

DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 7734(401)/97 ✓

3351

185

ORD. Nº _____/_____

MAT.: No resulta legalmente procedente convenir en el contrato de trabajo una cláusula que establezca que el empleador se reserva el derecho para rebajar en forma unilateral la jornada de trabajo acordada por las partes.

ANT.: Presentación de 22.04.97, de Sr. Gastón Ormeño Karzulovic

FUENTES:

Código del Trabajo, artículos 5, inciso 2º, 10 Nº 5, 12 inciso final, 24 y 29.

Código Civil, artículo 1545

CONCORDANCIAS:

Dictámenes Nº 2665, de 23.11-.82, 5795, de 30.11.83.

SANTIAGO,

09 JUN 1997

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SR. GASTÓN ORMEÑO KARZULOVIC
VALENTIN LETELIER Nº 1392, OF. 64
SANTIAGO/

Mediante presentación del antecedente, ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento acerca de si resultaría procedente convenir en el contrato de trabajo una cláusula que establezca que el empleador se reserva el derecho para rebajar en forma unilateral la jornada de trabajo acordada por las partes

Hace presente que a su juicio dicha estipulación sí se ajustaría a derecho por cuanto respondería a un "ius variandi voluntario entre los contratantes".

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 10 Nº 5 del Código del Trabajo, prevé:

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

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

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

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

De las disposiciones legales precedentemente transcritas y, de acuerdo con la doctrina reiterada y uniforme de esta Dirección se colige que la duración y distribución de la jornada de trabajo constituye una cláusula mínima del contrato de trabajo, la que como tal, no puede ser modificada o suprimida sino por consentimiento mutuo de las mismas partes.

Corroborando lo expuesto anteriormente el precepto del artículo 1545 del Código Civil, que prescribe:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

De la norma civil preinserta se infiere también que un acto jurídico bilateral sólo puede ser dejado sin efecto mediante el mutuo consentimiento de las partes contratantes o a través de una causa legal que lo invalide.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que en forma excepcional nuestro ordenamiento jurídico laboral ha contemplado la posibilidad de que el empleador unilateralmente introduzca alteraciones al contrato de trabajo, entre otras, en materia de jornada de trabajo, pero exclusivamente dentro de los márgenes y en las condiciones previstas por el legislador, y que son a saber:

1) Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos.

2) Para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, en determinadas medidas de emergencia.

3) Tratándose del sector comercio, en los periodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades

En efecto, tratándose del primer caso, el inciso final del artículo 12 del Código del Trabajo, dispone:

"Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos".

De la disposición legal preinserta se infiere que, excepcionalmente el legislador ha concedido al empleador la facultad de modificar unilateralmente la distribución de la jornada de trabajo, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, hasta en 60 minutos, lo cual, solamente le está permitido de mediar la concurrencia copulativa de dos requisitos, a saber: a) que existan circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa, establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, y b) que se de aviso al trabajador de la alteración con una anticipación mínima de treinta días.

En cuanto al segundo caso señalado en párrafos que anteceden, cabe señalar que el artículo 29 del referido cuerpo legal, señala:

"Podrá excederse la jornada ordinaria, pero en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

"Las horas trabajadas en exceso se pagarán como extraordinarias"

De la disposición legal anotada se infiere que el legislador ha autorizado al empleador, en los casos de emergencia que ésta contempla, para prolongar la jornada ordinaria de trabajo, en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena.

Fluye asimismo del precepto transcrito, que el tiempo que los dependientes deban laborar como consecuencia de la extensión de su jornada ordinaria se considera

legalmente como extraordinario, debiendo, por tanto, pagarse con el recargo legal correspondiente

Finalmente, y un tercer caso en que se permite al empleador modificar la jornada de trabajo pactada, se encuentra contemplada en el artículo 24 del texto legal citado, que señala:

"El empleador podrá extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas diarias en los periodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades. En este caso las horas que excedan el máximo señalado en el inciso primero del artículo 22, o la jornada convenida, si fuere menor se pagarán como extraordinarias."

"Cuando al empleador ejerciere la facultad prevista en el inciso anterior no procederá pactar horas extraordinarias".

De la disposición legal precedentemente transcrita se infiere que el legislador ha facultado al empleador para extender, excepcionalmente, en la oportunidad y con los límites señalados en la misma disposición, la jornada ordinaria de trabajo de los dependientes del comercio.

Se desprende, asimismo, que dicha facultad, en cuanto a su extensión y oportunidad, se encuentra limitada a los periodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades.

Ahora bien, dichas atribuciones del empleador para modificar unilateralmente alguna de las condiciones convenidas en el contrato de trabajo es lo que doctrinariamente se denomina "ius variandi" y que ha sido definida por los tratadistas como "la facultad que tiene el empleador, derivada de su potestad o poder de dirección, para alterar unilateralmente los límites de la prestación de trabajo".

Dicho de otro modo, el "ius variandi" rompe la consensualidad del contrato de trabajo, al permitir al empleador, modificar bajo las modalidades previstas por el legislador, las condiciones acordadas por ambos contratantes, de lo cual se sigue, entonces, que resulta insostenible un ius variandi convencional como lo plantea el consultante, por ser éste una potestad del empleador.

Finalmente es del caso señalar que el "ius variandi" no puede en caso alguno dejar de ser una legítima manifestación de la facultad de mando del empleador, puesto que

de ser así pasaría a ser un abuso del derecho, en cuyo caso al trabajador le asistiría el derecho a oponerse a tales exigencias, lo que se denomina en doctrina el "ius resistendae".

En la especie, de acuerdo a información proporcionada los contratantes habrían pactado una jornada ordinaria de trabajo de 48 horas semanales, de manera tal que a la luz de lo expuesto en párrafos que anteceden, preciso es concluir que la única forma de alterar dicha jornada es contando con la anuencia tanto del empleador como de los trabajadores, o bien concurriendo alguna de las situaciones que legalmente permiten al empleador en virtud del ejercicio del ius variandi modificar las condiciones pactadas por los contratantes.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que no resulta legalmente procedente convenir en el contrato de trabajo una cláusula que establezca que el empleador se reserva el derecho para rebajar en forma unilateral la jornada de trabajo acordada por las partes.

Saluda a Ud.,



Maria Ester Feres
MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

BDE/sda

Distribución:

Jurídico

Partes

Control

Boletín

Deptos. D.T.

Subdirector

U. Asistencia Técnica

XIII Regiones

Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social

Sr. Subsecretario del Trabajo