

## ***Ius variandi* y dirigentes sindicales. Revisión jurisprudencial del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo.**

JAIME VARELA CHARME  
Abogado

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto efectuar una revisión a la jurisprudencia judicial y administrativa del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, asociada a la prohibición de aplicación del *ius variandi* respecto de los trabajadores que detentan la calidad de dirigentes sindicales, fuera de las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que la misma ley permite. Se observarán igualmente las diversas calificaciones y sanciones efectuadas en sede judicial y administrativa respecto de la decisión de modificación unilateral impuesta por el empleador. Lo anterior, con miras a verificar el alcance o utilidad de dicha disposición como protectora de la garantía de la libertad sindical, como asimismo su mayor o menor justificación o eficacia en el marco de la protección que la ley otorga actualmente a los derechos fundamentales de los trabajadores.

\* \* \*

### **1. Introducción**

Como resulta habitual al Derecho del Trabajo, observamos en la aplicación de sus instituciones una permanente diferencia entre el ámbito de poderes y facultades de dirección y administración que detenta el empleador –dueño de los medios de producción– y la necesidad de los trabajadores de que les sean reconocidos y respetados sus derechos y garantías, siendo aquí donde el legislador debe buscar los equilibrios pues “*por un lado, se encuentra el derecho legítimo del trabajador a no ser transformado o utilizado como una cosa cualquiera sujeto a las veleidades de un empleador atrabiliario y, por otro, el interés legítimo del acreedor del trabajo de disponer las necesarias variaciones sobre la forma y modalidades de la prestación de servicios que sean requeridas para la buena marcha de la empresa*”<sup>1</sup>.

En este contexto, una de las manifestaciones más relevantes de las facultades entregadas por el legislador al empleador es la institución del *ius variandi*, que

<sup>1</sup> THAYER ARTEAGA, William, NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*. T. I, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 115.

encuentra su sustento normativo positivo en el artículo 12 del Código del Trabajo.

Nadie discute que dicha institución tiene su razón de ser en la necesidad de *“flexibilizar la aplicación práctica del contrato y dar mayor movilidad a la mano de obra por parte del empleador”*<sup>2</sup>. Se trata de una *“facultad unilateral del empleador para modificar las condiciones del contrato de trabajo”*<sup>3</sup>, dentro de ciertos márgenes y sujeta a control. Sería así una *“alteración continua, relevante, voluntaria, unilateral, objetiva, definitiva y limitada del contrato de trabajo”*<sup>4</sup>.

Esta facultad del empleador de modificar unilateralmente el contrato de trabajo en ciertos aspectos tiene una limitación en el caso que el sujeto pasivo de la modificación sea un dirigente sindical. En efecto, el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo prohíbe expresamente el ejercicio del *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales y por el plazo que dura su fuero sindical, salvo en dos hipótesis: caso fortuito o fuerza mayor.

Se ha señalado que la norma en comento es *“una disposición legal que protege a los representantes sindicales con el otorgamiento de un derecho de resistencia frente a una orden del empleador tendente a alterar la naturaleza de sus servicios o el sitio o recinto en que los presta”*<sup>5</sup>.

Dicha disposición, cautelar de la labor sindical, puede generar inconvenientes derivados de una aplicación estricta o apegada a la literalidad de la norma, y eventualmente entorpecer de una manera no razonable las facultades de administración y dirección entregadas al empleador por ley, elemento éste que constituye supuesto basal de la existencia y ejercicio de las libertades sindicales a su vez, siendo esta situación una de aquellas que motivan de manera inicial este trabajo.

Precisamente y en base a lo anterior, hemos estimado de interés analizar los criterios interpretativos de la Dirección del Trabajo como aquellos efectuados por los Tribunales Laborales respecto de la disposición ya indicada, con miras a determinar sus alcances, efectos y consecuencias prácticas, para luego verificar si la norma representa una herramienta efectiva a la protección de la libertad sindical, o si por el contrario no cumple o no alcanza dicha finalidad.

Se busca en definitiva observar si la disposición normativa del artículo 243 inciso 2 del Código del Trabajo coexiste armónicamente con otras herramientas

<sup>2</sup> LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Contrato individual de trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 117.

<sup>3</sup> LIZAMA PORTAL, Luis, *Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 79.

<sup>4</sup> SARTHOU, Helios, *“Trabajo, derecho y Sociedad”*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 38.

<sup>5</sup> TOLEDO CORSI, Cesar, *Tutela de la libertad sindical*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 216.

tutelares de derechos fundamentales, o si, por el contrario, se dan visiones contrapuestas que ameritan una revisión, precisamente por no responder a lo que se busca proteger con esta norma, esto es, evitar que se vulnere la libertad sindical.

Siendo así, surge como interrogante la real necesidad de amparar la libertad sindical a través de un entendimiento restrictivo de la norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, en circunstancias que existen hoy día otras herramientas de protección y amparo en favor de tal derecho fundamental, especialmente a partir del reconocimiento de la tutela laboral como parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.

La cuestión anterior se observa ante las limitaciones objetivas que tanto la autoridad administrativa como los propios tribunales han impuesto al ejercicio del *ius variandi* sindical, prescindiendo mayoritariamente de hacer frente a las consecuencias que, para la actividad del empleador y del mismo trabajador, conlleva la virtual inamovilidad geográfica y/o funcional del dirigente, por oposición a la movilidad y dinamismo que, en un momento concreto, resulte imperiosa para el empleador y los demás trabajadores.

Anticipamos que nuestro convencimiento apunta a que la mejor manera de hacer frente a la disputa de estos contrarios para alumbrar a una solución compatible en la perspectiva del moderno derecho del trabajo, pasa por realizar un ejercicio valorativo del actuar del empleador que resuelva –seguro que no con la facilidad de una mera negativa– acerca de la razonabilidad y oportunidad de las facultades ejercidas por el empleador respecto del trabajador aforado.

La utilidad de este razonamiento no sólo es propicia, según veremos, para resolver situaciones incluso difíciles de comprender y que la aplicación estricta y formal de la norma genera en la práctica, sino que además es compatible con la finalidad doblemente tutelar de la legislación laboral: la protección del trabajador y de la fuente de trabajo.

## **2. Comprensión de este conflicto a la luz de la técnica legislativa**

Dicho lo anterior, cabe entonces mencionar la problemática en cuestión, la que de manera general puede resumirse a partir de la obligación que la norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo impone al empleador, en cuanto le prohíbe de manera expresa aplicar al dirigente sindical las prerrogativas o facultad del *ius variandi*, salvo cuando exista un caso fortuito o fuerza mayor, lo anterior con base a una intención o finalidad de proteger en último término la garantía de la libertad sindical, evitando que el empleador utilice esta facultad legal como una herramienta de freno o afectación a esa garantía.

A su turno, y a partir de la vigencia del nuevo procedimiento de tutela laboral, el legislador estimó definir una categoría de derechos fundamentales de especial consideración para el Derecho del Trabajo, revistiéndolos de un ámbito de protección y resguardo especial, que obliga, especialmente al empleador, a respetar tales prerrogativas, al grado de imponerle a este último una carga probatoria excepcional para efectos de justificar aquella actuación o decisión que ha podido afectar esas determinadas garantías constitucionales y, además, sancionando gravemente al empleador infractor de las mismas.

Esta nueva estructura de protección de derechos, a diferencia de la disposición normativa que comentamos, otorga a las partes la posibilidad de probar sus alegaciones y en ese mérito el Tribunal debe fallar, decidiendo si en el caso particular ha existido o no una vulneración de derechos fundamentales. Pues bien, la libertad sindical es una de aquellas garantías especialmente tuteladas, y a cuyo favor se aplican las prerrogativas que hemos mencionado.

Así, nos encontramos hoy con que la libertad sindical aparece supuestamente resguardada por la norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, en cuanto a la protección del dirigente sindical se refiere, y asimismo, tal actividad sindical se encuentra igualmente protegida por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En ambos casos, y como se dirá, los caminos de protección que se han definido por la jurisprudencia resultan ser diversos en la forma de abordar la situación, pero confluyen a un mismo resultado final práctico, el que veremos, no nos parece satisfactorio desde la perspectiva del derecho o garantía que se pretende proteger, como tampoco desde la mirada o interés del empleador y del propio trabajador.

Es sabido que la institución de la tutela laboral se consideró como un insumo deseable y compatible con un sistema integral de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, que incluye de forma muy principal la cautela de la libertad sindical<sup>6</sup>, precisamente en reemplazo de los múltiples pero ineficaces remedios jurisdiccionales vigentes con anterioridad a la promulgación de la Ley 20.087.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> SIERRA HERRERO, Alfredo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile", en V.V.A.A. *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 140-1.

<sup>7</sup> En lo referente a los avances relativos a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales y garantías de los trabajadores puede consultarse a UGARTE CATALDO, José Luis, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xxxiii, segundo semestre, 2009, pp. 215-17; *Ibíd.*, "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", en *Revista de Derecho*, Vol. xx, N° 2, diciembre 2007, pp. 49-67. *Ibíd.*, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Legal Publishing Chile, 2009, Santiago, pp. 17-22; y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, WALTER DÍAZ, Rodolfo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral", en *Revista de Derecho*, Vol. xxiv, N° 2, diciembre 2011, pp. 91-92. En relación a historia de la tipificación y eficacia de las prácticas antisindicales puede consultarse a TOLEDO CORSI, César, *Tutela de la Libertad Sindical*. En

En este contexto, la subsistencia de la prohibición contenida en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, o si se quiere de su interpretación restrictiva en los términos señalados, parece ser innecesaria frente al carácter de mecanismo total, o al menos principal, de protección de derechos y garantías fundamentales con el cual se concibió la tutela laboral.

Este juicio sobre necesidad o falta de ella arranca por lo pronto de una técnica legislativa poco clara en principio. En efecto, si se entiende que la tutela laboral de derechos deja vigentes otros mecanismos menos efectivos y más engorrosos para la misma finalidad protectora, aquella pierde su propósito integral, generando cuestionamientos sobre su pertinencia para resolver acerca de una cuestión de derechos fundamentales, en la especie, acerca de la aplicabilidad y extensión del *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales.

Parece ser claro que la tutela laboral de derechos es el mecanismo o la vía que el legislador consideró como idónea para enfrentar y resolver toda vulneración de derechos fundamentales, y la preferencia de este mecanismo reside en que permite una protección amplia de las garantías y derechos cuando hay razones para ello, y la repugna cuando no las hay. Este efecto se produce porque en la base del instituto se encuentra el examen de razonabilidad de la conducta del empleador, conforme se describe por el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo, en los términos siguientes: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”<sup>8</sup>.

Por lo mismo, la solución del conflicto a la luz de la tutela parece no quedarse en el examen puramente formal, como aquel que se pretende efectuar a partir de una lectura restrictiva del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo; sino que se exigiría un razonamiento de la situación y sus fundamentos, lo que parece ser más acorde con una protección real y eficaz del derecho a la libertad sindical.

De otra manera, parece producirse una duplicidad innecesaria en la protección de la libertad sindical, generándose un ámbito sensible a un juicio de razonabilidad y oportunidad del ejercicio de las prerrogativas del empleador<sup>9</sup>, y otro

---

*especial de la sanción de las Prácticas Antisindicales. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Legal Publishing Chile, 2013, Santiago, pp. 107-124.

<sup>8</sup> Cfr. Artículo 5° del Código del Trabajo. Para un análisis acabado respecto de los mecanismos de protección de los Derechos Fundamentales y de la consideración del principio de proporcionalidad o ponderación como método “para resolver la colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador”, véase MELLA CABRERA, Patricio, DOMINGUEZ MONTOYA, Alvaro, “Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, xxxix, 2° Semestre, 2012, pp. 200 y ss.

<sup>9</sup> Véase en este sentido a DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista*

que es completamente rígido en su análisis, lo que resulta en una contradicción y un vacío que debilita el mandato imperativo de la tutela.

Podemos advertir desde ya que la cuestión debiera ser resuelta en favor del sistema de tutela, precisamente por la finalidad omnicomprendiva que caracteriza su institución, superando definitivamente la colisión de mecanismos para la solución de un conflicto jurídico, respecto de un mismo derecho fundamental tutelado. Y también porque, en último término, el sistema de tutela preserva de mejor manera el debido proceso que, nadie puede discutir, solo conduce a una solución más justa y eficiente del conflicto.

Dicho lo anterior, nos abocaremos a revisar aquellos criterios jurisprudenciales, de orden administrativo y judicial, que han abordado el tema desde la perspectiva antes indicada.

### **3. La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo.**

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha sido conteste –dentro de una hermenéutica meramente formal– en aplicar el tenor literal de la norma del 243 inciso 2 del Código del Trabajo frente a las consultas que se le han formulado respecto de la aplicación del *ius variandi* para un dirigente sindical.

En efecto, dicho Servicio mantiene un criterio que se ha asilado en la literalidad de la norma, aplicando una restrictiva versión de los preceptos del derecho común sobre el caso fortuito o fuerza mayor.

Dicha jurisprudencia presenta una versión monolítica del artículo 45 del Código Civil, excluyendo de esta manera del ámbito de ejercicio del *ius variandi* sindical a toda una gama de situaciones que no revestirían en términos exactos las notas propias del caso fortuito o fuerza mayor, a saber, la irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad<sup>10</sup>.

---

*de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. xxxvi, 2011, 1<sup>er</sup> Semestre, pp. 167 y ss; COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. xlv, 2015, 2do semestre, pp. 261 y ss.

<sup>10</sup> En este sentido, la jurisprudencia administrativa ha cristalizado, en una formulación que se reitera una y otra vez en los dictámenes, su interpretación de las notas característica del instituto regulado en el artículo 45 del Código Civil: "Del precepto legal antes transcrito se desprende, tal como lo ha sostenido la doctrina de este Servicio entre otros en dictámenes N°s 4.055/297 y 1412/021, de 27.09.2000 y 19.03.2010, respectivamente, que un hecho constituye caso fortuito o fuerza mayor cuando es inimputable, imprevisible e irresistible, características que deben concurrir copulativamente. Cabe señalar que un hecho será inimputable cuando provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, es decir, que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su producción. El segundo elemento, esto es, que se trate de un hecho imprevisto, implica que el hecho que se invoque debe ser de aquellos que no se hayan podido prever

Por la vía de esta interpretación restrictiva, se impone sobre el empleador una prohibición literal de ejercer la potestad de modificar unilateralmente ciertos aspectos del contrato de trabajo, fuera de los casos de excepción, en circunstancias que dicha modificación puede ser necesaria y muchas veces indispensable de aplicar a todo su proceso productivo o a un área, sección o establecimiento del mismo.

De esta forma, la jurisprudencia administrativa se muestra rígida ante fenómenos de común ocurrencia en el ámbito de las relaciones laborales, tales como el cierre de un establecimiento, la externalización de servicios, la reorganización empresarial<sup>11</sup>, y, en general, respecto de cualquier otro fenómeno en el que el factor de necesidad venga impuesto por cuestiones de índole económica u organizacional<sup>12</sup>, y en donde no concurren los requisitos copulativos del caso fortuito o fuerza mayor, antes esbozados.

Tan evidente es lo anterior, que incluso frente al caso consultado respecto del cierre de un establecimiento empresarial, la autoridad estimó la imposibilidad de aplicar el cambio de lugar de trabajo, por no revestir la situación de las notas copulativas del caso fortuito o fuerza mayor, no permitiendo el ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador, primando la tesis irreflexiva de la imposibilidad casi total e irrestricta de trasladar al dirigente sindical<sup>13</sup>.

Resulta especialmente llamativa, desde este punto vista, la doctrina contenida en un dictamen reciente, el Ordinario N° 5124/060, de 07 de octubre de 2015, en el que se consulta sobre de la posibilidad de ejercer las facultades de *ius variandi* respecto de un dirigente sindical, cuando se han externalizado los servicios de toda una sección de la empresa.

La Dirección del Trabajo sostiene que no resulta jurídicamente procedente el ejercicio del *ius variandi* sindical, por no concurrir en el caso de la externalización

---

*dentro de los cálculos ordinarios o corrientes. En cuanto al tercer elemento constituido por la irresistibilidad, se entiende por tal la circunstancia de que no sea posible evitar sus consecuencias, en términos tales que ninguna de las partes haya podido preverlos o evitarlos, ni aun cuando se oponga al hecho imprevisto las defensas idóneas para lograr tal objetivo” (Ordinario N° 5124/060, de 07 de octubre de 2015).*

<sup>11</sup> Así lo señala la Dirección del Trabajo en el Ordinario N°657/54, de 04 de febrero de 1998, en el cual se consideró que no concurren las notas características del caso fortuito o fuerza mayor “cuando se trate de problemas de organización y funcionamiento de la empresa, circunstancia que si bien aparece atendible, no ha sido considerada por el legislador como suficiente para fundar en ella una excepción a la norma general contenida en el ya citado artículo 243 del Código del Trabajo, que permite aplicar el *ius variandi* al dirigente sindical sólo en la medida que exista caso fortuito o fuerza mayor”.

<sup>12</sup> Cfr. Ordinario N° 2801, de 28 de julio de 2014 y Ordinario N° 657/54, de 4 de febrero de 1998.

<sup>13</sup> El Ordinario N°4430/175, de 22 de octubre de 2013 establece en este sentido que: “El cierre de uno o más establecimientos de una empresa, considerando que estos son sólo una fracción de la misma, no significa, en caso alguno, el término de ésta, ni la pérdida de alguno o la totalidad de los elementos que la configuran, puesto que continuará existiendo y el empleador mantendrá su obligación de otorgar, al dependiente aforado, el trabajo convenido u otro de similares características, conservándole, en todo caso, su nivel de remuneraciones”.

de los servicios de una sección de la empresa las tres notas características del caso fortuito o fuerza mayor. De esta forma, no es posible para el empleador modificar en forma alguna la naturaleza de los servicios que éste debe prestar en virtud del contrato de trabajo, sin el consentimiento expreso del dirigente sindical, aun para la eventualidad de dejar de desarrollar un área de su negocio:

“En el caso en estudio no concurre ninguno de los elementos propios del caso fortuito o fuerza mayor. En efecto, la externalización de una sección de la empresa no puede considerarse como un hecho enteramente ajeno a la voluntad de las partes, pues obedece precisamente a una decisión voluntaria y consciente de la parte empleadora.

La decisión de externalizar toda una sección de la empresa tampoco puede ser considerada como un hecho imprevisto, pues tal decisión es un hecho que se puede prever dentro de los cálculos ordinarios de funcionamiento de la empresa. Es más, generalmente se trata de una decisión no sólo prevista por la empresa, sino que debidamente respaldada por consideraciones de diversa índole, tal como Ud. mismo señala en su presentación manifestando que para llevar a efecto esta externalización de servicios se tomaron en consideración “razones de carácter técnico, financieras, comerciales y administrativas”.

El tercer elemento de irresistibilidad tampoco concurre en la especie, toda vez que ninguna empresa está obligada a externalizar parte de sus funciones, pudiendo funcionar con personal directamente contratado por la misma, tal y como ocurre actualmente en esta empresa de acuerdo a lo que Ud. señala, pues aún no ha operado la externalización de servicios”.

Por tanto, se concluye que no es procedente bajo ningún respecto el traspaso del mentado dirigente sindical a otra área de la empresa, en razón de que los servicios del área en la que se desempeña serán externalizados. En efecto, la Dirección del Trabajo señala expresamente que no se debe considerar ningún otro supuesto distinto de la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, ni hacer juicio de valor alguno relativo al menoscabo que podría sufrir el dirigente en cuestión; ni se detiene a analizar la afectación del ejercicio de la libertad sindical del dirigente; ni efectúa consideración alguna de razonabilidad de la medida<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Señala el Ordinario N° 5124/060, de 07 de octubre de 2015 que. “El criterio aplicado por la Dirección del Trabajo es meramente formal, pues todo el análisis que se realiza va encaminado a verificar si se cumplen los supuestos del caso fortuito o fuerza mayor, sin analizar –por atendible o razonable que parezca– la necesidad de la empresa de realizar la externalización de servicios, sin siquiera analizar si dicho cambio genera un menoscabo al dirigente sindical por el cambio en el área en que presta sus servicios. Por el contrario, el órgano administrativo declara que “los problemas de organización y funcionamiento de la empresa” no satisfacen el tipo legal, pues no configuran una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. En consecuencia, en mérito de las consideraciones antes expuestas, doctrina administrativa y disposiciones legales citadas, cumpla con informar que no resulta jurídicamente pro-

#### **4. Enfoques jurisprudenciales del ejercicio del *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales.**

La jurisprudencia de los juzgados de Letras del Trabajo<sup>15</sup> ha transitado por dos derroteros divergentes a la hora de ofrecer una hermenéutica de la naturaleza y alcances de la prohibición contenida en el artículo 243 inciso 2 del Código del Trabajo.

La problemática abordada por los tribunales dice relación con la interacción entre la prohibición contenida en la norma en comento y las normas de la tutela de derechos fundamentales.

La discusión a la que se han enfrentado los tribunales de justicia les impone la necesidad de esclarecer las siguientes cuestiones: ¿Toda violación de la prohibición contenida en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo implica de suyo una vulneración al ejercicio de la libertad sindical? ¿Debe entenderse que el ejercicio del *ius variandi* respecto de un dirigente sindical, fuera de los casos de fuerza mayor y caso fortuito, implica necesariamente una vulneración de un derecho fundamental? O, por el contrario, ¿es posible ejercer un control de la razonabilidad de la medida?

La respuesta que se adopte frente a estas interrogantes es fundamental, pues de ella pende la aplicación de las sanciones previstas en el libro v, título i, párrafo 6 del Código del Trabajo, e incluso de las accesorias contenidas en el artículo 4° de la Ley N° 19.886 sobre “Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios”.

Como veremos, la jurisprudencia de los Tribunales de Letras del Trabajo ha forjado dos líneas jurisprudenciales divergentes frente a las preguntas antes planteadas.

a) Una primera línea jurisprudencial identifica plenamente la violación a la prohibición legal de *ius variandi* respecto de los dirigentes sindicales con la vulneración al derecho constitucional que ampara el libre ejercicio de la libertad sindical, analogando la figura a una práctica antisindical.

Así, se identifican los ámbitos de protección de las normas, estableciendo una paridad total e identificando plenamente la infracción a la regla del artículo 243

---

cedente ejercer las facultades del artículo 12 del Código del Trabajo respecto de un dirigente sindical, en caso de externalización de servicios de una sección de la empresa, por no concurrir a su respecto los requisitos copulativos del caso fortuito o fuerza mayor en los términos expuestos en el presente oficio”.

<sup>15</sup> En este apartado se ofrece el análisis hecho de la jurisprudencia de los Tribunales de instancia, toda vez que los pronunciamientos de Cortes de Apelaciones, y de Corte Suprema, no inciden en la materia adjetiva, y se quedan fundamentalmente en revisiones generales de los aspectos formales de cada recurso intentado.

inciso 2° del Código del Trabajo con una práctica antisindical de los artículos 289 y siguientes del Código del Trabajo.

Esta línea de jurisprudencia conjuga una visión formalista de las exigencias impuestas por la norma en comento, con la aplicación de los remedios jurisdiccionales que la ley ha dispuesto para la protección de la libertad sindical. De esta manera, el órgano jurisdiccional limita su examen única y exclusivamente a la constatación objetiva de la existencia o no del caso fortuito o fuerza mayor en el ejercicio del *ius variandi* sindical, ya que sólo bajo ese supuesto la acción del empleador sería válida.

Se observa aquí que los tribunales parecen asimilar la idea de caso fortuito a o fuerza mayor del artículo 243 del Código del Trabajo con la causal de terminación del contrato contenida en el artículo 159 N° 6 del mismo cuerpo legal, norma que permite el despido del trabajador, sin derecho a indemnización, cuando opera precisamente una situación de caso fortuito o fuerza mayor. Tal asimilación nos parece equivocada, toda vez que no sería razonable analizar el concepto con el mismo prisma, cuando estamos frente a situaciones tan disímiles como son la terminación de la relación laboral, con aquella que dice relación con un cambio accidental del mismo, que se da, además, en el contexto de un contrato vigente. En el primero de los casos, y por verse envuelta la terminación del contrato, sí parece justificarse una medida de análisis o interpretación más estricta, la que no parece necesaria cuando lo que se discute es un cambio limitado al contrato, recordemos aquí que el *ius variandi* se refiere a “aspectos no esenciales del contrato de trabajo”<sup>16</sup>, lo que permite analizarlo entonces desde una perspectiva menos estricta.

Ahora bien, se detecta sí en esta tendencia un cierto ánimo o intención de introducir algunos elementos valorativos propios de la tutela laboral, destinados a morigerar, hasta donde la ley lo permite, las sanciones que se imponen al empleador que vulnera derechos y garantías constitucionales. En este caso, el juicio de razonabilidad se limita y se ejerce únicamente a la hora de tasar la multa que dispone el artículo 494 del Código del Trabajo.

b) Por otra parte, una segunda línea jurisprudencial resuelve el conflicto de una manera diversa. Esta tendencia, opuesta a la primera antes esbozada, no identifica *a priori* la vulneración de la infracción contenida en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo con una falta sobre la garantía de la libertad sindical; sino que analiza la infracción de la norma desde la perspectiva, y a través

<sup>16</sup> FERA, Mario Silvio, NAVARRO, Marcelo Julio, RODRIGUEZ NOVO, Daniel, “Ius Variandi”, en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, AbeledoPerrot, Santiago, 2012. p. 174. MELLA CABRERA, Patricio, DOMINGUEZ MONTOYA, Alvaro, “Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, xxxix, 2° Semestre, 2012.

de los mecanismos y criterios propios de la tutela de derechos fundamentales. Se realiza así un análisis de razonabilidad del ejercicio del *ius variandi* sindical, del mismo modo o bajo la exigencia que impone el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo.

De esta forma, la jurisprudencia que comentamos, cumpliendo el mandato legal, realiza una labor analítica previa, consistente en un juicio valorativo de la medida adoptada por el empleador antes de calificarla como válida, o ilegal en su caso.

En efecto, al diferenciar entre estos dos ámbitos de infracción, se pone de manifiesto que en algunas oportunidades la vulneración a la garantía constitucional de libertad sindical no se produce al ejercer el *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales fuera de las hipótesis del artículo 243 inciso 2°, ya que se requiere de un ánimo antisindical que se configure con ocasión de la infracción de dicha norma, exigencia que parece concordante con otras líneas de jurisprudencia que han exigido el elemento subjetivo de la mala fe a la hora de ponderar la existencia o no de una práctica antisindical<sup>17</sup>.

Con todo, ambas líneas de jurisprudencia, a pesar de sus divergencias, convergen, como se verá, en un resultado común, a nuestro parecer inadecuado, pues, sea que la conducta se califique o no como práctica antisindical, el resultado final será siempre la imposibilidad real de aplicar el *ius variandi* al trabajador aforado, cuestión que deja latente la problemática planteada y la posibilidad de resolver razonablemente el conflicto en cuestión.

En efecto, por caminos diversos, y más o menos gravosos para las partes, la decisión inicial del cambio contractual quedará irremediamente impedida, aun cuando el ámbito de sanciones pueda ser inexistente.

El resultado paradójico se produce especialmente al observar la segunda línea de jurisprudencia en la que el juez, habiendo realizado un examen bajo el estándar de la tutela de derechos fundamentales, y concluyendo que no hay vulneración del derecho, aun así está obligado a impedir la aplicación del cambio contractual –*ius variandi*– transformando así el artículo 243 inciso 2° en una prohibición meramente formal, desligada o carente de todo contenido sindical, desconectada totalmente de su finalidad primigenia de tutela o protección, quedando la norma como una “mera prohibición”, lo que hace aún más dificultosa su aplicación, ya que tampoco permite la solución definitiva

<sup>17</sup> La E. Corte Suprema, en sentencia de Unificación de Jurisprudencia, de 3 de abril de 2013, en causa RIT 7856-2012, señaló en lo pertinente que: “Noveno: Que en consecuencia, se unifica la jurisprudencia en el sentido que, tratándose de las conductas que sanciona la norma del artículo 289 del Código del Trabajo, debe concurrir la intención precisa de parte del empleador de atentar contra la libertad sindical.”

del conflicto, produciéndose entonces un resultado indeseado, ya que aun en ausencia de una conducta antisindical, el empleador quedará en los hechos impedido de aplicar el citado *ius variandi*.

Veremos entonces cómo transcurren ambas posiciones en la jurisprudencia.

### **a) Primera tendencia jurisprudencial: la vulneración del artículo 243 del Código del Trabajo constituye una práctica antisindical.**

Como señalábamos anteriormente, la primera tendencia jurisprudencial ha intensificado las consecuencias jurídicas de la norma en comento, haciendo sinónimos la violación de la prohibición contenida en el artículo 243 ya citado, a una de las conductas prohibidas en el artículo 289 del Código del Trabajo, con las correspondientes sanciones asociadas a la tutela jurisdiccional. De esta forma, la sanción se acrecienta, pues no sólo se imponen limitaciones a las facultades de organización y administración, sino que se aplican las sanciones previstas en el párrafo sexto del libro quinto del Código del Trabajo y las accesorias antes comentadas.

Así, en el caso de una empresa que dispuso el traslado de un dirigente sindical a otro lugar de trabajo, se declaró que el empleador denunciado ha vulnerado el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, ya que, tratándose de una norma prohibitiva, con una "*clara finalidad de protección al dirigente sindical*", por el sólo hecho de ejercerse el *ius variandi*, sin estar amparado en las hipótesis reguladas en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, se ha incurrido en una práctica antisindical<sup>18</sup>.

**"DÉCIMO:** Que conforme lo concluido, la denunciada ha vulnerado el artículo 243 inciso 2° del Estatuto Laboral que dispone de manera explícita que "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". Es así como puede advertirse el carácter prohibitivo de la norma transcrita en cuanto no autoriza ni permite el ejercicio del "*ius variandi*", esto es, alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, bajo condiciones que el artículo 12 ya citado, con una clara finalidad de protección al dirigente sindical, con la sola excepción de la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, hecho que no forma parte del asunto controvertido.

En sentencia de fecha 8 de marzo de 2012, en causa Rit S-99-2011, el 2° Juzgado de Letras de Santiago condenó a la empresa por haber trasladado a una

<sup>18</sup> Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de fecha 6 de noviembre de 2014, en causa Rit S-7-2014.

tienda que quedaba a dos cuadras de la otra tienda, en la que una dirigente sindical se desempeñaba como promotora.

La sentencia razona que, al no haber invocado como excepción el caso fortuito o la fuerza mayor, no es relevante que el contrato de la trabajadora señalara que podía desempeñarse en “cualquier tienda”, pues se ha vulnerado una norma prohibitiva. De esta forma, “fuera de las hipótesis” reguladas en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, toda variación unilateral del contrato de trabajo –por nimia que sea– constituye un “atentado a la libertad sindical”:

**“NOVENO:** ...Luego puesto de cargo de la sociedad demandada el desvirtuar, justificar o explicar las alegaciones que indiciariamente lograrse acreditar la demandante, la sociedad demandada, pretendió controvertir la vulneración, atendido la cláusula contractual, que fue transcrita en esta sentencia en el motivo séptimo numeral 6°, por cuanto al existir acuerdo que la trabajadora se desempeñe como promotora en cualquier tienda, no configuraría el supuesto del *lus variandi* y por ende no se da la hipótesis que contempla la norma del artículo 243 del Código del Trabajo, puesto que no alegó la excepción que viene dada por el caso fortuito o la fuerza mayor.

Que esta alegación será desestimada, porque dicha la interpretación llevaría a determinar que estas trabajadoras se encontrarían desprotegidas, atendida la naturaleza de sus funciones, y al tratarse de una norma de garantía de derechos fundamentales debe interpretarse bajo la norma *Pro civis*, esto es, la exégesis debe estar precedida en materia constitucional, en orden de extender de la forma más amplia posible, la protección a los trabajadores, sin importar las funciones que ellos cumplan y sin importar si estuvieron de acuerdo en determinadas condiciones. Para el caso de duda ante la hermenéutica debe inclinarse por la más beneficiosa a la Tutela de Derechos Fundamentales...

...La razón detrás de la norma en cuestión, evidentemente ella es una norma protectora de la actividad sindical, por la cual el legislador ex ante entiende y tipifica que es prohibido fuera de las hipótesis de caso fortuito y fuerza mayor, aplicar las potestades empresariales excepcionales del artículo 12 del Código del Trabajo a los aforados, porque entiende y concluye que fuera de esas hipótesis se ve fuertemente afectada la libertad sindical al permitirse dichas facultades y por ello lo regula, lo prohíbe y no lo deja al análisis casuístico genérico de los eventuales atentados a la libertad sindical.

Luego, necesario es concluir que se afectó la actividad sindical y que necesariamente eso buscaba, lo que es refrendado por la actitud contumaz adoptada por la sociedad demandada, por cuanto la Inspección del Trabajo denunciante, realizó una fiscalización a la sociedad denunciada, constatando que el traslado se verificó fuera de las hipótesis previstas en el artículo 243 del Código del

Trabajo, por lo que en mediación comunicó la ilegalidad en que incurría dicha sociedad y le solicitó la adecuación de su actuar al mandato legal, no allanándose la denunciada, prefiriendo perseverar en su actuar, pese a la opinión contraria del organismo legalmente establecido para la fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral. Lo anterior quedó asentado por la documental no desvirtuada por ningún otro medio probatorio, consistente en el acta de mediación incorporada por la Inspección denunciante de fecha 1° de diciembre de 2011 que si bien no compareció la señora Adones, ante lo cual se constata la ausencia de voluntad del empleador de rectificar su actuar”.

Ahora bien, la sentencia en cuestión a la hora de tasar la multa a aplicar si considera que la vulneración a la libertad sindical no reviste el grado máximo, toda vez que en el proceso no se acreditó “un daño mayor que el propio que se desprende de la vulneración de la norma legal”:

**“DÉCIMO:** Que no constando con otros antecedentes que no sean los propios de este proceso, la multa se regulará dentro de su parte más baja, por no acreditarse un mayor daño causado que el propio que se desprende de la vulneración de la norma legal, puesto que el hecho que alegaron los testigos de la demandada que este cambio afecte la posibilidad de encontrar a la señora Adones por el resto de las socias, pasa porque el sindicato informe la nueva tienda donde se desempeña y no es responsabilidad del denunciado y además no fue acreditada, como se razonó, una merma en sus remuneraciones”.

¿Qué mayor daño podría haberse causado? Nos parece que el sentenciador –quizás sin tener mayor consciencia de ello– ha recurrido a la figura del menoscabo regulada en el artículo 12 del Código del Trabajo. En efecto, si se razona en conformidad con los argumentos vertidos en el considerando noveno antes citado, no queda otra opción que concluir que se ha vulnerado la libertad sindical, toda vez que el ejercicio del *ius variandi* “fuera de las hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor” equivale a un grave atentado a dicha garantía constitucional, sin embargo, el sentenciador recurre precisamente a la figura del menoscabo a la hora de tasar la multa que aplicará a la empresa infractora, considerando para el caso en cuestión que el daño se produce únicamente por la infracción legal.

Es interesante un fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, quien siguiendo esta primera línea de jurisprudencia, decide aplicar el mínimo de multa, ya que estima que la infracción al *ius variandi*, habiendo existido, no parece ser de una entidad tal como para sancionar económicamente a la empresa con una multa mayor<sup>19</sup>:

<sup>19</sup> En este mismo sentido, véase sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de fecha 6 de noviembre de 2014, en causa Rit S-7-2014.

**“DÉCIMO TERCERO:** Aplicación de sanciones. Que, habiéndose determinado por el Tribunal la existencia de una conducta atentatoria de la libertad sindical, según el artículo 292 del Código del Trabajo, correspondiéndole una sanción proporcional con la gravedad de la infracción, siendo aplicable la sanción pecuniaria de multa en un rango de diez a ciento cincuenta Unidades Tributarias Mensuales, y estimando el Tribunal que si bien hay una infracción al derecho protegido por la norma, no hay conductas adicionales merecedoras de un reproche especial, por lo que aplicará una multa apenas sobre el mínimo legal, estimando que el reproche debe ser proporcional a la conducta del empleador.<sup>20</sup>”

También en materia de Reclamación Judicial de Multa, se ha tenido en cuenta la proporcionalidad de la medida adoptada por el empleador a la hora de fijar el valor de la multa, siendo atingente un fallo del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el que decide rebajar una sanción impuesta a la empresa por la Dirección del Trabajo, en un caso de aplicación de *ius variandi* a un dirigente sindical con ocasión de un proceso de reorganización total de la empresa por cambio de giro<sup>21</sup>.

En igual sentido, existe jurisprudencia en que los Tribunales convergen siempre a la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, rechazando o acogiendo las acciones únicamente sobre la base las probanzas relacionadas con el artículo 45 del Código Civil<sup>22</sup>, siendo excepcionales los pronunciamientos que avanzan en una interpretación más amplia de la norma<sup>23</sup>, cuestión que hemos adverti-

<sup>20</sup> Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2010, en causa Rit S-12-2010.

<sup>21</sup> Sentencia de fecha 4 de junio de 2015, en causa Rit I-41-2015: “...Que, sin perjuicio de lo anterior, se ha verificado una modificación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, en circunstancias que conforme al artículo 5° inciso 3° y artículo 7° del Código del Trabajo, debe haber acuerdo entre ambas partes para tal modificación, máxime que además estos trabajadores revisten la calidad de dirigentes sindicales y que en consecuencia conforme a las normas que les son aplicables referidas al fuero, no puede modificarse su jornada de trabajo, además, salvo caso fortuito o fuerza mayor. Que al no tratarse la situación acaecida en la empresa, que derivó en los cambios aludidos, en un caso fortuito o fuerza mayor, en virtud de los antecedentes referidos y al análisis de la prueba aportada por ambas partes, conforme a las reglas de la sana crítica, no cabe sino que concluir que la parte reclamada no incurrió en error de hecho alguno al imponer la misma, pero no obstante ello, en virtud de la solicitud subsidiaria formulada por la demandante, se hace lugar a la rebaja de multa que ha sido solicitada tomando en consideración que tal modificación se produce en un proceso de reorganización total de la empresa, al cambiar su giro de manufacturera o productora a comercializadora y distribuidora, modificándose la jornada de trabajo respecto de todos los trabajadores de la misma, incluso a los que aparecen en la resolución de multa, rebajándose la misma en la forma que se dirá en lo resolutivo de esta sentencia”.

<sup>22</sup> Véase en este sentido Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, de fecha 10 de julio de 2015, en causa Rit S-3-2015; Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 02 de julio de 2010, en causa Rit S-24-2010; Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, de fecha 30 de diciembre de 2009, en causa Rit T-2-2009.

<sup>23</sup> Véase Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 31 de enero de 2014, en causa Rit S-86-2013: “Se encuentra acreditado también que el día 1 de septiembre de 2013 los dirigentes conversaron con el Sr. B. y fueron finalmente los tres trasladados al Terminal S.J.. Dicho terminal y conforme lo acreditado por la demandada se encuentra a 3.1 kilómetro del terminal original o a 6 minutos de distancia. En consecuencia y conforme lo acreditado, existe imposibilidad física y jurídica de continuar prestando servicios en el Terminal René Olivares y no se ha denunciado ni se ha establecido como hecho a probar, en esta causa, que entre la demandada y la empresa de Transporte exista algún tipo de vinculación distinta a

do, parece justificarse en una asimilación de los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor que señalan el citado artículo 243, con el concepto utilizado por el artículo 159 N°6 del Código del Trabajo, lo que parece una equivocación.

### **b) Segundo enfoque jurisprudencial: la vulneración del artículo 243 del Código del Trabajo no constituye necesariamente una práctica antisindical.**

Nuestros tribunales de justicia han resuelto también bajo otros criterios, y han desarrollado una extensa jurisprudencia que distingue nítidamente entre los actos que configuran una práctica antisindical –y que producen una vulneración efectiva a la libertad sindical– y los actos que simplemente contrarían la prohibición establecida en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo.

Se ha generado así una opinión general que no hace necesariamente análoga la transgresión a la prohibición de la norma antes señalada y la vulneración a la libertad sindical. En efecto, al diferenciar entre estos dos ámbitos de infracción, se pone de manifiesto que la vulneración a la garantía constitucional de libertad sindical no se produce per se al ejercer el *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales, fuera de las hipótesis del artículo 243 inciso 2°, ya que se requiere de un ánimo antisindical, el que se advierte sólo mediante el análisis previo de la suficiencia, arbitrariedad, proporción y contenido esencial del derecho protegido.

En este sentido se pronuncia la sentencia de fecha 6 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena, en causa Rit S-6-2012, que resolvió respecto del traslado de un dirigente sindical que había amenazado con ejercer acciones conducentes a cerrar la empresa.

El Juzgado señaló que el empleador había transgredido la norma del artículo 243 inciso 2°, pero que dicha transgresión no era equivalente a una vulneración de las garantías constitucionales de dicho dirigente sindical; que la acción ejercida por el empleador no constituía por sí sola y en su propio mérito una práctica antisindical<sup>24</sup>.

---

la prestación de servicios, por lo que transportes V. es un tercero que ha decidido poner término al servicio prestado por la denunciada, configurándose el imprevisto y en consecuencia se encuentra acreditada la fuerza mayor alegada por la demandada”. En este mismo sentido se pronuncia el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, en sentencia de 25 de septiembre de 2015, en causa Rit O-426-2015, refiriéndose a un caso en que ante la demolición del lugar físico del trabajo, señaló que: “DÉCIMO. Que no es óbice a lo anterior la demolición del lugar físico en donde se desempeñaban los trabajadores demandantes, lo que también se ha establecido como hecho pacífico, y en la contestación de la demanda la empresa demandada reconoce que sigue desarrollando su actividad, página 2 y 3 de 29, pudiendo así entenderse que la reincorporación de los trabajadores debe hacerse en el domicilio que señala la carta de aviso de reincorporación conforme lo dispuesto por el artículo 243 inciso segundo del Código del Trabajo, que permite el *ius variandi* del artículo 12 del mismo cuerpo legal en caso fortuito o fuerza mayor”.

<sup>24</sup> En el mismo sentido, véase Sentencia del Juzgado de Letras de Talagante, de 30 de noviembre de 2014, en causa Rit S-2-2014; 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 29 de agosto de 2014,

**“SÉPTIMO:** ... Y a este respecto cabe recordar que el artículo 243 del Código del Trabajo limita la facultad del artículo 12 del mismo cuerpo legal (*ius variandi*) respecto a los dirigentes sindicales mientras gozan de fuero, de manera que el empleador sólo podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio de la faena, tratándose de estos trabajadores, por caso fortuito o fuerza mayor.

¿Ha trasgredido la demandada esta norma?

La respuesta es obviamente positiva. La demandada reconoce que el trabajador señor Stubing se desempeñaba en la preparación o mezcla de aditivos hasta el 17 de octubre de 2012 y que luego de esa fecha fue trasladado a la recepción del trigo. La justificación que da la denunciada, supuestas amenazas del trabajador, no está dentro de los supuestos que permiten la utilización del *ius variandi*, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, y no resulta atendible sostener como lo pretende la denunciada, que no hubo real cambio porque el trabajador, en sus inicios dentro de la empresa, estuvo asignado a la recepción del trigo, porque lo cierto es que el señor Stubing llevaba largos años desempeñándose en la mezcla de aditivos.

Así las cosas, no hay duda alguna de que la denunciada violentó una norma prohibitiva al trasladar de funciones al que en ese momento se desempeñaba como Presidente del Sindicato.

Ahora bien, el ejercicio del *ius variandi* respecto a un dirigente sindical sin que se den los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor ¿es una práctica antisindical?

Puede serlo, es la respuesta más correcta. Pero no constituye por sí sola una conducta que atente contra la libertad sindical, de manera que resulta necesario acreditar de qué forma el ejercicio del *ius variandi*, prohibido por cierto en el caso del señor Stubing, ha afectado al Sindicato y su funcionamiento y a este respecto no sólo no hay prueba alguna de esta afectación, sino que la Inspección del Trabajo, en la creencia errónea de que la utilización del *ius variandi* siempre es una práctica antisindical, ni siquiera señaló de qué forma el traslado del trabajador señor Stubing podía afectar al sindicato y más aún, todos los antecedentes llevan a la conclusión de que no hay afectación alguna de la libertad sindical. No ha experimentado el Sindicato ninguna perturbación y muy por el contrario, ha censurado a quien era su Presidente, señor Stubing, quien actualmente ya no forma parte de la organización sindical.

---

en causa Rit S-41-2014; Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 12 de julio de 2011, en causa Rit T-129-2011.

En forma muy tardía, la Inspección del Trabajo, en su alegato final, ha intentado infructuosamente reparar su error alegando que es la imagen del Presidente del Sindicato la que ha sido afectada con el traslado, lo que además de extemporáneo constituye nuevamente otro error de apreciación.

Si la Inspección del Trabajo hubiere estudiado adecuadamente los antecedentes, habría podido observar que, en este caso, no era la denuncia por prácticas antisindicales el camino a seguir, sino que simplemente el reclamo por ejercicio abusivo del *ius variandi*. Pese a este error, que nos lleva al rechazo de la denuncia en todas sus partes, no será condenada en costas desde que no cabe duda de que la denunciada no podía obrar como lo hizo”.

Avanzando aun más en el análisis, un fallo del 1<sup>er</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, señaló que el ejercicio del *ius variandi*, en este caso, por cambio de establecimiento de un dirigente sindical, no constituye una práctica antisindical, ya que no se afecta el funcionamiento del Sindicato, ni hay separación ilegal del aforado, ni se ha negado la empresa a otorgar el trabajo convenido<sup>25</sup>.

En el marco de este segundo enfoque jurisprudencial, se ha avanzado igualmente en la consideración respecto de la razonabilidad, en cuanto al ejercicio del *ius variandi*<sup>26</sup>.

En este mismo sentido se pronuncia el Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, en sentencia de fecha 25 de agosto de 2015, en causa Rit S-7-2015, al señalar que el empleador actuó razonablemente al ofrecer un cambio de lugar de prestación de servicios y de jornada a un dirigente sindical que se desempeñaba en un sistema de turnos rotativos de 7x7, toda vez que el contrato con el mandante había terminado por expirar el plazo pactado.

El tribunal reconoce la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, sin calificarla como caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que el lugar de prestación de los servicios sistema de turnos al que estaba sujeto el dirigente sindical estaba vinculado y dependía de la existencia del contrato comercial con el mandante.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que así las cosas, no puede efectuarse al empleador un reproche en cuanto la conducta sea constitutiva de práctica antisindical, puesto que al término del contrato para el cual se desempeñaba el dirigente sindical, por una causa ajena a su voluntad, le ofreció, en atención al fuero que lo ampara, cambiar el lugar de prestación de servicios, en una jornada

<sup>25</sup> Sentencia de fecha 13 de enero de 2014, en causa Rit S-75-2013.

<sup>26</sup> En este sentido, véase sentencias del 1<sup>o</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fechas 21 de enero de 2013 y 8 de febrero de 2012, en causas Rit S-34-2012 y S-90-2011, respectivamente; y Sentencia del 2<sup>o</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 29 de octubre de 2011, en causa Rit S-59-2011.

que solo podía cumplirse en un sistema de distribución de 5x2 (cinco días de trabajo por dos de descanso), situación que, de acuerdo a las características y circunstancias en que se produce, puede encuadrarse dentro de aquellas que la propia ley laboral permite respecto de trabajadores aforados, pues, el artículo 243 del Código del Trabajo expresamente consagra la posibilidad del empleador de hacer uso de las facultades establecidas en el artículo 12, conocida como *ius variandi*, respecto de directores sindicales, cuando se verifiquen situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, de modo que una cosa es que la denunciada haya incurrido en una conducta que puede considerarse contraria a la ley, y otra distinta es que esta sea constitutiva de práctica antisindical, entendiendo que con la actividad de la empresa, materializada en no otorgar el trabajo convenido, no se ha afectado la libertad sindical, puesto que ha quedado suficientemente demostrado que la totalidad de los contratos por los cuales la denunciada prestaba servicios para las divisiones de Codelco Chile, en esta región, concluyeron el 30 de abril y 30 de mayo respectivamente, y constituyen una justificación suficiente de su actuar, de manera que es procedente rechazar la denuncia intentada.

Otra sentencia reconoce la posibilidad de ejercer de forma razonable el *ius variandi* respecto de un dirigente sindical, cuando se trata de tomar las medidas necesarias para asegurar la protección cuando media una denuncia de acoso sexual<sup>27</sup>.

Como contracara al reconocimiento de razonabilidad en el ejercicio del *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales, alguna jurisprudencia se inclina por graduar el ejercicio de dicha potestad, de forma de considerar que se incurre en práctica antisindical tan sólo cuando el ejercicio del *ius variandi* es abusivo:

<sup>27</sup> Sentencia del Juzgado de Letras de Talagante, de fecha 2 de diciembre de 2013, en causa Rit S-1-2013: Décimo Noveno: Que en relación al segundo hecho que fundamenta la denuncia de práctica antisindical, esto es la negativa de reincorporar al trabajador Juan Pino Sanhueza en las mismas funciones en que se desempeñaba, cabe señalar que tal conducta se encuentra amparada en instrucciones que la misma denunciante Inspección del Trabajo le impartió, según da cuenta el Reservado 06 de fecha 16 de agosto del 2013, en donde le indica que se acreditó acoso sexual por parte de don Juan Pino Sanhueza y “En virtud de lo señalado, por la presente se solicita a la Empresa mantener las medidas de resguardo adoptadas durante la investigación, toda vez que las que fueron adoptadas se estiman insuficientes por parte de este servicio...” Que apreciando dicha prueba documental conjuntamente con la absolución de posiciones rendida en autos, y de la testimonial de las partes, apreciada toda conforme a las reglas de la sana crítica, ha quedado establecido que la empresa denunciada está y estuvo llana a reincorporar en todo momento al trabajador Juan Pino en labores, pero modificando sus funciones, sin desmedro de su remuneración, jornada laboral ni jerarquía. Que la modificación que hace la empresa de las funciones asignadas al trabajador Juan Pino aparecen justificadas por la conducta de acoso sexual que la denunciante Inspección del Trabajo tuvo acreditada, a fin de resguardar a la trabajadora víctima, y amparada además en el *ius variandi* del empleador, que se ejerce en forma racional, justificada, proporcionada, y evitando el mínimo impacto en el trabajador afectado con el cambio de funciones. En síntesis, este sentenciador concluye con la prueba rendida apreciada conforme a las reglas de la sana crítica que la denunciada estuvo llana a reincorporar al trabajador en todo momento, pero que es el trabajador quien se niega a ser reintegrado, toda vez que desconoce las facultades del empleador para hacer uso de la facultad del *ius variandi*.

**DÉCIMO:** ... En ese sentido, cabe despejar, en primer lugar, que si bien en el informe de fiscalización, más precisamente en el informe de exposición, se señala que el empleador cambió el lugar de prestación de servicios unilateralmente, la denuncia que da origen al proceso judicial menciona el no otorgamiento de trabajo convenido como la calificación de los hechos señalados, para luego citar la disposición del artículo 243 del Código del Trabajo, en cuanto a la proscripción del ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador respecto de los dirigentes sindicales. Tal confusión entre la actuación administrativa, la calificación del hecho efectuada en la denuncia y el derecho citado, se resuelve por la abogada de la parte actora al formular las observaciones a la prueba, al centrar el objeto de la litis en el no otorgamiento de trabajo convenido, al inicio de su intervención. Así las cosas, no cabe sino señalar que, el cambio de ruta de un dirigente sindical que, durante años, se desempeñó en una determinada zona geográfica, podría constituir un ejercicio ilegal del *ius variandi*, mas no una falta de otorgamiento de trabajo convenido, puesto que este último consiste en la eliminación absoluta, para el trabajador afectado, de la posibilidad de prestar los servicios que se acordaron entre las partes, por cualquier forma. De contrario, el ejercicio ilegal o abusivo del *ius variandi* significa la alteración de la naturaleza de los servicios prestados o el sitio en que ellos deben llevarse a cabo, sin cumplir con los requisitos previstos en el artículo 12 y, en este caso, sin que se verifiquen las condiciones excepcionales previstas por el artículo 243, ambos del Código del Trabajo. De lo anterior no cabe sino concluir que los hechos sobre los que versó la discusión de la causa y que se acreditaron en autos, esto es, la eliminación de la ruta de la quinta región, servida por el Sr. Miranda, y su traslado a una ruta en la Región Metropolitana, no configuran la infracción legal denunciada.

Sin perjuicio de ello, y dado el manto de dudas con que quedó establecida la litis, simplemente cabe indicar que tampoco es posible estimar que hubo, de parte de la denunciada, un ejercicio abusivo del *ius variandi* que constituya una práctica antisindical, por cuanto la eliminación de una ruta determinada, por motivos económicos, es un acto del empleador en el ejercicio de sus facultades, que quedó suficientemente justificado a través de la prueba rendida en autos. No obrando antecedente alguno que permita establecer que la eliminación de la ruta a la quinta región atentó en contra de la libertad sindical del Sindicato de Trabajadores N° 1 de Empresa Pancho Villa S.A., al no constar de la prueba que la organización se haya visto afectada en alguna forma por dicho cambio; como tampoco que se haya tratado de un acto que haya ido en perjuicio del dirigente Sr. Miranda al mantenerse sus remuneraciones conforme se razonó en el considerando octavo y reducirse su doble jornada de trabajo, al no estar obligado a pernoctar fuera de la ciudad en que vive, no es posible entender que se configura alguna de las situaciones previstas por el artículo 289 del Código

del Trabajo, ni que se trasgrede lo estatuido en el artículo 1 del Convenio N° 135 de la OIT<sup>28</sup>.

De lo dicho, se observa que esta línea de decisión judicial avanza en profundizar el criterio de la razonabilidad a la hora de medir las consecuencias de la legislación evitando la proliferación de resultados indeseados<sup>29</sup>, más aún cuando la legislación laboral otorga importantes herramientas de protección a

<sup>28</sup> Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 8 de febrero de 2012, en causa Rit S-90-2011.

<sup>29</sup> Véase en este sentido la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5.678-2008: "Que, como ya lo ha resuelto esta Corte en la causa Rol 5001-2008, con relación a lo que se ha venido exponiendo, "no resulta atendible la argumentación esgrimida en el recurso acerca de que, con arreglo a lo dispuesto en la señalada norma del artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos, las municipalidades sólo estarían autorizadas para decretar la canalización subterránea de las líneas de conducción ya existentes, no así de aquéllas que se instalaren en el futuro; por no conciliarse semejante razonamiento con dos criterios lógicos de inveterada raigambre en la hermenéutica judicial: el principio "*a fortiori*", según el cual, quien puede lo más puede lo menos ("*qui potest plus, potest minus*") y el principio "*ad absurdum*", que proscribiera cualquiera interpretación que lleve a conclusiones absurdas";" (considerando 7°). "Que como fue considerado en dicha causa, "el primero de los criterios enunciados cobra vigencia al fijarse el verdadero alcance que corresponde reconocer al artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos en cuanto a que, si permite a la autoridad municipal ordenar la canalización de las líneas aéreas de conducción eléctrica ya existentes, lo que obliga a emprender el doble trabajo de desmontar primero las estructuras actuales para emplazar, luego, las instalaciones de reemplazo bajo tierra, con mayor razón debe entenderse que esa norma autoriza para que las instalaciones futuras se realicen desde ya, inicialmente, bajo la modalidad subterránea. Otra interpretación que, obviamente, ha de descartarse para conducir a lo absurdo, obligaría para dar aplicación a la norma en comento, que las futuras líneas de conducción eléctrica se instalaren primeramente a través de construcción aérea y, en seguida, se proceda a su sustitución por el emplazamiento subterráneo" (considerando 8°). Y en el mismo sentido sentencia de la Corte Suprema Rol N° 352-2013: "Que para que el sentenciador pueda conocer el conflicto derivado del incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato de marras y resolver si procede declarar resuelto dicho contrato debe, naturalmente, abocarse primero a delimitar el contenido de dichas obligaciones, lo que supone interpretar la voluntad de las partes, manifestada en el convenio que les dio origen. Este proceso hermenéutico no puede ser delegado o entregado a un juez distinto, ya que forma parte de una misma actividad jurisdiccional y constituye un presupuesto indispensable para la decisión del conflicto, de modo que la artificiosa distinción que propone el Tribunal de Alzada en la sentencia cuestionada, fundada únicamente en la confusa redacción de la cláusula compromisoria que las partes han convenido, no puede ser aceptada. Por lo demás, tal conclusión supone a su vez interpretar la cláusula compromisoria, lo que, de conformidad a la tesis que proponen los jueces, llevaría a la absurda constatación de que tal asunto tampoco podría haber sido conocido por la justicia ordinaria;" (Corte Suprema, considerando 9°). Véase también sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6.058-2008: "Que así entonces, de efectuarse una interpretación literal del artículo 18 A de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible, disposición que establece que la interposición del recurso de reposición suspende el plazo para reclamar, resultaría que podría darse entonces la absurda situación que la interposición de un recurso jerárquico interrumpe el plazo para reclamar judicialmente, que comienza a correr de nuevo desde el momento de la notificación de lo que se resuelva o desde que se estime desestimado por el transcurso del plazo; y en cambio, el recurso de reposición no, pese a que el jerárquico puede interponerse conjuntamente con él, en forma subsidiaria;" (Considerando 4°). "Que por el contrario, una interpretación sistemática de tal disposición, atento lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, haciéndolo compatible con el espíritu de la legislación en lo que a las reclamaciones administrativas se refiere, según ya se ha indicado, nos lleva a concluir que no queda más que entender que si bien el legislador utiliza el término suspender, el efecto de la interposición del recurso de reposición es en verdad la interrupción del plazo para reclamar judicialmente de la resolución;" (Considerando 5°). "Que así entonces, habiéndose interpuesto este recurso de reclamación el 29 de febrero pasado, al décimo día hábil luego de notificada la resolución por la que se negó lugar al recurso de reposición interpuesto, éste lo fue en forma oportuna." (Considerando 6°).

la labor sindical, siendo la vía principal el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Se trata en definitiva de incorporar en el análisis la cuestión del objetivo, razón o proporcionalidad de la decisión del empleador, ya que son esas las consideraciones que el procedimiento de tutela de derechos efectúa o exige a partir del artículo 485 del Código del Trabajo. Lo anterior es, además, concordante con la legislación comparada.

En efecto, el derecho español adopta un vocabulario o concepto similar al regular la modificación unilateral de las condiciones de trabajo en el artículo 41 del Estatuto de Trabajadores, al disponer que “la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”<sup>30</sup>.

Jurisprudencia inglesa avanza en similar línea, en el caso “*Catamaran Cruisers Ltd v. Williams*” se concluye que el cambio al contrato de trabajo puede verse razonablemente justificado por razones de índole económica<sup>31</sup>.

En efecto, la tendencia latinoamericana comparada de la regulación en materia de *ius variandi* se inclina por la adopción de la categoría de razonabilidad, frente a una versión meramente tarifaria de las medidas que puede adoptar el empleador en el ejercicio de dicha facultad<sup>32</sup>.

Especialmente interesante resulta ser el artículo 66 de la Ley del Contrato de Trabajo de Argentina que dispone que “*El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido*”

<sup>30</sup> Véase en este sentido SALA FRANCO, Tomás, PEDRAJAS QUILES, Antonio, *La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 20 y ss.

<sup>31</sup> En dicha sentencia se apoya la tesis siguiente: “an employer can, without incurring liability for unfair dismissal, unilaterally impose variations to the contract of employment for ‘business reasons so pressing that it was absolutely vital for the employer’s business the terms be accepted’, something that is strikingly similar to the Italian notion of *extrema ratio*”. Véase FREEDLAND, Mark, KOUNTOURIS, Nicola, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 211; En este mismo sentido véase CABRELLI, David, *Employment Law in Context: Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 221.

<sup>32</sup> Desde la perspectiva del derecho uruguayo puede consultarse a MOREIRA ROCCA, Danubio, “Jus Variandi. Con especial énfasis en las tendencias jurisprudenciales”, en *Derecho del Trabajo*, T.I., V.V.A.A., fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 334-335.; También el derecho argentino incorpora como elemento determinante del ejercicio del *ius variandi* la razonabilidad de la medida adoptada por el empleador: “La ausencia de razonabilidad en el ejercicio del *ius variandi* genera, sin más, la violación de la falta de perjuicio al trabajador. Todo ejercicio del poder de dirección empresarial que, so capa de aplicación del *ius variandi* carece de razonabilidad, causa inevitablemente un perjuicio al trabajador”. (C.Civ. y Com. Paraná [Entre Ríos], noviembre 16-1995; “*Descamps Gustavo c. Laboratorios Tuma SRL*”).

*sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.”. Sobre lo anterior, se señala que “La medida debe ser razonable, tiene que ser funcional, responder a una necesidad lógica de explotación de la empresa y estar vinculada a la protección de bienes y servicios: puede alterarse el contrato para efectuar una reorganización, para modernizar la producción o informatizar un área determinada. Debe existir una razón valedera: no se admite una actitud basada en el mero interés o simplemente caprichosa; lo que está prohibido es el uso arbitrario, aquel que no se basa en necesidades funcionales o en el interés colectivo de la empresa”<sup>33</sup>.*

## **5. Efectos del sistema de tutela en la resolución de conflictos del *ius variandi***

Como está dicho, y conforme se observa de la segunda línea de jurisprudencia ya revisada, la aplicación del sistema de tutela como mecanismo único de solución de los conflictos de derechos fundamentales, y particularmente en el caso que plantea el ejercicio de *ius variandi* sindical, no sólo debe ser preferida por las ventajas ya enunciadas (juicio de razonabilidad y/o de preservación de la bilateralidad del proceso laboral), sino también por cuanto intenta superar las limitaciones de una interpretación y/o aplicación formal del artículo 243 inciso 2 del Código del Trabajo.

En materia de caso fortuito o fuerza mayor, ciertamente hay un amplio abanico de situaciones en las que, aunque no se cumple exactamente con las notas propias de dichos institutos, el empleador se encuentra en la “necesidad”, sino enfrentado a una única alternativa, de variar unilateralmente algunas de las cláusulas del contrato de trabajo respecto de su personal, incluidos trabajadores amparados o titulares del cargo de dirigente sindical.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de una reorganización empresarial por las condiciones de mercado; en el caso en que expire el contrato de arrendamiento del local en el que se presta el servicio; o que sea muy conveniente económicamente el cambio de establecimiento; que la empresa, analizando el mercado, determine que se dejará de producir un determinado bien o que se externalizará una función o parte de sus actividades; que el mandante de una empresa contratista termine un contrato comercial o que prohíba la entrada de un trabajador que es dirigente sindical, por algún motivo justificado.

<sup>33</sup> GRISOLIA, Julio Armando, HIERREZUELO, Ricardo Diego, *Derechos y Deberes del Contrato de Trabajo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 111.

Como se puede apreciar de la lectura de los ejemplos planteados –y teniendo en cuenta además la inabarcable gama de situaciones análogas, algunas ya tratadas en la jurisprudencia citada–, todos ellos imponen al empleador la *necesidad de realizar* las adecuaciones y de disponer de un margen mínimo de discrecionalidad inherente al poder de mando y dirección que le reconoce la ley, obviamente dentro de los límites impuestos por el artículo 12 del Código del Trabajo; cambios estos que tienen o pueden tener, además, un impacto en un grupo ampliado de trabajadores, y no únicamente en la persona del dirigente sindical.

Se trata en definitiva de situaciones que podrán no calificar estrictamente como caso fortuito o fuerza mayor en los términos del derecho común, pero que imponen o exigen al empleador un cambio operacional o una decisión que afecta o pueden afectar la mayor de las veces a un universo de personas, y no sólo a quienes cuentan con fuero sindical, muchas de ellas impuestas, además, externamente o por decisión de terceros. Así, la necesidad que motiva el *ius variandi* podrá provenir de los mandatos de razonabilidad impuestos por una situación propia del manejo del negocio bajo ciertos criterios ineludibles.

De lo anterior, podemos entonces y desde una perspectiva general, distinguir dos fuentes de la “necesidad” a que hacemos alusión: una *extrínseca*, como cuando alguien es llevado a realizar una conducta movido por una causa externa, y otra *intrínseca*, cuando alguien es compelido por la razonabilidad de un objeto y no puede dejar de escogerlo por razón de su conveniencia.

En todos los casos que hemos ejemplificado, el empleador se encuentra frente a una “necesidad” de actuar. En este sentido, es tan necesario para el empleador cambiar el lugar donde se prestan servicios cuando encuentra otro lugar con iguales características, en el mismo barrio, pero por la mitad del precio, como cuando un terremoto o incendio arrasa el lugar donde se prestaban los servicios. Como se ha indicado, la aplicación del *ius variandi* “puede justificarse por la necesidad que la empresa tiene de flexibilizar su actividad para su mejor funcionamiento, dado los requerimientos de administración”<sup>34</sup>.

Por el contrario, si se sigue la regla impuesta por el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, cuando expire el arrendamiento del lugar donde se prestan los servicios, sin posibilidad de renovación, no se podrá cambiar de lugar al dirigente sindical sin su aquiescencia.

Todo ello pone de manifiesto entonces los inconvenientes reales que puede acarrear el entendimiento exclusivamente formal y restrictivo del artículo 243

<sup>34</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003, p.269.

inciso 2° y que, como hemos visto, caracteriza invariablemente la posición de la jurisprudencia administrativa.

Por su parte, y si bien la jurisprudencia judicial ha hecho esfuerzos por resolver de modo razonado el conflicto que plantea la coexistencia del artículo 243 inciso 2° en conato con el procedimiento de tutela laboral, podemos sostener que dicha labor parece no arribar a una solución efectiva del problema, por cuanto si bien ha podido resolver y calificar cuándo el *ius variandi* aplicado al dirigente sindical constituye o no una afectación a la libertad sindical, se ha visto impedida igualmente de hacer válida la modificación contractual intentada por el empleador, precisamente en razón de la coexistencia de la norma prohibitiva del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo.

Así, y sea por vía de la aplicación estricta de la citada norma, o por resolución del conflicto por el camino de la tutela, se ha terminado siempre arribando a un criterio de inamovilidad funcional y/o geográfica del dirigente sindical, sólo con la diferencia que para algunos casos las facultades ejercidas por la empleadora han sido tenidas como práctica antisindical –con las consecuentes sanciones aparejadas a dicha calificación–, en tanto que una posición más benevolente sólo se ha limitado a no calificarlas como tales, pero sin resolver, en verdad, nada sobre la coexistencia de dichos sistemas o sobre la razonabilidad o justificación de la medida empresarial, a no ser para la sola evaluación de la multa.

De lo expuesto, nos parece importante profundizar o insistir en el juicio de razonabilidad a la hora de medir las consecuencias de la legislación y en la necesidad imperativa de aplicar las normas evitando la proliferación de resultados inadecuados –que es aquello que efectivamente ampara el procedimiento de tutela–, más aún cuando la legislación laboral otorga herramientas de protección a la labor sindical, lo que hace necesario plantear la necesidad de mantener o no una disposición normativa que pugna con la necesidad y derecho del empleador de poder justificar la razonabilidad de sus decisiones.

## 6. Conclusiones

De lo expuesto, podemos entonces concluir lo siguiente.

- a) La norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo exige una interpretación armónica con los demás institutos vigentes en materia de protección de derechos fundamentales, en particular con la disposición del artículo 485 inciso 3 del mismo Código.
- b) El juicio de razonabilidad y respeto al contenido esencial del derecho protegido es una exigencia que el legislador ha impuesto a toda decisión del empleador, quedando la norma en cuestión –243 inciso 2° del Código

del Trabajo—, al margen de dicha consideración, siendo una disposición que no se integra al ordenamiento de protección laboral vigente.

- c) La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha adoptado una visión meramente restrictiva y formal de la norma, que no considera ni evalúa los criterios que el legislador impone a la hora de determinar si existe o no una vulneración de derechos fundamentales.
- d) La jurisprudencia judicial ha desarrollado por su lado dos líneas divergentes de interpretación de la norma y del alcance de sus efectos y su interacción con los demás mecanismos de tutela de derechos, en pos de la protección al ejercicio de la libertad sindical.
- e) Que cualquiera sea la línea de jurisprudencia que se adopte, el tenor literal de la norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo determina irremediabilmente en una inamovilidad funcional o geográfica del trabajador dirigente aforado, en algunos casos, aparejada de una sanción por práctica antisindical, y en otros con el mero reproche de haberse infringido una norma prohibitiva, pero en caso alguno se avanza en una solución que permita integralmente ofrecer una herramienta eficaz a las partes del contrato de trabajo y que considere un legítimo y razonado ejercicio del *ius variandi* sindical.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

CABRELLI, David, *Employment Law in Context: Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, “El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XLV, 2015, 2° semestre.

DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XXXVI, 2011, 1er Semestre.

FERA, Mario Silvio, NAVARRO, Marcelo Julio, RODRIGUEZ NOVO, Daniel, “Ius Variandi”, en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, AbeledoPerrot, Santiago, 2012.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, WALTER DÍAZ, Rodolfo, “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral” en *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, N° 2, diciembre 2011.

FREEDLAND, Mark, KOUNTOURIS, Nicola, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

GRISOLIA, Julio Armando, HIERREZUELO, Ricardo Diego, *Derechos y Deberes del Contrato de Trabajo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Contrato individual de trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2007.

LIZAMA PORTAL, Luis, *Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2005.

MELLA CABRERA, Patricio, DOMINGUEZ MONTOYA, Alvaro, "Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, xxxix, 2° Semestre, 2012.

MOREIRA ROCCA, Danubio, "Jus Variandi. Con especial énfasis en las tendencias jurisprudenciales", en *Derecho del Trabajo*, T. I., V.V.A.A., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

SALA FRANCO, Tomás, PEDRAJAS QUILES, Antonio, *La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SARTHOU, Helios, *Trabajo, derecho y Sociedad*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

SIERRA HERRERO, Alfredo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile", en V.V.A.A. *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014.

THAYER ARTEAGA, William, NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*. T. I, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

TOLEDO CORSI, César, *Tutela de la Libertad Sindical. En especial de la sanción de las Prácticas Antisindicales. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Legal Publishing Chile, 2013, Santiago.

*Tutela de la libertad sindical*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

UGARTE CATALDO, José Luis, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xxxiii, segundo semestre, 2009.

"La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", en *Revista de Derecho*, Vol. xx, N° 2, diciembre 2007.

*Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Legal Publishing Chile, 2009, Santiago.

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