocado sea inimputable al empleador, es decir, que no haya contribuido en forma alguna a su ocurrencia; que sea imprevisible, vale decir, que no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes, y, que sea irresistible, que no se haya podido evitar, ni aun en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo. Dictamen N° 6.085 de 20 de diciembre de 1983.

El dictamen N° 3896/057 del 1 de septiembre de 2010 señala que la irresistibilidad implica que la jornada ordinaria de trabajo resulta del todo insuficiente para resistir los perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena derivados del caso fortuito, lo que amerita su prolongación con el objeto de evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena. Así, no resultaría ajustado a derecho utilizar el *ius variandi* a que se refiere el artículo 29 del Código del Trabajo, para el caso en que, aun verificándose una contingencia imprevisible e inimputable al empleador, en nada afectare al cumplimiento de la jornada ordinaria respectiva. La jornada laboral extendida fue concebida por el legislador como una eventual prolongación de la jornada de trabajo, en términos de que exista continuidad entre ésta y el exceso de tiempo trabajado, debiendo invocarse en el mismo momento en que se produzca la contingencia que la justifica. Por su parte, el dictamen N° 5371/313, de 25 de octubre de 1999 indica que el período laborado en exceso de la jornada ordinaria, en las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor por aplicación del artículo 29, fue concebido por el legislador como una eventual prolongación de dicha jornada en términos de que exista solución de continuidad entre ésta y el exceso de tiempo trabajado. En este contexto no es posible entender que el empleador está facultado para exigir a los trabajadores de que se trata en días sábados, en los que no les corresponde trabajar, de acuerdo a sus contratos de trabajo, ni en domingo o festivos, días que, legalmente, son de descanso obligatorio.

Tratándose de los beneficios que les correspondería percibir a los trabajadores que prestaron servicios de emergencia por condiciones climáticas excepcionales, la Dirección del Trabajo ha señalado que el empleador no puede exonerarse de las obligaciones principales que nacen del contrato de trabajo, esto es, proporcionar la labor convenida y pagar la correspondiente remuneración, salvo en el evento de existir fuerza mayor o caso fortuito u otra causa eximente de responsabilidad. Por su parte, el empleador está autorizado para exceder la jornada ordinaria, en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito; cuando deban impedirse accidentes o cuando deban efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las máquinas o instalaciones. El dictamen N° 875-83, de 4 de marzo de 2003, señaló que calificados los hechos como caso fortuito los dependientes que por la misma causa debieron continuar laborando en la faena, la empresa se ha encontrado facultada para prolongar su jornada ordinaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Código del Trabajo, precepto que como ya se expresara, obliga a pagar el tiempo correspondiente como extraordinario, pero no hace surgir el derecho a descanso compensatorio.

hecho en relación con el empleador; segundo, la confusión en alguna doctrina entre la eximente de responsabilidad y el hecho que exonera del cumplimiento de la obligación y, finalmente, en tercer lugar, la afirmación en cuanto a que el caso fortuito o fuerza mayor se inserta en un sistema que procura la estabilidad en el empleo.

La estabilidad laboral ha sido definida como "el derecho a permanecer en el cargo asalariado que se desempeña, a no ser despedido sin causa justificada calificada por autoridad competente y, en caso de despido inmotivado, a ser reintegrado en el empleo o, en subsidio, a ser indemnizado adecuadamente".¹⁹ Plá precisa que la idea de estabilidad parte del supuesto de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay una causa justificada.²⁰ Como sabemos, según las normas de nuestro Código del Trabajo, puede predicarse respecto de aquélla como relativa.

En relación con las circunstancias sobrevinientes constitutivas de causas legales justificatorias del despido, el legislador ha efectuado una distinción y, además, ha hecho una opción. En efecto, la primera distinción se refiere a aquellas circunstancias sobrevinientes que, en general, caen dentro de la esfera de riesgos del empresario y aquellas que no pertenecen a la misma, como catástrofes de índole natural, político-social o cambios en la reglamentación de la autoridad. Las primeras, aquellas que son riesgos de empresa, no son otras que las que de modo ejemplar, pero significativo, establece el artículo 161 del Código, denominadas genéricamente como necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

Así señalaba el mensaje presidencial al proyecto de la Ley N° 19.010 "sobre terminación de contrato de trabajo y estabilidad en el empleo", del 29 de noviembre de 1990, en relación con la norma que estableció el texto de la causal: "Se establece, en reemplazo de la norma mencionada (el desahucio discrecional y unilateral del contrato de trabajo), la causal de necesidades de la empresa que da cuenta de aquellos hechos que objetivamente pueden afectar la actividad de la empresa y hacer necesario el despido de uno o más trabajadores. Estos hechos, que justificarían los despidos, son entre otros, la racionalización o modernización de las empresas, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores".

La causal denominada "necesidades de la empresa" se remonta a la Ley N° 16.455, del 6 de abril de 1966, pero en el actual Código del Trabajo es precisada en mayor medida la naturaleza de los hechos que la constituyen, excluyendo, en teoría, la arbitrariedad por parte del empresario o empleador.

¹⁹ Sociedad Chilena del Trabajo y de Seguridad Social, citada en Gamonal (2000); p. 34.

²⁰ Plá Rodríguez. *Principios de derecho del trabajo* (1978). Citado en Gamonal (2000); p.35.

Desde luego, los posteriores aumentos o incrementos del artículo 168 del Código respecto de la indemnización, como sanción en sede judicial al despido mal realizado por el empleador, aportan a reforzar el sentido de la norma en cuanto a la objetividad de los hechos, corresponden a causas económicas, productivas, comerciales y otras, "que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores".

Como se desprende del texto, al utilizar la legislación la expresión necesidad, será requisito que los hechos que fundamentan la causal invocada para el despido cumplan con alguna de las cuatro acepciones fijadas en su sentido natural y obvio. A saber: 1. Que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder. 2. Que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a *voluntario* y *espontáneo*. 3. Se dice de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza. 4. Que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin.

En consecuencia, para los fines de nuestro análisis, podrá invocar el empleador los hechos sobrevinientes que no pueden calificarse de ajenos o extraños a él, dada su esfera de riesgos o de control en su caso, pero que lo fuerzan u obligan. El rechazo, en la jurisprudencia, de la quiebra como un evento de fuerza mayor o caso fortuito se inscribe acertadamente en la lógica de las normas que comentamos.²¹ Así, la causal de fuerza mayor o caso fortuito sólo procederá en relación con hechos ajenos a la esfera de riesgos propia de la empresa y en ningún caso con circunstancias propias de la actividad productiva.²²

²¹ A modo de ejemplo, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en causa Rol N° O-655-2009, fallo del 14 de abril de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 44254) señaló que: "...menester será tener presente que la quiebra no puede ser considerada como caso fortuito o fuerza mayor, dado que ésta no constituye sino el riesgo extremo a que está sujeto el que asume una actividad comercial o empresarial, y que por lo tanto debe recaer exclusivamente en el empleador y no en los trabajadores, que no han tenido parte en la gestión y/o administración de ella. En otras palabras, la quiebra no es imprevisible, por lo que el término de la relación laboral en esas circunstancias no es imputable a los trabajadores, por cuanto ni la Ley de Quiebras ni la legislación laboral contemplan la declaratoria de quiebra del empleador como justa causa de despido de los trabajadores. Por lo que en ese orden de ideas, el tribunal entiende que la relación laboral ha terminado por necesidades de la empresa, constituyendo un ofrecimiento irrevocable de pago, por lo que se ordenará el pago de las indemnizaciones por falta de aviso previo e indemnización por años de servicios y demás prestaciones y cotizaciones previsionales y de seguridad adeudadas a los actores". En el mismo sentido, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en causa Rol N° O-3514-2010, fallo del 25 de febrero de 2011 (descriptor Legal Publishing N° 48920).

²² El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa Rol N° O-537-2009, fallo del 22 de abril de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 44478) señaló que fundada la causal de término del art. 159 N° 6 del Código del Trabajo, en "la crisis económica por la cual cruza nuestro establecimiento y que no puede mantenerse, ya que no cuenta con los medios económicos que así lo permitan. Dicha causal es del todo improcedente, toda vez que el riesgo de la empresa no lo puede soportar el trabajador dependiente, ya que uno de los principales elementos de la relación laboral es la "ajenidad", por lo demás, el estado financiero de la empresa es totalmente imputable a la empleadora, quien ostentaba el poder de dirección de la misma, siendo la única responsable de su gestión".

La Excm. Corte Suprema en causa Rol Corte N° 1379-2006, fallo denegatorio de casación de fecha 20 de julio de 2006 (descriptor Legal Publishing N° 34946), dictaminó que: "no se configuró la causal de término invocada por el empleador (caso fortuito), pues para ello se requiere que el hecho sea imprevisible, irresistible e imputable y este último elemento no concurre, pues no obstante que la autoridad fiscalizadora le otorgó a la demandada un plazo para modificar la sociedad, ésta no lo efectuó,

2°. Existe un segundo aspecto que perfila aún mejor el sentido y alcance de estas materias. Este dice relación con la diferencia entre estar obligado y ser responsable, de suerte que, a partir de esta lógica jurídica estricta, el evento que exonera del cumplimiento de la obligación es la imposibilidad sobrevenida, que para efectos del contrato de trabajo deberá ser total y permanente.²³⁻²⁴⁻²⁵

El análisis general del caso fortuito se desarrolló tradicionalmente desde el punto de vista de su atributo eximente de responsabilidad civil, tanto en el plano

constituyendo entonces una omisión voluntaria del demandado y no un caso fortuito o fuerza mayor como se alegó²³.

La Excma. Corte Suprema en causa Rol N° O- 426-2011, fallos del 17 de junio de 2011 (descriptor Legal Publishing N° 49881), dictaminó: "En ese sentido, es importante dejar constancia que lo que debe constatarse en este punto es la factibilidad de prever una determinada circunstancia, sin que sea relevante tener certeza de la fecha en que ella se verificará, siendo la diferencia entre un evento previsible y uno no previsible la posibilidad o imposibilidad del sujeto, entendido como un hombre medio dentro del ámbito de su negocio, de razonablemente anticipar su futura ocurrencia. En efecto, habiéndose concluido que la demandada contaba con la posibilidad de prever un próximo cese en la operación, estaba en condiciones de efectuar negociaciones sobre el mismo servicio, o expandirse a otros. Todos los anteriores antecedentes permiten colegir que para la empresa demandada no sólo era posible prever el cese de los servicios..., sino que prepararse para ello, lo que ocurrió en la especie, de manera tal que no se verifica la irresistibilidad".

En el mismo sentido, Corte Suprema en causa Rol N° 264-2009, fallo del 24 de marzo de 2009 (descriptor Legal Publishing N° 41753) y fallo en causa Rol N° 455-2008 de fecha 9 de abril de 2008 (descriptor Legal Publishing N° 38800). También, fallo del Primer Juzgado de Letras del Trabajo en causa Rol N° O-2768_2010 de 24 de diciembre de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 48110).

²³ La Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 248-2010, fallo del 27 de octubre de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 46140), señaló que: "Como se ha dicho, para configurar la causal establecida en el N° 6 del artículo 159 del Código del Trabajo, no basta la simple constatación de un desastre que haya afectado gravemente a las personas, particularmente en el desempeño de sus funciones comerciales, ya que se deben considerar otros antecedentes que permitan concluir si existió para el empleador una imposibilidad absoluta y definitiva para cumplir con sus obligaciones laborales, lo que se encuentra estrechamente vinculado con el requisito de "irresistibilidad". De esta forma, el empleador no solo debe estar afectado en sus funciones normales, como ocurrió con la mayoría de las personas que sufrieron el terremoto del pasado 27 de febrero, sino que es preciso que haya quedado afectado de tal manera que no cuente con patrimonio para hacer frente al giro de sus negocios, como el pago de remuneraciones y, eventualmente, indemnizaciones por el término de la relación laboral. Por último, no debe olvidarse que la causal en estudio debe analizarse a la luz de los principios del derecho del trabajo, en especial el de la primacía de la realidad, lo que lleva a concluir que su aplicación debe ser excepcional y restrictiva".

²⁴ La Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 267-2010, en fallo del 10 de noviembre de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 46539), resolvió que: "El caso fortuito o fuerza mayor supone un hecho imprevisto e irresistible. En la especie no hay duda que el terremoto que afectó a esta zona el 27 de febrero pasado, como es público y notorio, se trató de un sismo de gran envergadura que evidentemente no podía ser previsto bajo un estricto criterio de razonabilidad. Sin embargo, la exigencia de "irresistibilidad que requiere el caso fortuito implica razonablemente en el ámbito del derecho del trabajo un evento de características extraordinarias –por lo mismo de interpretación y aplicación restrictiva–, que debe significar una alteración sustancial en las posibilidades del empleador de seguir brindando trabajo a sus dependientes. En otras palabras, para estar frente a la situación anotada el empleador no debe tener ninguna viabilidad de seguir dando el trabajo convenido. Lo anterior, cabe hacer notar, responde a la aplicación de los principios de continuidad de la relación laboral y de buena fe, porque de éstos se deriva la obligación del empleador de otorgar en forma permanente el trabajo que se obligó a remunerar y del respeto hacia el trabajador y su fuente de subsistencia, cuestión esta última que impone el deber de mantener el trabajo aunque sea difícil u oneroso en el caso de una imposibilidad material que no sea absoluta ni de carácter permanente".

²⁵ En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 297-2010, fallo del 7 de julio de 2011 (descriptor Legal Publishing N° 47630); y Corte Suprema en causa Rol N° 6311-2008, fallo del 18 de diciembre de 2008 (descriptor Legal Publishing N° 41441).

contractual como extracontractual, dando por sentada su identificación en el plano contractual, que es el que aquí nos interesa, con la imposibilidad absoluta de cumplimiento, circunstancia que en el Código Civil tiene su correlato normativo en el número 7 del artículo 1567, que dispone que la obligación se extingue por "la pérdida de la cosa que se debe".

Esta identificación entre caso fortuito e imposibilidad absoluta de cumplimiento se produjo por la preeminencia que las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto ostentaba en el texto decimonónico, como modelo de contratación típica derivada de las condiciones productivas y comerciales atinentes al contexto histórico de su dictación. Sin embargo, la doctrina civilista más reciente distingue entre la causal de exoneración de la obligación y la clásica eximente de responsabilidad por el incumplimiento, dando a la primera el nombre de imposibilidad sobreviniente y reservando para esta última el de caso fortuito o fuerza mayor.

Resulta preciso distinguir que la idea de obligación expresa el deber de realizar la prestación, cualquiera sea su fuente, mientras que la idea de responsabilidad expresa la potestad que el derecho confiere al acreedor para actuar contra el patrimonio del deudor si no cumple con realizar aquélla.

La doctrina distingue diversos tipos de imposibilidad. En cuanto a la distinción entre imposibilidad permanente y transitoria, destaca que si la imposibilidad es sólo transitoria, suspende el cumplimiento de la obligación, a la luz del ya citado artículo 534 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, es posible asumir, desde el propio derecho civil que, ante la imposibilidad transitoria, el deudor se mantiene obligado hasta que la obligación se extinga o su ejecución se haga imposible; cuánto más en el derecho del trabajo, cuyas normas tienen la impronta protectora que le conocemos, traducidas en estabilidad para el contratante débil.

Así, es claro que no podemos compartir la opinión de la profesora Prado, en cuanto ha señalado que: "Es evidente que la mantención del contrato de trabajo, no obstante la fuerza mayor que afecta al empleador, no es posible de ser planteada atendida la naturaleza de la relación jurídico-laboral".²⁶

Cabe recordar, por ejemplo, que en sede de arrendamiento si el arrendador incurre en mora de entregar la cosa, el arrendatario puede desistirse del contrato, esto es, le entrega una facultad y no se produce necesariamente la extinción del contrato de acuerdo al artículo 1929 del Código Civil.²⁷ Así también, nuevamente aludimos a la excepción de la imposibilidad absoluta –que

²⁶ Prado, op. cit., p. 41.

²⁷ Coustasse del C., Alberto, e Iturra A. Fernando, *El caso fortuito ante el Derecho Civil*, p. 138.

no definitiva— para la ejecución actual de la obra debida del artículo 534 del Código de Procedimiento Civil, de manera que cuando cese el impedimento la obligación se hace exigible.

De esta manera, y en orden a la naturaleza del contrato que rige nuestra disciplina laboral, aparece como injustificada la terminación del contrato ante el mero incumplimiento parcial o transitorio.

Así las cosas, el argumento siguiente no nos parece de recibo en el derecho del trabajo: "En efecto, si bien es posible argumentar que en ciertos casos al trabajador le sería conveniente permanecer vinculado jurídicamente, aunque las obligaciones emanadas del contrato no sean actualmente exigibles para el empleador, ello le impediría reingresar al mercado laboral, que es lo más conveniente atendidas las consecuencias generadas por la fuerza mayor al empleador".²⁸

No debemos olvidar que la suspensión de la relación laboral no es materia ajena al ámbito del contrato de trabajo. Atendido que el contrato de trabajo exhibe una definida vocación de permanencia, la suspensión, en salvaguarda de la continuidad de la relación contractual, tiene por objeto evitar la ruptura definitiva cuando sobreviene una causa suficiente y justificada que impide transitoriamente su cumplimiento, esto es, permitir que el contrato sufra una interrupción pasajera sin afectar su subsistencia esencial.²⁹

Ahora bien, la imposibilidad transitoria deviene en definitiva cuando el atraso en la ejecución de la prestación priva al acreedor del beneficio económico perseguido. Por último, es posible distinguir la Imposibilidad física, jurídica y moral.

Nos parece que al confundir el caso fortuito, que puede concurrir en el impedimento sobreviniente definitivo, con este último, se confunden la solución y las ideas que resuelven el fondo. Si concurre un caso fortuito, pero no hay imposibilidad definitiva, la obligación subsiste. Así, no basta el mero caso fortuito para extinguir la obligación, pero si la imposibilidad sobreviniente definitiva contiene al caso fortuito o fuerza mayor, es en consecuencia inimputable al empleador y será causal que le autorizará para efectuar despidos. Por su parte, si la imposibilidad definitiva no contiene al caso fortuito, es decir, si no concurren algunos de sus elementos (extraneidad a su esfera de riesgos, imprevisibilidad e irrisistibilidad) el eventual despido sería injustificado.

Finalmente, en este breve aporte conviene recordar que la irrisistibilidad corresponde a la resistencia al evento y no la inevitabilidad. La sola circunstancia de

²⁸ Prado, op. cit., p. 42.

²⁹ Pasco (1997); p. 481.

que el acontecimiento sea imprevisible implica que su ocurrencia es inevitable para el deudor, pues si éste no sabe y tampoco le es exigible saber que sucederá un determinado hecho, mal puede imponérsele el deber de impedirlo³⁰.

De esta forma, para que cumpla el último requisito del caso fortuito, es preciso que el deudor no haya podido enfrentar u oponerse al hecho susceptible de afectar el cumplimiento de su obligación. ¿Y qué supone tal oposición al mismo? Si se considera que el objetivo último del deudor es cumplir, puede concluirse que su resistencia al acontecimiento implica dos cosas: En primer lugar, hacer lo necesario para impedir que el hecho afecte el desarrollo de su prestación, es decir, evitar el incumplimiento; y, en segundo lugar, si a pesar de lo anterior la inexecución igualmente se produce, la resistencia implicaría sobreponerse para cumplir igualmente, aunque sea con posterioridad y en forma distinta a la originalmente pactada. Se trata, en definitiva, de resistir tanto el hecho mismo –evitar sus consecuencias: el incumplimiento– como sus efectos, es decir, superar la situación de incumplimiento una vez verificada. Resistir supone, por tanto, cumplir pese a dicho acontecimiento.³¹⁻³²⁻³³⁻³⁴

³⁰ Brantt, op. cit. p. 147.

³¹ *Ibídem*, p. 148.

³² En este sentido, creemos que el dictamen N° 1412/021 del 19 de marzo de 2010, dictado a propósito del terremoto que afectó a parte del país el 27 de febrero de 2010, consideró este planteamiento al establecer que para la aplicación estricta de la causal de terminación del contrato de trabajo "caso fortuito o fuerza mayor" contenida en el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo, deben reunirse copulativamente los siguientes requisitos: a) Que los daños ocurridos en las instalaciones de la empresa se deban causalmente a la ocurrencia del terremoto; b) que el empleador que invoque esta causal no puede haber contribuido al acaecimiento del mismo y/o a sus efectos lesivos; c) que el terremoto no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes, y d) que el terremoto y sus efectos directos sean irresistibles, esto es, que suponga la nula posibilidad de mantener el puesto de trabajo de los trabajadores y, por ende, de cumplir con las obligaciones contractuales de la parte empleadora.

³³ La sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de fecha 18 de octubre de 2010, en los autos rol N° 188-2010 (descriptor Legal Publishing N° 45922) nos señala que: "...los elementos de prueba, apreciados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, llevan a inferir que, cerrada la Panadería (por daños derivados del terremoto), la clientela o, al menos, una parte significativa de ella, concurre a comprar a la Panadería Ideal, dada la proximidad territorial que existe entre ambas y la similitud del producto, lo que ha de redundar en beneficio del demandado, de forma tal que una solución adversa para el demandante importa hacer recaer sólo sobre éste el peso de lo sucedido, al quedar sin trabajo y condenado a no percibir las indemnizaciones a que tiene derecho por su condición laboral de 42 años, lo que no se aviene con las garantías que le asegura la legislación en esta materia... En la perspectiva antes descrita, está claro que el hecho en el cual se basa el despido no tiene, para el empleador en cuanto a sus consecuencias, el carácter de irresistible, toda vez que, aunque en otro establecimiento en el que tiene directa injerencia, no está absolutamente imposibilitado de continuar con la industria de fabricación de pan y su posterior venta al público, al cual bien pudo haber trasladado al actor y, con todo, tampoco puede afirmarse categóricamente, como alternativa, que haya quedado imposibilitado de pagar las indemnizaciones que corresponden al trabajador. En consecuencia, al decidirse debe tenerse en cuenta la óptica humana respecto de ambos litigantes y el principio protector del derecho del trabajo. En el mismo sentido, fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 7 de febrero de 2011 en causa Rol N° 297-2010 (descriptor Legal Publishing N° 47630).

³⁴ Con respecto a la irresistibilidad, el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2010 dictada en los autos Rol N° O-299-2010 (descriptor Legal Publishing N° 47268), señala que la circunstancia que el inmueble en el cual se emplazaba el establecimiento comercial –restaurant– que correspondía a la fuente laboral de los actores fuere arrendado, tal como lo dijeron en forma conteste los litigantes, importa en los hechos la inconcurrencia de la causal invocada, por cuanto,

IV. Reflexiones finales:

En el orden de ideas anteriormente indicadas, consideramos que sobre la base del principio de estabilidad del empleo, ante la ocurrencia de hechos sobrevinientes que pudieren afectar la continuidad de la relación laboral, el ordenamiento jurídico laboral ha establecido para el empleador una serie de herramientas tendientes a asegurar la continuidad del vínculo, en forma previa a la terminación del contrato.

Así, el *favor negotii*, en este sentido, permearía las facultades y atribuciones del empleador como parte preponderante de la relación laboral, incluso para los efectos de justificar o dar validez al término del contrato cuando los eventos sobrevinientes hicieran imposible, eventualmente de manera absoluta, el cumplimiento de las obligaciones, de tal forma que previo a la resolución del contrato debieran ser ejercidos los mecanismos alternativos tendientes a procurar la continuidad del contrato. En este sentido, entonces, el despido ante la ocurrencia de hechos sobrevinientes debiera ser siempre de carácter restrictivo en su uso.

El caso fortuito o fuerza mayor no podría operar como causal de expiración del contrato de trabajo sin la existencia de una imposibilidad absoluta y definitiva

al ostentar el empleador la calidad jurídica de mero tenedor de la cosa para usarla y explotarla implica la posibilidad de haber desplegado los esfuerzos necesarios durante un determinado lapso para ubicar un bien raíz que reúna las características generales y mínimas para desarrollar el rubro que explotaba la empleadora demandada, tiempo durante el cual perfectamente pudo materializarse una suspensión de la relación laboral y, salvada la imposibilidad transitoria, proporcionar y mantener la fuente laboral a los dependientes, pero en modo alguno facultaba a la empleadora demandada para poner término a las relaciones laborales de sus trabajadores, como injustificadamente ocurrió en la especie, anunciándose a estas alturas la calificación de injustificados de los despidos de los demandantes.

En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de abril de 2009, dictada en la causa Rol N° 947-2009 (descriptor Legal Publishing N° 41987) que indica: "Que se ha dicho anteriormente por esta Corte, en situaciones similares a la de autos, que la irresistibilidad, para los efectos de la causal de cese de servicios invocada, importa la nula posibilidad de mantener el puesto de trabajo de los dependientes y, por ende, de cumplir una de las principales obligaciones contractuales de la parte patronal, tornándose inviable la mantención del vínculo e inevitable el término del mismo. La exigencia de prueba al efecto por parte del Tribunal, entonces, lejos de ser un error como lo imputa la recurrente, resulta esencial en tanto la mencionada precedentemente corresponde a una de las tres características que el legislador impone al hecho cuya verificación fuerza el despido. Carece de importancia, en todo caso, que el Tribunal haya entendido que el aludido obedece a un cuarto requisito para la concurrencia de la institución en estudio; por cuanto las medidas de seguridad se vinculan con la imprevisibilidad del hecho, ya que ambos son caracteres previstos por el legislador, siendo el orden o composición que se les otorgue inocuo dentro del ámbito de la nulidad impetrada. Que, a su vez, el examen de la imposibilidad de resistir a las consecuencias de un siniestro obliga a revisar aspectos concretos de la faena en cuestión, el proceso productivo que importa, las características de las dependencias en que éste se desarrolla y el papel o labor de los dependientes exonerados en ella. Asimismo, resulta forzoso considerar la factibilidad que la continuidad del giro o la actividad tienen en el caso como alternativa a la desvinculación y que, sin duda, deriva de los rasgos primeramente anotados, desde que la persistencia de aquella y de las relaciones laborales debe constituirse como una consecuencia lógica y no como resultado de la imposición de una carga contractual más allá del tenor y sentido del pacto laboral, es decir, como un gravamen desprovisto de sustento fáctico y jurídico".

de poder cumplir con la obligación. Por su parte, la imposibilidad absoluta y definitiva sin caso fortuito o fuerza mayor, como justificación para terminar la relación laboral, obligaría al empleador al pago de las prestaciones por término de contrato ordenadas por la ley, pues los hechos sobrevinientes le serían del todo imputables o por encontrarse dentro de su esfera de riesgo como deudor.

En este contexto, es nuestra opinión que la discusión doctrinaria en cuanto al momento en que se produciría la terminación del contrato de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor, a saber, por el solo acaecimiento del evento generador de la imposibilidad absoluta y el caso fortuito; o al momento del envío de la carta de terminación de los servicios normada en el artículo 162 del Código del Trabajo³⁵, debiera ser superada a favor de esta última³⁶, en razón de la necesidad que tendría el empleador de acreditar el ejercicio efectivo de las herramientas que le confiere el ordenamiento laboral para procurar la conservación del vínculo laboral en virtud del principio de estabilidad en el empleo.

Para terminar estas breves reflexiones en torno al caso fortuito o fuerza mayor en materia laboral, y para salvar alguna omisión, estimamos necesario revisar, en forma posterior, a la luz de del derecho comparado, el sistema de pago de las indemnizaciones por término de contrato ocurrido por esta causa de expiración, atendido el carácter complejo de la indemnización en comento, que contiene tanto el resarcimiento por los daños que irroga el despido, una protección previsional por la cesantía y un premio a la lealtad,³⁷ parte esta última cuya pérdida por el caso fortuito no aparece del todo justificada.

BIBLIOGRAFÍA

Beltrán De Heredia Ruiz, Ignasi, *Empleo: la prevención frente a la contingencia del Paro – un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del derecho*, ESADE - Universitat Ramón Llull – URL- Departamento de Derecho Privado, ciudad de Barcelona, España, 2008.

Brantt Zumarán, María Graciela, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Editorial AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

Coustasse del C., Alberto, e Iturra A., Fernando, *El caso fortuito ante el derecho civil*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958.

³⁵ Prado, op. cit., p. 32.

³⁶ Gamonal y Guidi, op. cit. p. 261. Claramente, la necesidad de manifestar voluntad el empleador para poner término al contrato, dice relación con la particular objetividad de la fuerza mayor, fácilmente diluible en una decisión arbitraria.

³⁷ Gamonal (2000); pp. 54 y 55.

Fernández-Costales Muñiz, Javier, *La distribución de los riesgos en las doctrinas laboral y civil ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación*, Pecunia 7 (2008), ciudad de León, España, 2008.

Gamonal Contreras, Sergio, *El daño moral por término de contrato de trabajo. Su indemnización en los casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo*, EDITREM S.A. Santiago de Chile, 2000.

Gamonal Contreras, Sergio, y Guidi Moggia, Caterina, *Manual del Contrato de Trabajo*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2010.

Hernández Rueda, Lupo, "El poder de dirección del empleador", en Néstor Del Buen Lozano y Emilio Morgado (Eds.), *Instituciones del derecho del trabajo y la seguridad social*, UNAM, Ciudad de México, 1997, pp. 405-420.

Pasco Cosmópolis, Mario, "Suspensión del contrato de trabajo" en Néstor Del Buen Lozano y Emilio Morgado (Eds.), *Instituciones del derecho del trabajo y la seguridad social*, UNAM, Ciudad de México, 1997, pp. 481-500.

Prado López, Pamela, *La Fuerza mayor como causal de terminación del contrato de trabajo*, Legis Editores, Santiago de Chile, 2010.

Valdés Dal-Re, Fernando. "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial". *Revista de Política Social*, número 103, julio/septiembre, Madrid, España, 1974.