

ALGUNAS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA NORMATIVA LABORAL SOBRE EL COVID-19

ALFREDO SIERRA HERRERO*
ROBERTO CERÓN REYES**

RESUMEN: La aplicación del principio de la buena fe puede ayudar a la correcta observancia de la regulación laboral referida al COVID-19, y procurar así la debida protección del trabajador frente a los legítimos intereses empresariales. En particular, en este trabajo se analiza: la suspensión del contrato frente a aquellos de trabajadores contratados para prestar servicios desde el domicilio, el deber de secreto empresarial durante la suspensión del contrato, el ius variandi especial que puede operar durante la vigencia de Ley N° 21.227, y el derecho de desconexión contenido en la Ley N° 21.220.

PALABRAS CLAVES: Principio de buena fe, secreto empresarial, ius variandi.

I. INTRODUCCIÓN

Como es evidente la pandemia producida por el denominado “coronavirus” (COVID-19) ha ocasionado trastornos de diversa especie en toda la población. Las distintas organizaciones internacionales y los gobiernos

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor titular de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y profesor invitado en Magíster en Derecho del Trabajo y Previsión Social, Universidad de Concepción.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Historia del Derecho e Historia de las Instituciones de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Este artículo también forma parte de la obra colectiva “La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile) 1990-2020”, editada por Tirant lo Blanch.

de turno del mundo entero se han volcado a tomar una serie de decisiones tendientes a impedir una propagación indiscriminada y letal del virus y, así, mitigar sus mortales efectos.

En este contexto, las consecuencias laborales y económicas del COVID-19 pueden sintetizarse en: riesgo para la salud de los trabajadores, desempleo y recesión. La brusca disminución de la actividad económica ha significado la pérdida de muchas fuentes de trabajo, elevándose las tasas de desempleo a cifras históricas¹.

Frente a este escenario, en lo que se refiere al ámbito laboral, en nuestro país se dictaron dos leyes: la primera, la Ley N° 21.220, que incorpora un nuevo capítulo al Código del Trabajo (en adelante CdT), relativo al “trabajo a distancia y teletrabajo”²; la segunda, la Ley N° 21.227, que “Faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales”, y que es conocida en el foro como la “Ley de protección al empleo” (en adelante LPE).

En relación con la LPE, puede decirse que parte importante de su objetivo es que, frente a la crisis que puedan estar viviendo las empresas, se puedan conservar puestos de trabajo mediante su reconducción a la figura de la suspensión de contrato de trabajo, y evitar así el despido de los trabajadores. El autor español Mercader Uguina sostiene que el fundamento de la suspensión se encuentra relacionado con el principio de estabilidad en el empleo, ya que a través de este mecanismo se busca “impedir que determinadas situaciones que imposibilitan coyunturalmente prestar trabajo ocasionen la ruptura definitiva del contrato”³.

En efecto, uno de los aspectos más novedosos que introduce dicha ley es la regulación de la suspensión temporal de la relación laboral acompañada de la posibilidad para el trabajador de acceder a las prestaciones del seguro de desempleo.

¹ En Chile, el desempleo a nivel nacional alcanzó un récord histórico de 8,2% para el trimestre enero-marzo 2020. Es el mayor en 10 años. Se espera que la tasa se empine sobre los dos dígitos. Véase: https://www.cnnchile.com/economia/desempleo-chile-82-enero-marzo-2020_20200430/, [consultado el 30 de mayo de 2020].

² Véanse artículos 152 quáter G y ss., CdT.

³ MERCADER UGUINA, Jesús, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 554.

La nueva reglamentación ha generado muchas dudas en cuanto a su interpretación, y a este respecto nos parece relevante la aplicación del principio de la buena fe con miras a la correcta observancia de dichas normas, y procurar así la debida protección del trabajador frente a los legítimos intereses empresariales. En este orden, la buena fe se presenta “como un útil instrumento jurídico para imponer obligaciones de conductas complementarias al empleador, así como para individualizar su alcance concreto”⁴. Por su parte, respecto del trabajador, le impone “la obligación de abstenerse de todo acto que pueda perjudicar al empleador y de cumplir aquellos que tiendan a la protección de los intereses de éste”⁵.

A través del presente trabajo no pretendemos analizar todos los aspectos de la LPE, sino sólo ciertas cuestiones que nos parecen necesarias de enfocar a la luz del principio de la buena fe, con miras a su correcta aplicación. En particular, trataremos los siguientes temas: la suspensión del contrato frente a aquellos de trabajadores contratados para prestar servicios desde su hogar; el deber de secreto empresarial durante la suspensión del contrato; el *ius variandi* especial que puede operar durante la vigencia de LPE; y, por último, haremos referencia al derecho de desconexión contenido en la Ley N° 21.220 antes mencionada.

II. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL TRABAJO EN EL PROPIO DOMICILIO

1. Antecedentes

La Ley N° 21.227 contempla dos tipos de suspensiones del contrato de trabajo; una, que podríamos denominar “legal”, y, otra, “convencional”. La primera, opera de “pleno derecho o por el sólo ministerio de la ley” (cfr. inc. 1° art. 3° art. LPE) como consecuencia de un acto o declaración del Subsecretario de Hacienda (cfr. inc. 2° art. 1° LPE) que “establezca medidas sanitarias o de seguridad interior para el control de la enfermedad denominada COVID-19, que impliquen la paralización de actividades en

⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 210.

⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Uruguaya, Montevideo, 2015, p. 340.

todo o parte del territorio del país y que impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados”, (inc. 1º art. 1º)⁶. Como contrapartida de esta suspensión, se permite a los trabajadores afiliados al seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, que puedan acceder a las prestaciones de este régimen (inc. 1º art. 1º LPE), según se detalla en el art. 2º de la LPE.

Así, si una empresa está comprendida dentro de este acto de autoridad, y no está exceptuada, necesariamente tiene que paralizar sus actividades y, como consecuencia de ello, se suspenden las relaciones laborales que mantiene con sus trabajadores.

Con todo, dicha suspensión no afecta a las que podríamos denominar empresas esenciales, que se encuentran exceptuadas de la paralización de actividades por las funciones de utilidad pública que cumplen para la población⁷.

Igualmente, esta suspensión no se aplicará respecto de aquel trabajador que, “al momento de dictarse el acto o la declaración de la autoridad, hubiere suscrito con su empleador un pacto que permita asegurar la continuidad de la prestación de los servicios durante la vigencia de este evento (...), y que implique continuar recibiendo todo o parte de su remuneración mensual (inc. 3º art. 1º)”. Esta excepción está pensada, principalmente, para aquellos trabajadores que puedan continuar prestando sus servicios, vía remota, desde sus domicilios, en buena medida, a través del teletrabajo⁸.

Como apuntábamos, también se contempla la suspensión convencional del contrato de trabajo. Se dispone así que se podrá estipular un “pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo” en caso de “los empleadores cuya actividad se vea afectada total o parcialmente” (cfr. inc. 1º art. 5º LPE). Este pacto se puede suscribir con cada trabajador personalmente, o previa consulta a la organización sindical a la que se encuentren afiliados (cfr. inc. 1º art. 5º LPE).

Es necesario destacar que no es posible suscribir este pacto, si la empresa se encuentra comprendida dentro de un acto de autoridad que importa una suspensión legal (cfr. inc. 1º art. 1º LPE). Luego, si se suscribe el pacto suspensivo y, con posterioridad la empresa es afectada por un acto auto-

⁶ Resoluciones Exentas N°s. 88 y 33 del Ministerio de Hacienda.

⁷ Véase inc. final art. 3º LPE. Asimismo, véase el art. 2º de las Resoluciones Exentas N°s. 88 y 33 del Ministerio de Hacienda.

⁸ Véase Dictamen N° 1.762/008 de 3 de junio de 2020.

ridad, la suspensión legal se superpondrá a la convencional (cfr. inc. 3º art. 5º LPE).

La ley no desarrolla mayormente qué se entiende por estar afectado total o parcialmente. Ahora bien, parece obvio que la afectación de la actividad se tiene que producir por los efectos del COVID-19, ya que el motivo de esta regulación consiste en enfrentar laboralmente esta contingencia; por lo demás, el título I de la misma, donde se reglamenta la suspensión convencional, se denomina “Efectos laborales de la enfermedad COVID-19”.

Sobre este punto, se incorporó un nuevo inc. 3º al art. 5º de la LPE, que contiene una presunción de afectación parcial “cuando en el mes anterior a la suscripción del pacto sus ingresos por ventas o servicios netos del Impuesto al Valor Agregado hayan experimentado una caída igual o superior a un 20% respecto del mismo mes del año anterior”⁹. Lamentablemente la presunción sólo se pensó para el caso de una afectación económica, y no se contempló el supuesto de una contingencia relativa a la salud de los trabajadores. A pesar de ello, pensamos que la empresa también puede verse afectada por problemas sanitarios, como consecuencia de un brote de la infección en sus dependencias que amerite una suspensión convencional para evitar el contagio del resto de los trabajadores.

2. Trabajo en el domicilio, excluido de la suspensión legal

La suspensión legal no opera en los siguientes casos:

a) Trabajadores que trabajen en sus domicilios: todos aquellos trabajadores que han sido contratados precisamente para prestar sus servicios en sus domicilios, por ejemplo, vía teletrabajo, quedarían excluido de esta clase de suspensión. Lo anterior, debido a que no se estaría, en estricto rigor, en el supuesto de la ley para que se produzca la suspensión legal. Recordemos que para ello se requieren dos requisitos copulativos del acto de autoridad (Resolución del Ministerio de Hacienda): a) que implique la paralización en todo o parte del territorio del país y; b) que impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados” (inc. 1º art. 1º LPE). Ciertamente, una persona que presta servicios desde su hogar vía teletrabajo, no cumple con el requisito descrito en la letra b), toda vez

⁹ Inciso incorporado por el artículo 1º N° 5 letra a) de la Ley N° 21.232.

que la paralización dictada para un territorio no impide, en este caso, que pueda continuar realizando sus servicios.

b) Trabajadores con pacto de continuidad: esta suspensión no se aplicará respecto de aquel trabajador que, al momento de dictarse el acto o la declaración de la autoridad, hubiere suscrito con su empleador un pacto que permita asegurar la continuidad de la prestación de los servicios durante la vigencia de este evento (...), y que implique continuar recibiendo todo o parte de su remuneración mensual (inc. 3º art. 1º LPE). Esta excepción está pensada, principalmente, para aquellos trabajadores que puedan continuar prestando sus servicios, vía remota, desde sus domicilios, en buena medida, a través del teletrabajo¹⁰.

Cabe subrayar que el empleador no puede recurrir en estos casos a la suspensión legal. Si lo hace podría estar incurriendo en un ilícito con connotaciones penales (cfr. art. 14 LPE). En este sentido, se advierte que la propia configuración penal da cuenta de una infracción de deslealtad contraria a la buena fe, pues la misma iría en perjuicio de los trabajadores¹¹.

En cuanto a si en estos casos se podría pactar la suspensión convencional, es necesario efectuar las consideraciones siguientes. En primer lugar, respecto de los trabajadores con pacto de continuidad, no podrían suscribir la suspensión si se encuentra vigente el pacto indicado. De esta forma, sólo sería posible celebrar la suspensión, si el pacto en cuestión se deja sin efecto de común acuerdo, o bien, si éste pierde su vigencia, ya que estaba sujeto a un plazo que ha finalizado. En segundo lugar, tratándose de los trabajadores contratados a domicilio, nos parece que sí se podría pactar la suspensión convencional. Ahora bien, en ambos casos se requiere cumplir, evidentemente, la condición habilitante consistente en que la empresa, producto de la pandemia, se ha visto afectada total o parcialmente para llevar a cabo sus actividades, según ya explicamos. Si esta condición no se cumple, la empresa estaría inhabilitada para proponer la estipulación de este pacto, aun cuando ambas partes se encuentren de acuerdo.

Es importante subrayar que el mecanismo de las suspensiones analizadas, dado su carácter excepcional, debe operar sólo en los supuestos para los que ha sido contemplado, toda vez que durante ese período el trabajador se

¹⁰ Dictamen N° 1.762/008 de 3 de junio de 2020.

¹¹ DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 269.

encuentra en una situación desmejorada, principalmente, por dos motivos: a) las prestaciones por desempleo son inferiores (y de forma decreciente) a las remuneraciones estipuladas, y además los ahorros para la cesantía se van agotando; b) la inactividad laboral no permite que se lleve a cabo la ocupación contratada. En tal sentido, los autores argentinos Grisolí y Hierrezuelo afirman que la aplicación de la buena fe a un caso concreto implica “la exclusión de todo acto que lleve la intención perjudicar al otro contratante o implique de algún modo el ejercicio antifuncional de los derechos y potestades conferidos a las partes”¹².

Justamente, entre las manifestaciones concretas del deber del empleador derivadas de la buena fe, se menciona el deber de dar la ocupación efectiva contratada al trabajador¹³. Esta obligación del empleador consiste en “brindar trabajo efectivo y adecuado a la categoría o función que cumple el trabajador”¹⁴. Es necesario subrayar, que tras el derecho del trabajador a ejecutar la “ocupación” para la cual fue contratado, se encuentra no sólo una cuestión de índole económico, sino que la idea de que el trabajo trasciende el aspecto únicamente económico. Consideraciones como las expuestas se utilizan cuando el empleador no permite que el trabajador desarrolle su tarea asignada en su contrato –aun cuando se siga pagando su remuneración–, afirmándose así que “el contrato de trabajo tiene, además del económico, un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas, y entre estas obligaciones ético-jurídicas, de responsabilidad del empleador, cabe destacar, entre otros, el deber de ocupación efectiva y adecuada y, en general, el de protección al dependiente y respetar su honra y dignidad personal”¹⁵.

Se sostiene que, como consecuencia del deber de ocupación, el empleador tiene que adoptar todas las diligencias necesarias para posibilitar que el trabajador ejecute su trabajo. En tal sentido, se indica que deberá

¹² GRISOLÍA, Julio y HIERREZUELO, Ricardo, *Derechos y Deberes en el Contrato de Trabajo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 13.

¹³ GRISOLÍA y HIERREZUELO, *op. cit.*, p. 20. En el mismo sentido, CONDE MARÍN, Emilia, *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo*, La Ley, Madrid, 2007, p. 302.

¹⁴ GRISOLÍA y HIERREZUELO, *op. cit.*, p. 263. CONDE MARÍN, Emilia, *op. cit.*, p. 304.

¹⁵ Corte Suprema 30 noviembre de 2005, rol N° 4125-2004. Normalmente se trata se casos donde el trabajador demanda su despido indirecto, pues el empleador no le permite trabajar en lo que fue contratado con miras a forzar su renuncia.

ir adecuando las posibilidades de la empresa a las circunstancias que “afecten su marcha e impidan la normal ejecución de su labor por parte de los trabajadores”¹⁶.

III. LA SUSPENSIÓN Y EL DEBER DE SECRETO

Como se sabe, nuestro Código del Trabajo no contiene un apartado referido a la suspensión del contrato de trabajo, a diferencia de otros ordenamientos (*infra*). Más bien, esta figura es posible advertirla en diferentes materias de dicho cuerpo normativo, como, por ejemplo; la huelga, el servicio militar, etc. Nuestra doctrina nacional la entiende como “la cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o de pagar la remuneración, en su caso, o de ambas a la vez, impuestas, subsistiendo el vínculo contractual”¹⁷.

La ley se refiere a los efectos de la suspensión (legal o convencional), que implicará “(...) el cese temporal, por el período de tiempo que el acto o declaración de autoridad determine, de la obligación de prestar servicios por parte del trabajador y de la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyan remuneración, señaladas en el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, por parte del empleador”¹⁸.

Como se advierte, la suspensión implica la inexigibilidad de las obligaciones recíprocas básicas durante el tiempo que ésta tenga duración. Es decir, la prestación de servicios y el pago de remuneraciones. Pero ¿qué sucede con otra clase obligaciones que pueden ser parte de un contrato de trabajo, en particular, el deber de reserva o confidencialidad?

En relación a esta inquietud, consideramos que la obligación de secreto o de confidencialidad se mantiene vigente durante el período de la suspensión del contrato de trabajo, de acuerdo a las consideraciones que explicaremos a continuación.

Como se sabe, no existe en el CdT una norma específica que establezca este deber para el trabajador. En otros ordenamientos, como el argentino, se

¹⁶ GRISOLÍA y HIERREZUELO, *op. cit.*, p. 268.

¹⁷ ROJAS, Irene, *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 374.

¹⁸ Dictamen N° 1.762/008 de 3 de junio de 2020.

contempla expresamente ese deber del trabajador en la legislación laboral. Así, la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, en su artículo 85, titulado “Deber de Fidelidad”, dispone: “El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte”¹⁹.

Por otro lado, en España sucede algo similar a nuestra situación, ya que no existe una norma en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) que contenga en particular el deber de secreto. No obstante, como lo señalan Sala Franco y Todolí, “doctrina y jurisprudencia coinciden unánimemente en reconducirlo al deber genérico de buena fe contractual del trabajador” que se encontraría presente en diversas disposiciones del ET²⁰. De esta suerte, se han calificado como contrarios a ese deber “la obtención de información reservada a través de consultas al ordenador, revelar secretos conocidos por razón del cargo o, en fin, comunicar información reservada de la empresa”²¹.

Nuestra doctrina nacional también mantiene ese criterio. En efecto, Thayer y Novoa estiman que, en virtud del principio de buena fe, el trabajador tiene un deber de fidelidad que lo obliga a no difundir “secretos industriales”, que no sería una obligación que integra la “naturaleza” del negocio jurídico, sino, más bien, parte de los deberes esenciales y principales del contrato de trabajo²². En esa línea, Irureta sostiene que en virtud de la buena fe el trabajador debe cumplir con deberes de cooperación para con la empresa, entre los que se encuentran el deber de secreto, que obliga a guardar la debida confidencialidad y discreción sobre determinados asuntos o informaciones de las cuales tome conocimiento el trabajador en razón de su cargo²³.

¹⁹ Véase GRISOLÍA y HIERREZUELO, *op. cit.*, pp. 497 y ss.

²⁰ SALA FRANCO, Tomás, y TODOLÍ, Adrián, *El deber de los trabajadores de no violar los secretos de la empresa y los acuerdos de confidencialidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 37.

²¹ MERCADER UGINA, *op. cit.*, pp. 599 y 600.

²² THAYER, William, y NOVOA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, T. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 424.

²³ IRURETA, Pedro: “Vigencia del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo chileno”, *Ius et Praxis* 17, 2011, 2, p. 163.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha manifestado un criterio similar, al señalar que “las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, de buena fe, principio del cual se encuentra imbuida toda nuestra legislación”, agregando que las partes de una relación laboral tienen deberes “que si bien no han sido explicitados en el texto del contrato pertinente o consensuados expresamente, emanan de la naturaleza de la relación laboral, por ejemplo, que ninguna de las partes actuará en perjuicio o detrimento de la otra”²⁴. Situados estos criterios específicamente en materia de confidencialidad, la Corte de Santiago señaló que el “deber de lealtad que tienen los trabajadores con su empleador” implica, entre otras, “la obligación de guardar el secreto de información de importancia que pertenezca al empleador”²⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, si se pretende que un trabajador guarde secreto de cierta información de la empresa, resulta aconsejable la suscripción de una cláusula de confidencialidad. En efecto, esta clase de pactos constituyen la mecánica jurídica por excelencia para preservar el carácter secreto de una información. En nuestra opinión, en gran medida, la importancia de la cláusula de confidencialidad reside en que permite especificar con claridad cuáles son las materias que la empresa considera confidenciales²⁶. A este respecto, conviene señalar que los nuevos ordenamientos comparados que regulan esta materia destacan este punto. Así, por ejemplo, en España, la Ley N° 1/2019 sobre “Secretos empresariales”, dispone que una “información o conocimiento” para que se considere secreto empresarial, entre otros aspectos, requiere “haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto” (cfr. art. 1.1.c Ley N° 1/2019).

Una vez terminado el contrato, dicho riesgo empresarial se mantiene, pues el extrabajador puede haber estado en contacto con información o antecedentes confidenciales que puede difundir después de terminada la relación laboral. Es más, puede existir mayor riesgo de divulgación cuando

²⁴ Corte Suprema, 11 de noviembre de 2009, rol N° 6611-2009. En el mismo sentido, Corte Suprema 18 de octubre de 2012, rol N° 821-2012.

²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 1996, rol N° 3366-1994.

²⁶ SIERRA, Alfredo, “Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2° semestre, 2013, pp. 155 y ss.

el contrato de trabajo ha finalizado, ya que el nivel de compromiso de un trabajador con su empleador se ha enervado considerablemente, sobre todo en supuestos de despidos²⁷. De esta suerte, Alonso Olea y Casas Baamonde afirman que los secretos relativos a la explosión y negocios deben perdurar tras la extinción del contrato de trabajo²⁸. En esa línea, Salas Franco y Todolí explican que el secreto empresarial pertenece a “la propiedad inmaterial de la empresa”, de manera que aun cuando el trabajador tuviera acceso al mismo, no tiene derecho llevárselo consigo, ya que no es su titular²⁹.

Sobre esta base, si el deber de secreto se mantiene con posterioridad al término del contrato, con mayor razón éste sigue siendo exigible si el contrato continúa, aun cuando se encuentre suspendido. A este respecto, la doctrina comparada considera que, durante el período de suspensión, dada la permanencia del vínculo contractual, empresario y trabajador siguen sometidos a las exigencias de buena fe, entre las cuales se encuentra, como se ha señalado, el deber de secreto o reserva. Se concluye así que la vigencia de estos deberes y obligaciones puede justificar la imposición de sanciones disciplinarias e incluso el despido del trabajador durante los períodos de suspensión de su contrato de trabajo³⁰.

IV. SOBRE LOS ALCANCES DEL *IUS VARIANDI* ESPECIAL

Previamente recordemos que el *ius variandi* consiste en aquella “manifestación del poder de dirección del empleador, consistente en la potestad de este último de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador”³¹.

El art. 20 LPE contempla lo que podríamos denominar un *ius variandi* especial y transitorio, de acuerdo a los siguientes términos:

²⁷ SIERRA HERRERO, *op. cit.*, p. 166.

²⁸ ALONSO, Manuel y CASAS, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2006, p. 370.

²⁹ SALA, Franco y TODOLÍ, Signes, *op. cit.*, p. 96.

³⁰ MERCADER UGUINA, *op. cit.*, p. 555.

³¹ MOREIRA, Danilo. “*Ius variandi* (con especial énfasis en las tendencias jurisprudenciales)”, *Derecho del Trabajo*, T. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 353.

“Los empleadores cuyas empresas o establecimientos que, durante la vigencia de las normas del título I de la presente ley, deban continuar funcionando, conforme a la resolución a que se refiere el inciso segundo del artículo 1º, para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la salud, el abastecimiento de bienes esenciales, la alimentación o la seguridad de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales y sanitarios, podrán alterar la naturaleza de las funciones que deberán desempeñar sus trabajadores durante dicho periodo, resguardando siempre los derechos fundamentales de éstos.

Una vez finalizado el plazo establecido en el inciso anterior se reestablecerán, de pleno derecho, las condiciones contractuales originalmente convenidas teniéndose por no escrita cualquier disposición en contrario”.

Como se observa, las empresas que están facultadas para aplicar dicha norma son aquellas que “deban continuar funcionando, conforme a la resolución a que se refiere el inciso segundo del artículo 1º”. Es decir, la facultad conferida por esta ley recae exclusivamente en los empleadores cuyas empresas o establecimientos, al tenor de las Resoluciones Exentas N°s. 88 y 133 del Ministerio de Hacienda, deban continuar desarrollando sus actividades por la importancia que representan para la utilidad pública³².

Se trata, en primer lugar, de una hipótesis que se aparta parcialmente de aquella prescrita en el art. 12 del CdT que, como se sabe, contempla la figura del *ius variandi* en términos generales³³. Las diferencias entre el *ius variandi* del art. 20 LPE y el art. 12 CdT son las siguientes: a) el primero sólo se refiere a un cambio de funciones, en cambio el segundo establece que, además de las tareas, es posible modificar también el lugar de trabajo o la jornada; b) respecto del cambio de funciones, el primero contiene como única limitación que no afecte los derechos fundamentales del trabajador, en cambio el segundo, fija ciertos límites consistentes en

³² En el apartado segundo de ambas resoluciones, se indican las actividades que deben operar. Se encuentran agrupadas por rubros: i) salud, ii) emergencias, iii) servicios de utilidad pública, iv) alimentos y comercio esencial, v) transportes, vi) seguridad, vii) prensa, viii) educación y ix) otros.

³³ El CdT informa de otros casos de *ius variandi* especial. Así, el art. 89 referido a los trabajadores agrícolas; los artículos 117 y 118 sobre el contrato de embarco; y el art. 152 ter D en el caso de los tripulantes de vuelo y cabina. Véase MELIS, Christian y SÁEZ, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, LegalPublishing, Santiago, 2009, p. 86.

que tiene que tratarse de labores “similares”, y que no puede implicar un “menoscabo” para el trabajador.

En cuanto a la duración de esta modificación contractual, se dispone que en ningún caso podrá durar más allá de la vigencia de la ley, reestableciéndose de pleno derecho las iniciales funciones de trabajo acordadas, al punto que se tendrá “por no escrita cualquier disposición en contrario” (cfr. inc. 2º art. 20 LPE).

La buena fe cumple un rol relevante a la hora de interpretar y aplicar este precepto. En tanto principio general del derecho, en la órbita del derecho del trabajo, ésta se configura “(...) como un verdadero telón de fondo que permite completar el acuerdo de las partes y circunscribir el ejercicio de los derechos subjetivos”³⁴. Se trata así de un principio que recubre los derechos, obligaciones, deberes y facultades que discurren en el marco de la contratación laboral. En consecuencia, esta modificación unilateral del contrato debe ejercerse en consonancia con este principio.

En primer lugar, a propósito del ejercicio mismo de la facultad. Como se ha dicho, el *ius variandi* es expresivo, para algunos, del poder de dirección del empleador; poder empresarial que debe enmarcarse en el contrato de trabajo y ejercerse correctamente. En este sentido, esta modificación unilateral del contrato debe ser, ante todo, razonable, lo que sugiere un ejercicio conforme con la ley, no abusivo o contrario a la buena fe³⁵.

Bajo estas circunstancias, a la hora de determinar las nuevas labores que asumirá el trabajador, la buena fe podría operar en su vertiente interpretativa de normas jurídicas³⁶. A diferencia de la regulación general del artículo 12 del CdT, que autoriza al empleador a alterar las funciones del trabajador a “condición de que se trate de labores similares”, el precepto que ahora comentamos no señala nada a este respecto.

Así las cosas, el empleador podría solicitar al trabajador nuevas funciones completamente distintas a las que desempeña. Con todo, pensamos que estas nuevas tareas tienen que ser “adecuadas”, tanto en relación a la capacidad física del trabajador, como asimismo a su cualificación profe-

³⁴ IRURETA, *op. cit.*, p. 156.

³⁵ IRURETA, *op. cit.*, p. 165; GARCÍA, Jordi. “La vigencia del principio de la buena fe en las relaciones laborales”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N° 7, 2013, pp. 69-71 y 122.

³⁶ IRURETA, *op. cit.*, pp. 143-154. GARCÍA, *op. cit.*, pp. 63-68.

sional que se vincula con el nivel salarial³⁷. De esta forma, tal exigencia de adecuación limita razonablemente el ejercicio de este *ius variandi* a labores de los trabajadores que, incluso cuando sean diferentes con las contratadas, puedan ser asumidas por éstos, sin que pueda resultar afectada su integridad física y psíquica, como a su vez, que sí se trate de servicios que van a poder cumplir correctamente.

Por último, cabe apuntar que el art. 20 LPE no prohíbe, en forma expresa, que el cambio de funciones importe un “menoscabo”, como sí sucede con el art. 12 CdT. Sin embargo, pensamos que por la aplicación del principio de la buena fe, igualmente, no resultaría posible que el ejercicio de la esta facultad pueda perjudicar al trabajador, ya sea que se trate de un menoscabo económico, físico o moral³⁸. En efecto, una de las manifestaciones de este principio implica excluir “todo acto que lleve la intención de perjudicar al otro contratante”³⁹. Por consiguiente, la buena fe operaría como límite a un eventual *ius variandi in peius* o abusivo⁴⁰. Aquí el acento estriba en el daño causado, materializado en la idea de menoscabo. Este último sería todo hecho o circunstancia que afecte negativamente al trabajador, “tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución de ingresos”⁴¹. El empleador, al evitar cualquier daño en el uso de esta facultad, no se expondría a un eventual y legítimo derecho de resistencia del trabajador⁴², sobre todo si la decisión atenta contra la salud y vida de este último.

V. SOBRE EL DERECHO A DESCONEXIÓN LABORAL

Uno de los aspectos novedosos de la Ley N° 21.220 sobre el trabajo a distancia o teletrabajo, se refiere al reconocimiento expreso del derecho a desconexión laboral (cfr. inc. final art. 152 quáter J CdT).

³⁷ GRISOLÍA y HIERREZUELO, *op. cit.*, p. 265.

³⁸ MELIS, y SÁEZ, *op. cit.*, pp. 88-89.

³⁹ GRISOLÍA y HIERREZUELO, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 324.

⁴¹ Dirección del Trabajo, Ord. N° 4.428/173, de 22 de octubre de 2003. En sede judicial, Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de abril de 2016, rol N° 49-2016.

⁴² MOREIRA, *op. cit.*, p. 358.

Cabe apuntar que se trata de un derecho estrechamente ligado con la regulación legal del tiempo de trabajo y el respeto a los descansos legalmente establecidos. En efecto, la regulación de la jornada de trabajo y los descansos deberían ser suficientes para evitar este problema, ya que fuera del horario de trabajo, los trabajadores no tienen la obligación de atender los requerimientos vía telefónicas o por e-mail efectuados por la empresa, compañeros, o clientes.

Sin embargo, en la actual era digital el criterio expuesto resulta de difícil aplicación para los trabajadores. Y es que nos encontramos ante un fenómeno de hiperconexión que no sólo está presente en el ámbito laboral, sino que permea en todos los quehaceres de las personas en general, en especial a partir de la proliferación de los teléfonos inteligentes o *smartphones*. En este contexto, se advierte que las nuevas tecnologías están provocando que se desdibuje, y en ocasiones casi desaparezca, la línea divisoria entre la vida personal y laboral del trabajador⁴³. Evidentemente, ello importa un detrimento de los derechos de los trabajadores, que verán poblarse su tiempo de descanso de compromisos laborales y obligaciones derivadas del contrato de trabajo⁴⁴. Todo lo cual termina repercutiendo en la salud física y mental de quienes se encuentra en esta situación.

Por estos motivos, se plantea la necesidad de regular el derecho a la desconexión laboral frente a la realidad existente de una prolongación (también en lo virtual) de la jornada de trabajo.

En este escenario, es que la ley citada se hace cargo de este fenómeno en los siguientes términos:

“Tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún

⁴³ AGUILERA, Raquel y CRISTÓBAL, Rosario: “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, 2017, Vol. 2, p. 333.

⁴⁴ MARTÍNEZ, Nora: *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, Pamplona, 2011, p. 29.

caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores”. (Cfr. inc. final art. 152 quáter J CdT).

Como se observa, este derecho se contempla sólo para los teletrabajadores y trabajadores a distancia que están excluidos de la limitación de jornada.

No concordamos con esta forma de reconocer este derecho, nos parece que lo acertado hubiera sido contemplarlo para toda clase de trabajadores, sean o no teletrabajadores –o trabajadores a distancia–, sea o no trabajadores excluidos de la limitación de la jornada de trabajo.

Los problemas de la hiperconexión y sus implicancias en la falta de limitación real de la jornada de trabajo afectan también a los trabajadores que prestan sus servicios en las dependencias de la empresa, pues estos trabajadores en ningún caso se encuentran ajenos a la utilización de herramientas digitales en sus tareas, las que precisamente conllevan que se produzca la misma problemática que implicó reconocer el derecho a desconexión legalmente. Es decir, estos trabajadores siguen recibiendo mensajería o comunicación electrónica fuera de su horario de trabajo, en períodos de descansos entre jornadas diarias, semanales y feriado anual.

Con todo, aunque se haya reconocido este derecho sólo para los teletrabajadores en las circunstancias antes indicadas, esto no importa que el resto de los trabajadores sí puedan verse afectados por comunicaciones (o requerimientos) provenientes de la empresa, durante sus períodos de descansos.

En tal sentido, consideramos que teniendo en cuenta el principio de buena fe, no sería posible entender que los trabajadores, a los que la norma citada no alude, no gocen igualmente del derecho a la desconexión. Recordemos que el reconocimiento legal del derecho a desconexión viene a ser, más bien, un reforzamiento del derecho a descanso, que, como hemos apuntado, se está viendo trastocado por el uso de la tecnología digital en los diferentes empleos. Justamente, una de las manifestaciones de este principio, desde la perspectiva del empleador, consiste en la protección de la salud física y psíquica de sus trabajadores⁴⁵. Por esto, sería contrario a este deber, sin lugar a dudas, el no respetar el ejercicio cabal de los descansos laborales, ya que conspiraría la integridad del trabajador.

⁴⁵ IRURETA, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

En este orden, Irureta afirma que este deber es de mayor entidad que el común exigible en los contratos bilaterales, ya que el empleador no sólo tiene que tomar todas las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de sus trabajadores, sino que también debe hacerlo de manera eficaz, (cfr. art. 184 CdT)⁴⁶.

Respecto a cómo se concreta el derecho, se dispone que “el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos” (cfr. art. 152 quáter J CdT). Como se aprecia, la desconexión se traduce en el derecho de “no responder” del trabajador. Ahora bien, nos preguntamos, ¿es posible afirmar que existe una desconexión del trabajo, si se siguen recibiendo mensajes más allá de la jornada laboral, no obstante que el trabajador tenga el derecho a no responder? A lo menos una desconexión desde el punto de vista gramatical no se consigue. Cabe indicar que la palabra “desconectar”, en la acepción que nos interesa, importa “interrumpir la conexión entre dos o más cosas”⁴⁷, o “dejar de tener relación, comunicación, enlace, etc.”⁴⁸. Es evidente que, si al trabajador se le envían mensajes fuera de su horario de trabajo –aunque no los conteste– no es posible decir que se interrumpió la conexión –la relación, la comunicación, o enlace– entre trabajador y trabajo; toda vez que se produce igualmente una alteración del descanso del trabajador, según explicamos.

De acuerdo con lo expuesto, para que sea realmente efectivo este derecho de desconexión, se requeriría no sólo que no exista la obligación de no responder, sino además de no enviar comunicaciones fuera de la jornada de los trabajadores. En efecto, si hablamos de una intervención de la empresa en esta cuestión; primero, es obvio que no puede obligar a sus trabajadores a responder comunicaciones del entorno del trabajo; segundo, habría que procurar que tales comunicaciones no lleguen a destino durante los tiempos de descanso.

Esto último tendría que lograrse mediante la aplicación de los procedimientos y dispositivos en tal dirección. En cuanto a los procedimientos,

⁴⁶ IRURETA, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, 2014, voz “desconectar”, segunda acepción. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=GilsITP>.

⁴⁸ *Ibid.*, voz “desconectar”, quinta acepción.

básicamente deberían apuntar a reglamentar el uso de las comunicaciones digitales con el objeto que éstas no se envíen fuera de los horarios de trabajo, salvo en casos excepcionales, como puede suceder con ciertos cargos, o supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. En cuanto a los dispositivos, en buena medida, deberían referirse a mecanismos informáticos que permitan impedir que mensajes enviados fuera de la jornada lleguen a su receptor.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, Raquel y CRISTÓBAL, Rosario, “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, 2017, Vol. 2.
- ALONSO, Manuel y CASAS, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2006.
- CONDE, Emilia, *La buena fe en el contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2019.
- DIÉGUEZ, Gonzalo, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- GARCÍA, Jordi, “La vigencia del principio de la buena fe en las relaciones laborales”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, Nº 7, 2013.
- GRISOLÍA, Julio y HIERREZUELO, Ricardo, *Derechos y Deberes en el Contrato de Trabajo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.
- IRURETA, Pedro, “Vigencia del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo chileno”, *Ius et Praxis* 17, (2011) 2.
- MARTÍNEZ, Nora, *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), Pamplona, 2011.
- MELIS, Christian y SÁEZ, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*. LegalPublishing, Santiago, 2009.
- MERCADER, Jesús R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MOREIRA ROCCA, Danilo, “*Ius variandi* (con especial énfasis en las tendencias jurisprudenciales)”, *Derecho del Trabajo*, T. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

ROJAS, Irene, *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Uruguaya, Montevideo, 2015.

SALA FRANCO, Tomás y TODOLÍ, Adrián, *El deber de los trabajadores de no violar los secretos de la empresa y los acuerdos de confidencialidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SIERRA, Alfredo, “Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2º semestre, 2013.

THAYER, William, y NOVOA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.