

La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al *ius variandi* extraordinario

Guillermo Boza Pró

Profesor principal de Derecho del Trabajo de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO

1. Naturaleza y función del contrato de trabajo.- 2. La posibilidad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo. El ius variandi empresarial.- 3. El ius variandi extraordinario. La necesaria remisión a los actos de hostilidad.- 4. La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo. Breve análisis de la remuneración, el tiempo de trabajo, el lugar de trabajo y la función desempeñada por el trabajador.- 5. Conclusiones.- 6. Bibliografía.

Quiero agradecer a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo por la invitación que me formulara para presentar una de las ponencias oficiales del VI Congreso Nacional en el tema de *Las modificaciones de las condiciones de trabajo por iniciativa del empleador*. Se trata de un tema trascendental en el desarrollo de la relación laboral y son múltiples las posibles formas de abordarlo. Yo lo haré desde la función que cumple el contrato de trabajo y la naturaleza del Derecho Laboral en la regulación de las prestaciones comprometidas por las partes y, a partir de ello, me centraré en las particularidades a las que, desde mi posición, debería estar sujeta la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo por iniciativa del empleador (*ius variandi* extraordinario) en nuestro ordenamiento jurídico.

1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Nuestro ordenamiento jurídico no establece una definición del contrato de trabajo. El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), referido al contrato de trabajo, se limita a exigir para su existencia la concurrencia de tres elementos: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación. De concurrir efectivamente estos elementos, se presume que el contrato es de duración indeterminada¹. Dichos elementos son denominados esenciales por la doctrina, puesto que la ausencia de alguno de ellos haría que estemos ante un contrato de naturaleza distinta a la laboral. En ello radica su esencialidad, en la necesaria concurrencia de todos elementos citados. Sin embargo, esto no supone desconocer que, de estos tres elementos, la nota distintiva del contrato de trabajo es, sin duda alguna, la subordinación. Como señala Supiot, no es un elemento más de su definición, “es el elemento que lo distingue de todos los contratos”².

Ahora bien, la falta de una definición del contrato de trabajo no nos impide acercarnos a una delimitación conceptual de dicha figura. Como todo contrato, el de trabajo supone un acuerdo de voluntades entre un trabajador y su empleador que da inicio a la relación de trabajo y establece los derechos y obligaciones a los que deben sujetarse ambas partes³. Formulamos aquí algunas preguntas iniciales: ¿Cuán determinante es en realidad lo pactado entre las partes para el desarrollo

¹ La llamada presunción de “laboralidad” no la consagra esta norma sino la Ley Procesal del Trabajo (LPT), la misma que en su artículo 23.2 establece que: “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

² SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo (Traducción de Patricia Rubini-Blanco), Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 71.

³ Como señala Arce, según nuestra legislación (concretamente los artículos 140 y 219 del Código Civil, a falta de legislación expresa en el ámbito laboral), “no puede haber contrato de trabajo sin cumplir los requisitos de consentimiento de los contratantes, objeto cierto y fin lícito”. ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho individual del trabajo en el Perú, Palestra editores, Lima, 2013, p. 418. El propio autor resalta que el objeto del contrato es la delimitación de la prestación de servicios comprometida por el trabajador.

de la relación de trabajo?, ¿Cuál es la verdadera función del contrato de trabajo y cómo incide en la ejecución del mismo? Responder estas interrogantes nos llevará, como veremos seguidamente, a adentrarnos en la naturaleza misma del Derecho del Trabajo.

Veamos. Kahn-Freund señalaba que el Derecho “es una técnica de regulación del poder social”, y que el poder, entendido como “la capacidad de dirigir realmente la conducta de otros”, tiene una desigual distribución en cualquier sociedad⁴. En palabras del propio autor, no hay sociedad “sin subordinación de algunos de sus miembros a otros, sin mando y obediencia, sin personas investidas [tanto en el ámbito público como privado] de la facultad de dictar normas y de tomar decisiones (...) y de asegurar su cumplimiento”⁵. Esta es una realidad que calza perfectamente para el Derecho del Trabajo como para cualquier otra disciplina, porque esa relación de *mando y obediencia*, de *potestad normativa*, de *toma de decisiones* y de *subordinación*, están claramente presentes en la relación de trabajo⁶. Y no solo eso, esta relación de subordinación es la clave para entender las consecuencias que se derivan de tal contrato.

Todo contrato surge de la autonomía de los sujetos que lo conciertan, pero lo peculiar del contrato de trabajo no está en su génesis, es decir, de dónde o cómo nace, sino en lo que las partes comprometen en dicho contrato. Y es que la singularidad —y paradoja— del contrato de trabajo es el uso de la libertad de una persona para someterse a otra. Como señala Goldín: “El contrato de trabajo significa libertad en la medida en que expresa el poder del hombre sobre sí mismo para comprometer sus esfuerzos, pero implica también sometimiento, en cuanto hace posible el predominio de mayor poder de un hombre sobre otro”⁷. El contrato de trabajo supone pues, o legitima, una relación de desigualdad entre las partes del contrato: uno manda y el otro obedece. Se trata, por cierto, de una particularidad consustancial y necesaria a la relación de trabajo.

Como es sabido, el contrato de trabajo al regular una relación jurídica económica entre dos partes, posee unas características bien señaladas: el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador para que este la dirija, a cambio del pago de una retribución. Esto genera una relación de sujeción en la que el trabajador somete su libertad a un tercero para que este (el empleador) dirija su actividad. Es claro que se trata de una sumisión estrictamente jurídica y voluntaria, que no afecta la personalidad del trabajador, quedando incólumes los derechos inherentes a la persona del trabajador (dignidad, honor, intimidad y el resto de derechos que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye a la persona

⁴ KAHN-FREUND, Otto. Trabajo y Derecho (Traducción de Jesús M. Galiana Moreno), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 48.

⁵ Loc. cit.

⁶ Loc. cit.

⁷ GOLDIN, Adrián, “Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio”, en: *Thémis*, núm. 65, Lima, 2014, p. 33.

humana)⁸. Pero esta relación contractual tiene también una finalidad económica porque, con sus servicios, el trabajador pretende generar los medios materiales o bienes económicos necesarios para su subsistencia; y, al mismo tiempo, hay un aprovechamiento de la fuerza laboral de ese trabajador por parte del empleador, para que este consiga también un fin económico. Esta clara relación de intercambio, de naturaleza onerosa (trabajo por retribución, trabajo por cuenta ajena), es por necesidad subordinada, no podría funcionar de otra manera, porque esta es la forma que tiene el empleador de garantizar el éxito de su emprendimiento económico⁹. El trabajador se priva voluntariamente “de su libertad en la ejecución del trabajo”¹⁰. Por lo tanto, cuando nos enfrentamos a un contrato de trabajo, no estamos en absoluto ante a un vínculo entre iguales, sino de partida (*ab initio*) ante una relación claramente desigual o de carácter asimétrico.

Al respecto, es interesante lo señalado por Sinzheimer, en el sentido que el Derecho del Trabajo ha seguido un determinado derrotero: “Desde el hombre como cosa al derecho Civil, en que el hombre es reconocido como sujeto de relaciones de igualdad, para culminar en el Derecho Social, en que el hombre es acogido en su condición de desigualdad”¹¹. Precisamente, una de las funciones —además de la pacificadora del conflicto social—, que se le atribuye al Derecho del Trabajo es la tuitiva o protectora, al ser esta una disciplina jurídica compensadora del desequilibrio de la relación de trabajo. Y antes que rechazar esa particular situación de desequilibrio, el Derecho del Trabajo actúa sobre ella, procurando “una distribución de poderes y límites”¹². Porque no es que se busque anular esa peculiar relación de poder que se presenta en el contrato de trabajo, ya que lo central, lo *medular* en el contrato de trabajo, “es el poder jerárquico ejercido por el empresario sobre el trabajador”; para eso surge dicho contrato, “para poner de relieve tal aspecto”, sin que eso signifique descuidar la búsqueda o defensa de “un equilibrio real mediante contrapoderes” internos y externos al contrato de trabajo, como el

⁸ Sobre esto último volveré más adelante, cuando me ocupe de los límites al *ius variandi* empresarial y el nuevo equilibrio en el contrato de trabajo a partir de la laboralización de los derechos de ciudadanía.

⁹ Señala Román de la Torre que la finalidad última del empleador es “rentabilizar la prestación de trabajo, obteniendo la máxima utilidad de este con vistas al fin o beneficio productivo, económico o patrimonial que pretende obtener y en la que encajaría la nota de ajenidad”. ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato de trabajo, Valladolid, 1992, p. 87). Véase también SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas, Grijley, Lima, 2013, p. 124.

¹⁰ SUPIOT, ob. cit., p. 68.

¹¹ Citado por GOLDÍN, ob. cit., p. 33, nota 13.

¹² *Ibidem*, p. 33. Para Khan-Freund, lo primordial del Derecho del Trabajo es “regular, reforzar y limitar” tanto el poder de los empresarios como el de las organizaciones sindicales (KAHN-FREUND, ob. cit., p. 49). Es por eso que, el propio autor, concluye que: “El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo” (*Ibidem*, p. 52).

reconocimiento de derechos mínimos a favor del trabajador, en el primer caso, y el establecimiento de una normativa garantista de los derechos de libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga), en el segundo¹³. En definitiva, la asimetría consustancial al contrato de trabajo se ve compensada —no eliminada— con su sumisión a la ley y a la autonomía colectiva.

Esto marca una clara diferencia del rol que cumple la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho civil. En esta rama del derecho el acuerdo de voluntades tiene un papel fundamental. La ley, excepcionalmente indisponible, resulta supletoria respecto del contrato. La disposición de derechos es la regla, la indisponibilidad, la renuncia son la excepción. Un caso claro de esto último es el contemplado en el artículo 5 del Código Civil, relativo a los derechos de la persona, y que establece que: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria”. Y es que, en definitiva, como reza el artículo 1354 del Código Civil: “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. Con la misma lógica, el artículo 1356 del propio Código establece que: “Las disposiciones de la ley sobre los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

Lo pactado adquiere entonces una naturaleza casi sacrosanta y, por lo tanto —como regla—, no se permite su modificación por la voluntad unilateral de alguna de las partes del contrato (*pacta sunt servanda*): “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”, reza el artículo 1361 del Código Civil.

No ocurre lo mismo con el contrato de trabajo, dada la propia lógica de este contrato y la naturaleza compensadora o tuitiva del derecho laboral, sin que ello signifique, por cierto, que carezca de sentido lo que puedan pactar empleador y trabajador en el respectivo contrato. En este orden de ideas, son dos las características que merecen resaltarse del contrato de trabajo. De un lado, su carácter residual como fuente reguladora de la relación de trabajo, en la medida que gran parte de los derechos y obligaciones que conforman el contenido de dicha relación están ya predeterminadas por otras fuentes de mayor importancia y prevalencia: Constitución, ley, reglamento, convenio colectivo, etc. (aplica aquí el principio de jerarquía normativa). De otro lado, y en directa relación con lo anterior, el contrato de trabajo es concebido como una suerte de contrato de adhesión, por cuanto lo regulado por esas otras fuentes resulta, en su mayor parte, un mínimo indisponible para la autonomía individual (aplica aquí el principio de irrenunciabilidad de derechos). Pero entonces, ¿cuál es el margen de actuación de las partes en la

¹³ OJEDA AVILÉS, Antonio, 2008, “La genealogía del contrato de trabajo”, Palestra del Tribunal Constitucional, Año III, núm. 5, Lima, mayo de 2008, p. 103.

determinación del contenido del contrato?; y, lo que es central para el presente trabajo, ¿de qué manera opera su modificación?

Estas son dos cuestiones que generan tensión en la relación de trabajo y respecto de las cuales no necesariamente encontraremos una solución pacífica¹⁴. En principio, porque las partes contratantes están sujetas a un contenido que deben respetar y que son los mínimos fijados por la heteronomía estatal (ley) y la autonomía colectiva (convenios colectivos), pudiendo actuar sobre esos mínimos o ante la ausencia de los mismos. De no ser así, el margen del poder empresarial y la posibilidad de imponer determinado contenido al contrato de trabajo —que de por sí son bastantes amplios, dada la asimetría de la relación laboral—, serían prácticamente ilimitados, no cumpliendo entonces el Derecho del Trabajo su función equilibradora¹⁵.

Pero aun calificando el contrato de trabajo como un contrato de adhesión —en los términos expuestos—, esto no significa que no quede nada por regular a las partes (empleador y trabajador) cuando deciden celebrar dicho contrato y dar inicio a una relación laboral. Por una cuestión de validez del contrato, independientemente del escaso margen de negociación que pueda tener el trabajador, corresponde a las partes establecer la concreta prestación de servicios que aquél debe realizar¹⁶. Como sostiene Arce Ortiz¹⁷, hay un núcleo básico de condiciones de trabajo “que son necesarias para que se cumpla la función económica social del contrato de trabajo” y que están vinculadas precisamente con las características del tipo de trabajo objeto de protección del Derecho Laboral (principalmente, la finalidad productiva o económica del trabajo prestado y la ajenidad de los frutos generados por el trabajador). El citado autor —con el que coincidimos— señala tres condiciones: lugar, funciones y tiempo de trabajo¹⁸, al que me permito agregar una cuarta y que constituye, además, uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo: la remuneración. Se trata además, como es fácil advertir, de condiciones que, por su importancia, solo podrían calificar como esenciales o sustanciales del

¹⁴ Señala con razón Arce Ortiz que “la regulación de la prestación de trabajo es la institución del Derecho Laboral más sensible al conflicto de intereses en la empresa. El trabajador pugna por humanizar su prestación y estabilizar sus condiciones, evitando así transformarse en una cosa. Mientras, el empleador en mayor o menor medida exige amplios poderes a efectos de obtener facilidades en la gestión de la mano de obra. Es decir, el empleador busca aumentar su poder en la empresa”. (ARCE ORTIZ, *ob. cit.*, p. 412). Esta relación de tensión también es anotada por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2007, p. 105; SANGUINETI RAYMOND, *Derecho del Trabajo...*, *ob. cit.*, pp. 54-55; entre otros.

¹⁵ Como nos recuerda Gutiérrez Pérez, son contados los casos en los que el contrato de trabajo llega a expresar la voluntad real del trabajador GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p.126.

¹⁶ Véase ARCE ORTIZ, *ob. cit.*, pp. 421-422.

¹⁷ Nuevamente ARCE ORTÍZ, *ob. cit.*, p. 423.

¹⁸ *Loc. cit.*

contrato de trabajo. Al margen de modulaciones posteriores que se puedan hacer al contenido del contrato de trabajo, el trabajador requiere conocer desde el inicio —y por ello deberían estar contempladas en el texto del contrato— qué labores va a desarrollar, dónde las realizará, la duración diaria de su actividad y cuánto va a ganar por ella. Porque es a partir de estas consideraciones que el trabajador estará en capacidad de adoptar un conjunto de decisiones vinculadas a su vida personal y familiar: capacidad de ahorro; dónde residirá y educará a sus hijos; el tiempo disponible para otras actividades; etc.

Desde mi punto de vista, esta necesidad de precisión de ciertos aspectos nucleares, pero fundamentales de la prestación debida opera, al mismo tiempo, como una cobertura garantista a favor del trabajador o, visto de otra manera, como un límite al poder empresarial de poder manejar a su antojo la ejecución del contrato de trabajo¹⁹ y también de impedir que ciertas medidas que el empleador pueda adoptar, en aras de su *ius variandi*, terminen perturbando cuando no contrariando derechos fundamentales del trabajador. Y me refiero no solo a derechos específicamente laborales, esto es, aquellos propios de la relación de trabajo y que le son reconocidos al trabajador en su condición de tal, sino también a los que les corresponde en su calidad de ciudadano, aunque con implicancias en el contrato de trabajo y el mundo de la empresa. Es esta última clase de derechos —como la libertad de expresión o el derecho a la intimidad, por señalar solo un par de gran significancia en el ámbito laboral—, a la que la doctrina laboralista ha denominado derechos laborales inespecíficos²⁰ o derechos de ciudadanía laboral, la que mayor desarrollo y reconocimiento ha recibido de la jurisprudencia constitucional (nacional y comparada) en los últimos tiempos de la mano del proceso de flexibilización y consecuente individualización de las relaciones laborales.

Se trata de dos procesos que han corrido en paralelo y que en gran medida son de signo contrario, pues mientras el segundo ha supuesto un claro retroceso de la función garantista del Derecho del Trabajo, imprimiendo una lógica individualista a las relaciones de trabajo y un claro reforzamiento de la posición empresarial en

¹⁹ El hecho que en el contrato de trabajo no se hayan estipulado expresamente estos aspectos, no permite concluir que el empleador quede habilitado para darle al contrato cualquier contenido que desee. En otras palabras, no podría afirmarse que hay una suerte de contrato “abierto” que pueda ser llenado por el empleador libremente. Existe una inicial oferta laboral donde el empleador expone ciertas necesidades, y es función a ello que, en principio, el trabajador decide aceptarla o no. Es decir, existe cierta predictibilidad con respecto a cuál será la prestación debida por el trabajador.

²⁰ Se le reconoce al profesor español Palomeque López la paternidad de esta denominación. Véase: PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en AA.VV (A.V. Sempere Navarro, director), El modelo social en la Constitución Española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 229-248.

detrimento del trabajador²¹, el primero se ha dirigido a afianzar el predominio de la Constitución y de los derechos que esta consagra, en sus distintos ámbitos, a favor de los ciudadanos. En ese sentido, los procesos de flexibilización e individualización de las relaciones de trabajo —justificados o no— no pueden servir de fundamento para erradicar el Derecho del Trabajo, mucho menos para quebrar un ordenamiento constitucional que está en busca de nuevos espacios en los cuales desplegar toda su eficacia normativa²². Visto bien, este doble fenómeno ha establecido —o al menos debería permitir mirar en esa dirección— un nuevo fiel en la balanza, un nuevo equilibrio entre las partes de la relación laboral. Es decir, las crisis económicas —no causadas por los trabajadores—, las reconversiones empresariales, los nuevos avances tecnológicos, la mundialización de la economía, han marcado una clara tendencia hacia la individualización de las relaciones laborales, pero al mismo tiempo, el redimensionamiento del Derecho Constitucional, con un juego transversal al resto de disciplinas jurídicas y con una apuesta firme por el Estado Constitucional de Derecho, ha terminado por consolidar y garantizar un núcleo de derechos fundamentales de la persona, también en el ámbito de la empresa. En definitiva, y por paradójico que parezca, se desprotege de un lado, con una regulación a la baja de derechos laborales, para garantizar por otro lado con el afianzamiento de los derechos de ciudadanía del trabajador.

¿Cómo juntar ambos cabos y encontrar ese nuevo equilibrio? Lo señalado anteriormente supone un redimensionamiento del contrato de trabajo en su papel regulador de la relación laboral²³, no necesariamente para acrecentar el poder del empleador, sino para encuadrarlo de una manera diferente. Sobre la base del Informe Aroux (Francia, 1981), Supiot rescata lo que dicho documento supuso en

²¹ Se trata de un proceso, o más bien de una suma de procesos en el tiempo —iniciados con la llamada crisis del petróleo de los setenta— que han debilitado importantes instituciones laborales y que han obligado a repensar el Derecho del Trabajo. Al respecto, Ojeda Avilés habla de la *deconstrucción*, esto es, de una “relectura prolongada de las instituciones laborales” de cara a saber en qué dirección marchamos (OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo, La Ley*, Madrid, 2010, pp. 15-16). Pero advierte el propio autor, que si bien a raíz de estos sucesos la finalidad protectora del Derecho del Trabajo es un “enfoque que agoniza”, sin que se sepa claramente por cuál se sustituye, no debe confundirse *deconstrucción* con *flexibilización*, ni tampoco entenderse que estamos ante el agotamiento total de la finalidad inicial —compensadora y pacificadora— del Derecho del Trabajo: “Porque, aunque en los últimos años los organismos internacionales abrumen con su cerrada defensa de la flexibilidad, la función histórica del Derecho del Trabajo ha consistido en mantener la paz social través de la tutela del más débil, y esas metas han sufrido un desgaste en su contenido con los nuevos rumbos, pero en absoluto han desaparecido” (ibídem, p. 18).

²² Como señala Goldín: “Pese a aquella condición de desigualdad implícita en el vínculo de la dependencia laboral, el transcurso del tiempo y el avance de las ideas sociales no alcanzaron para abolirla, sino apenas para mejorar el diseño de los límites que la restringen, una de cuyas manifestaciones más recientes es, sin dudas, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo”. (GOLDIN, ob. cit., p. 34).

²³ En ese sentido GUTIÉRREZ PÉREZ, ob. cit., p.124.

su momento en el ámbito de las relaciones laborales, en concreto, que los trabajadores son también ciudadanos en la empresa, y que la necesaria “penetración” del principio de igualdad dentro de la misma, obliga a una nueva visión de los poderes del empleador en la relación de trabajo²⁴.

Como fuese, esta nueva perspectiva garantista (encausar la ejecución de la prestación debida por el trabajador al amparo de los derechos fundamentales no propiamente laborales, pero con irradiación en el ámbito de la empresa) tiene, a mi juicio, un claro sustento constitucional. En efecto, el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución establece que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Este mandato constitucional no puede leerse sin aquel otro que establece que, es obligación del Estado, “velar por la plena vigencia de los derechos humanos” (artículo 44). Esto nos remite pues a aquellos otros derechos que tiene reconocidos el trabajador en su condición de ciudadano y que se fundan en la dignidad de la persona²⁵.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), a partir de la vuelta de nuestro país a la normalidad democrática, a finales del año 2000, no ha sido ajeno a esta óptica. En efecto, en el caso Anicama²⁶ el TC señala que “(...) si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (...) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado”. A su vez, en el caso Azanca Meza García sostuvo que: “El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la

²⁴ SUPLOT, ob. cit., p. 77. Una década antes este fenómeno empezó a tomar cuerpo en la Europa continental con la entrada en vigor del Estatuto de los trabajadores italiano.

²⁵ Sobre el particular, hay que resaltar que es bastante amplio el elenco de derechos y libertades recogidos por la Carta Magna, principalmente en el Título I, referido a los derechos fundamentales. Así, podemos citar el derecho de la persona a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (2,1); el derecho a la igualdad y a la no discriminación (2,2); la libertad de conciencia y de religión (2,3); las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (2,4); el derecho al honor y a la buena reputación, así como a la intimidad personal y familiar (2,7); el derecho al secreto de las comunicaciones (2,10); el derecho a elegir el lugar de residencia (2,11); el derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (2,24,h); el derecho a la protección de la familia (4); entre otros. Listado que, por cierto, no es cerrado por mandato de la propia Constitución, al señalar que no quedan excluidos y también se garantizan, aquellos derechos que “se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (artículo 3).

²⁶ Exp. N° 1417-2005-PA/TC, fundamento 2.

valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”²⁷.

Es con este enfoque y dentro de estos parámetros constitucionales que el TC ha resuelto casos de naturaleza laboral —como el del sindicato de los trabajadores de Toquepala, sobre jornada atípica de trabajo—, y debería ser también la norma a seguir por parte de los tribunales ordinarios de justicia, entre ellos los laborales, aunque en este último caso, lamentablemente, esto está lejos de haber sucedido de manera categórica^{28 29}.

En cualquier caso, esta nueva dimensión de llevar los derechos de ciudadanía a la empresa, redefine, como señalé anteriormente, la relación contractual entre el trabajador y su empleador, actuando dichos derechos fundamentales como verdaderos límites al poder del empleador³⁰. En ese sentido, “el empleador ya no es más el único juez en ejercicio de su poder de dirección y sus decisiones dependen de un control de proporcionalidad y de desvío de poder”³¹. ¿Cómo juegan estos límites respecto de posibles modificaciones de las condiciones de trabajo por la sola voluntad del empleador? A esta interrogante trataremos de responder en el acápite siguiente.

Por lo pronto, creemos conveniente señalar que la vía llamada para introducir modificaciones a las condiciones de trabajo, debería ser la misma que se usó para

²⁷ Exp. N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 9.

²⁸ No obstante, puede citarse la Casación Laboral N° 6961-2012-Junín (fundamento 21), según la cual: “(...) la dignidad del trabajador como límite del *ius variandi*, impide —por ejemplo— que una medida tomada por el empleador sea considerada lícita si es que esta le causa un perjuicio significativo a aquel (...)”. Aunque no se hace una diferencia clara entre modificaciones accesorias y sustanciales, lo interesante de esta sentencia es la alusión a la dignidad del trabajador como límite del *ius variandi* del empleador. Pero el límite sería tal, y vulneraría la dignidad del trabajador, solo si se ocasiona un perjuicio “significativo”, en caso contrario, si el perjuicio ocasionado no es significativo, no se vulneraría la dignidad del trabajador y sería válida la medida empresarial. Tampoco queda claro en la fundamentación de esta sentencia cuándo estamos ante algo significativo y por qué solo un perjuicio de esta magnitud resulta lesivo de la dignidad del trabajador.

²⁹ Al respecto, es interesante la línea seguida por la jurisprudencia laboral colombiana. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Sentencia T-065/07, ha establecido que: “El trabajo en condiciones dignas implica que la potestad que ejerce el empleador para modificar las condiciones de trabajo, deba sujetarse también a las condiciones particulares del servidor, de manera que la decisión que (...) se adopte se encuentre adecuada a la realidad y sea el resultado de una ponderación entre las necesidades del servicio y el respeto por los derechos de los trabajadores”. (el subrayado es mío).

³⁰ Sanguinetti señala que: “Los derechos fundamentales han operado, así pues, como fuente de integración del régimen jurídico de las relaciones de trabajo, imponiéndole límites que no se encontraban previstos por él” (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 80).

³¹ SUPLOT, ob. cit., pp. 78-79.

su concreción, es decir, el propio acuerdo de partes, en el entendido que dichas condiciones fueron expresamente establecidas en el contrato. Y si esto fue así, creemos que el principio de buena fe contractual exige que el acuerdo novatorio sea la forma prioritaria para modificar la prestación debida por el trabajador, siempre que se respeten los mínimos heterónoma y convencionalmente establecidos. Y el empleador ¿está facultado para hacerlo unilateralmente?

Se ha sostenido que, como el poder de dirección se funda en la libertad contractual, este “encuentra sus límites en la obligación de respetar las estipulaciones del contrato de trabajo. El vínculo de subordinación autoriza al empleador a modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, pero los términos del contrato no pueden, por el contrario, ser modificados sin el consentimiento expreso del asalariado”³². Pero, llegados a este punto, enfrentamos el problema de que la peculiaridad del contrato de trabajo, anotada líneas arriba, y la propia dinámica de la relación de trabajo y del sistema de producción que la sustenta, pueden requerir de formas distintas o alternativas para modificar el contrato, en particular, la que proviene de la voluntad de aquel que conduce la actividad del trabajador. En esa medida, habrá que reconocer que el acuerdo novatorio no será la única vía para modificar las condiciones de trabajo³³, porque si la posibilidad de su modificación residenciara exclusivamente en la voluntad común de las partes, podría llegarse a un inmovilismo tal que terminase dificultando o incluso impidiendo la ejecución de la prestación del trabajador.

Por lo tanto, no creo que esté discusión la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo sin la participación de las partes que suscribieron el contrato, y que le esté vedado al empleador hacerlo unilateralmente. La cuestión está, desde mi punto de vista, en la intensidad de la medida empresarial y en las condiciones de trabajo que estén en juego, porque no es lo mismo concretizar la prestación pactada que modificarla respecto de sus términos iniciales o alterarla sustancialmente. Tampoco es igual una modificación temporal a otra que tenga una vocación de permanencia. Descartadas la arbitrariedad de la medida y el ánimo de perjudicar al trabajador con la misma, porque son actos que repele el ordenamiento jurídico, cada una de estas circunstancias merece una mirada y un tratamiento diferentes, a partir de un análisis que tome en cuenta los distintos derechos fundamentales concernidos, así como el equilibrio esperado en la relación de trabajo que ha intentado pautar la jurisprudencia constitucional en su todavía incipiente tarea de llevar la ciudadanía al ámbito de la empresa. Como ha sentenciado Pacheco

³² Ibidem, p. 79.

³³ Así, para Rendón Vásquez el denominado *ius variandi* “no es (...), sino una versión hipertrofiada del poder de dirección, es decir, prescindiendo de la naturaleza contractual de la relación laboral. Como sucede en cualquier otro contrato, los elementos, términos o condiciones de éste, si la relación es bilateral no pueden ser impuestas ni variadas por una sola parte”. RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Individual, Editorial Edial, Lima, 1999, p. 153.

Zerga —parafraseando el mandato del artículo 24 de la Constitución—, y con esto concluyo la primera parte de mi ponencia: “es deber del empleador organizar el trabajo, de tal modo, que la relación laboral no limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador”³⁴.

2. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE TRABAJO. EL *IUS VARIANDI* EMPRESARIAL.

A nadie escapa que el contrato de trabajo es uno de tracto sucesivo, de ejecución continuada en el tiempo y que la lógica de la relación laboral indica que es poco probable que permanezca inalterado o incólume a lo largo de su existencia. A partir de esta constatación, la modificación del contenido contractual operaría de varias formas, dependiendo de si cuenta o no con la voluntad común de las partes que lo suscribieron. Siguiendo a Sala Franco³⁵ podría ser: a) de manera *automática*, esto es, cuando una norma (heterónoma o convencional) así lo establece; b) por *acuerdo novatorio* de las partes, si empleador y trabajador de manera directa deciden modificar el contrato de trabajo; c) *unilateralmente*, cuando legal o convencionalmente se reconoce a alguna de las partes, en concreto al empleador, la facultad de modificar el contrato de trabajo. Conforme a lo ya adelantado, es en esta última modalidad modificatoria en la que centraré mi análisis³⁶.

A los cambios que puede introducir el empleador en la organización del trabajo y la prestación debida por los trabajadores se le conoce como *ius variandi*. Si la nota característica del contrato de trabajo es la subordinación, y esta concede al empleador la facultad de dirigir la fuerza de trabajo que el trabajador pone a su disposición, es absolutamente lógico que se le permita al empleador, en la ejecución de la prestación debida por el trabajador, realizar los ajustes que resulten

³⁴ PACHECO ZERGA, Luz. “Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional”, en: AA.VV., Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia de la Magistratura – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 84.

³⁵ SALA FRANCO, Tomás y otros. Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 443.

³⁶ Las particularidades del contrato de trabajo señaladas en la primera parte de esta ponencia, explican por qué la modificación unilateral del contrato de trabajo no podría darse de forma unilateral por voluntad del trabajador. La situación de sujeción jurídica en la que se encuentra le impide alterar el contenido del contrato; situación de desequilibrio que, como también se ha señalado, corresponde al ordenamiento laboral (en su expresión más lata) menguar y dar protección a la parte débil de la relación. En el caso español, no obstante, hay un reducidísimo margen —y de carácter claramente excepcional— para modificaciones de esta naturaleza. Según Martín Valverde, esto puede ocurrir en el caso del “ejercicio de algunos derechos que legal o convencionalmente se le reconocen... (como la reducción de la jornada, el traslado por consorte o el cambio de lugar de trabajo por razones de violencia de género)”. MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. Derecho del Trabajo, Tecnos S.A., Madrid, 2013, p.738.

necesarios. ¿Cuál es el alcance de esta facultad?, ¿Es esta una facultad ordinaria o excepcional?, ¿Cuáles son sus límites?

Al respecto hay que tener en cuenta un conjunto circunstancias o aspectos que pueden rodear al acto modificatorio. Así, por ejemplo, la centralidad o trascendencia de las condiciones de trabajo que pretenden modificarse o la envergadura de la modificación (accesoria o sustancial); o la duración de la modificación (temporal o permanente); o el número de los trabajadores comprendidos en la modificación (individual o colectiva). Este conjunto de circunstancias permiten realizar múltiples cruces y clasificaciones susceptibles de análisis³⁷, pero la pretensión de esta segunda parte de la ponencia es más modesta —y acotada—, y consiste en radicar el análisis de la facultad modificatoria empresarial respecto de las condiciones de trabajo tanto accesorias como sustanciales, esto es, establecer respecto de cuál de ellas (o de ambas) opera el *ius variandi* empresarial, en qué circunstancias y de qué manera. Y a las preguntas planteadas en el párrafo anterior habría que agregar, al menos, dos más: ¿Nuestro ordenamiento recoge ambas modalidades?, ¿La respuesta la encontramos en el artículo 9 de la LPCL?

Una definición bastante descriptiva del *ius variandi* es la que ofrecen Alonso Olea y Casas Baamonde, el que entienden como “la facultad de modalizar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y a los cambios o perfeccionamientos en la cualificación profesional del trabajador”³⁸. Es interesante esta definición, que corresponde, como es obvio, a su propia realidad normativa, porque nos permite identificar lo que creemos son los rasgos centrales del *ius variandi*. En primer lugar, se usa el término “modalizar”, lo que lleva a preguntarnos si esto es lo mismo que “modificar” o incluso que “alterar” (si asumimos que esto último supone una modificación de mayor calado). En segundo lugar, hay una referencia a la duración larga o indefinida del contrato. ¿Esto significa que no procede el *ius variandi* respecto de contratos de corta duración o a plazo fijo? En tercer lugar, se plantea como justificación de la adaptabilidad de la prestación del trabajador, la presencia de circunstancias de distinta naturaleza (estructural, organizativa, tecnológica) que afecten a la empresa o de cambios que puedan producirse en la cualificación profesional del trabajador.

Me referiré únicamente a la primera y tercera características señaladas por los citados autores, que por lo demás están directamente relacionadas³⁹. Al respecto,

³⁷ Para una clasificación exhaustiva de las distintas modalidades del *ius variandi* puede verse: Arce Ortiz, ob. cit., pp. 452-459.

³⁸ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. Derecho del Trabajo, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, p. 340.

³⁹ Considero que la referencia de los autores a la larga duración del contrato de trabajo, alude a su vocación de permanencia en el tiempo y que se expresa en el principio de continuidad de la relación laboral, pero que esto no tendría que significar que la facultad empresarial de

entiendo que una cosa es la modulación o precisión del contenido de la prestación laboral debida y otra bien distinta su modificación. Como señala Cruz Villalón, debe distinguirse enfáticamente, al menos desde una perspectiva teórica, “las facultades unilaterales de modificación de la prestación y las meras facultades de modalizar la ejecución del contrato”⁴⁰. Y en ese sentido, creemos que “modalizar” supone la simple concreción o precisión que realiza el empleador respecto de las prestaciones que el trabajador debe ejecutar y que se derivan del compromiso asumido por este en virtud del contrato de trabajo. Esto estaría contemplado en nuestro ordenamiento en el primer párrafo del artículo 9 de la LPCL, cuando se señala que el empleador tiene las facultades de “normar reglamentariamente las labores” del trabajador y de “dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas”, y que son necesarias de impartir en el día a día, porque es absurdo pensar que el texto del contrato llegue a tal nivel de concreción de ponerse en todos y cada uno de los supuestos que requieren la ejecución del contrato de trabajo durante su existencia⁴¹.

Considero que el *ius variandi* se mueve en otro nivel, en el de la concreta adaptabilidad o modificación de la prestación debida por razones de un adecuado funcionamiento de la empresa, pero referido a condiciones o situaciones accesorias de la misma⁴². Este es el denominado *ius variandi* ordinario, porque —como ya se ha sugerido antes— las modificaciones de mayor calado, por la centralidad e importancia de las condiciones que están juego, merecen un tratamiento diferente, y entrarían en el terreno del *ius variandi* extraordinario.

Respecto al *ius variandi* ordinario, existe una suerte de consenso en la doctrina en señalar que esta facultad empresarial comprende exclusivamente a los cambios de naturaleza accesoria o secundaria de las condiciones de trabajo previamente pactadas⁴³. En esa misma dirección apunta Ermida Uriarte, para quien “la varia-

modificar el contrato de trabajo no se aplique a los contratos a plazo fijo o sujetos a modalidad; aunque probablemente, por su menor duración, serán también menores las oportunidades para aplicar el *ius variandi* empresarial.

⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús. Modificaciones de la prestación de trabajo, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1983, p. 104.

⁴¹ En el mismo sentido GUTIÉRREZ PÉREZ, ob. cit., p. 169, para quien, “la fijación por pacto del contenido contractual de la prestación laboral, no puede precisar, como es lógico, de una vez por todas y ab initio, la serie abierta e indeterminada que tendrá que ir cumpliendo el trabajador a lo largo de su relación laboral. Por ello, es por lo que la ley acude al poder directivo del empresario con el fin de especificar aquellas obligaciones. Dicho poder marcará la actividad misma, así como el comportamiento que el trabajador habrá de desarrollar en la relación laboral, e incluso en ocasiones fuera de ella”.

⁴² En el mismo sentido ARCE ORTIZ, o. cit., pp. 453 y 459-460, quien lo denomina *ius variandi* “habitual” o “común”.

⁴³ Nuevamente ARCE ORTIZ, ob. cit., p. 453. También BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el Derecho Laboral Peruano, Jurista editores, Lima, 2013, pp. 653 y ss., y los autores allí citados.

ción solo puede recaer sobre las modalidades de trabajo, es decir, sobre aspectos secundarios o accidentales, no esenciales o fundamentales, y que generalmente se refieren a la forma, manera o modo de realizarse el trabajo”⁴⁴. En nuestro caso, esta facultad se recoge en el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL. Dicha norma señala expresamente que: “El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

Los supuestos contemplados en el citado precepto (la forma y modalidad de la prestación de servicios y algunos aspectos referidos al tiempo de trabajo), así como la exigencia de ajustar la medida empresarial a determinados criterios (razonabilidad y necesidad del centro de trabajo), permiten concluir, sin mayores objeciones, de un lado, que las modificaciones que puede realizar el empleador en virtud del artículo 9 de la LPCL, son de carácter ordinario, accesorio, no sustancial; y, de otro, que la facultad que se le reconoce es excepcional, por eso se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos. En rigor, se trata de una medida que debe responder a una doble causa objetiva (razonabilidad y necesidad), que de no cumplirse acarrea su nulidad⁴⁵. Por lo tanto, no estamos ante un acto arbitrario, que responda al mero capricho del empleador, sino ante una decisión empresarial que acredite una debida motivación para ser realmente objetivo. En definitiva, el motivo alegado debe ser suficiente o proporcional y coherente⁴⁶.

Al respecto, acogiendo el test de proporcionalidad establecido en la jurisprudencia constitucional, se ha planteado que para valorar la adecuación de la medida empresarial, que en última instancia reside en la libertad de empresa consagrada en la Constitución (artículo 59), deben conjugarse los criterios de necesidad y proporcionalidad, es decir, “no basta la simple necesidad empresarial, sino que la modificación debe operar solo en el caso que no exista la posibilidad de tomar otra medida menos gravosa para el trabajador y que el beneficio empresarial no sea desproporcionado respecto del perjuicio de los trabajadores”⁴⁷. Este tipo de

⁴⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 34.

⁴⁵ En contra MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, Tecnos S.A., Madrid, 2013, p. 425, para quien: “Como regla general, el empresario es libre de ordenar, en ejercicio de su *ius variandi* ordinario, sin alegación de causa y sin límite temporal” una serie de cambios de la relación de trabajo.

⁴⁶ LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, p. 241.

⁴⁷ ARCE ORTIZ (recogiendo la posición de Candela Rosas), *ob. cit.*, p. 461, nota 520. Al respecto, señala Sanguinetti Raymond que: “De la mano de la jurisprudencia constitucional, la aplicación del principio de proporcionalidad se ha ido extendiendo hasta erigirse en la actualidad el criterio dirimente básico para los conflictos entre particulares derivados del ejercicio de derechos fundamentales, incluidos los que se presentan en el ámbito de las relaciones de trabajo” (SANGUINETI RAYMOND, *Derecho el Trabajo... ob. cit.*, p. 83).

análisis será particularmente importante cuando nos enfrentemos a una modificación de carácter sustancial.

3. EL *IUS VARIANDI* EXTRAORDINARIO. LA NECESARIA REMISIÓN A LOS ACTOS DE HOSTILIDAD.

Como ya se mencionó, la posibilidad de que el empleador adopte medidas respecto de las denominadas condiciones sustanciales de trabajo, se mueve en el campo de del *ius variandi* extraordinario o no habitual. Ya adelanté también que esta facultad no se encuentra regulada en el artículo 9, segundo párrafo, de la LPCL, referido exclusivamente, desde mi perspectiva, al *ius variandi* ordinario y, por lo tanto, a la modificación de las condiciones de trabajo accesorias o secundarias. En ese sentido, me parece discutible la posición de quienes sostienen que, al no tener nuestro ordenamiento una referencia clara que permita distinguir estas dos clases de modificaciones, lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL se aplica a cualquier clase de modificación del contrato de trabajo. Esta posición se fundamenta además, de un lado, en que la inclusión del segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL —que no figuraba en la versión original de la LPCL—, se produjo tras la derogación del Decreto Ley 25921, sobre facultades del empleador; y de otro, en que se dio en el marco de un duro proceso de flexibilización del mercado de trabajo y la consecuente desregulación de la legislación laboral en nuestro país, con la lógica de dotar de mayor amplitud a la facultad modificatoria del empleador⁴⁸.

No comparto esta tesis. Primero, porque si bien el proceso de flexibilización del mercado de trabajo y la consiguiente individualización de las relaciones laborales que este trajo consigo, supusieron un inmediato reposicionamiento del papel del empleador en la relación de trabajo, dicho proceso vino aparejado posteriormente de un redimensionamiento de los derechos fundamentales de ciudadanía en el ámbito de la empresa, sobre la base de rescatar la dignidad del trabajador como persona. Como se ha visto en el acápite anterior, por paradójico que parezca, dicho procesos han supuesto “la recuperación de espacios de libertad del propio trabajador”, lo que se traduce, finalmente, en el “reforzamiento del papel de la

⁴⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 247. Para este autor, el indicado precepto legal “alude a todas las modificaciones de las condiciones de trabajo que, unilateralmente, son introducidas por el empleador en la relación laboral. El dispositivo prevé un concepto amplio sin que exista una delimitación acerca de la naturaleza de las modificaciones que se pretenden implementar. Además, el dispositivo se incorporó en virtud de la Ley N° 26513 que, a su vez, derogó la Ley de Facultades del Empleador (Ley N° 25921), de tal manera que el legislador reemplazó un control administrativo previo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (Ley N° 25921, por un control judicial posterior en la medida que el acto del empleador no sea razonable o no se ajuste a las necesidades del centro del trabajo (LPCL)”.

autonomía contractual individual como fuente reguladora de la relación laboral”⁴⁹, en particular de regulación y respeto de los derechos de ciudadanía laboral. Es con esta nueva mirada que, entiendo, deben ponderarse los actos del empleador que intenten modificar la prestación debida por el trabajador, sobre todo cuando se trate de afectar las condiciones laborales de cualquier índole. En segundo lugar, porque la aludida Ley de facultades del empleador no tenía un señalamiento expreso a la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo y adolecía de una serie de problemas de técnica legislativa sobre la naturaleza de las modificaciones, la causalidad exigida para realizarlas y el procedimiento que debía seguirse para ello⁵⁰. Es obvio que estas dificultades no fueron subsanadas con la derogación de la indicada norma y mucho menos se resuelven con la pretendida incorporación del *ius variandi* extraordinario al ámbito del artículo 9 de la LPCL. No parece tener sentido, finalmente, reconocer la existencia de distintos tipos de condiciones de trabajo, con una naturaleza diferenciada, para pretender luego sujetar su modificación a un idéntico trámite y a los mismos límites.

Por lo expuesto, considero que nuestro ordenamiento jurídico, si bien es justo reconocer que de manera asistemática, permite identificar las dos formas de modificación antedichas, dependiendo de la naturaleza o de la importancia que tengan las condiciones de trabajo en la prestación debida por el trabajador. En este orden de ideas, una lectura cabal del alcance del *ius variandi*, en sus versiones ordinaria y extraordinaria, no puede centrarse solo en el artículo 9 de la LPCL. Un análisis global y completo de esta institución pasa necesariamente por revisar la regulación que se hace de los aspectos esenciales o sustanciales de la prestación del trabajo, a saber: la contraprestación por los servicios que se brindan; el tiempo dedicado a realizarlos; el lugar en el que se ejecutan; y la función desempeñada por el trabajador⁵¹.

En algunos casos, existe una regulación propia de estas instituciones, pero en su mayoría están vinculadas —y reguladas también— como actos de hostilidad equiparables al despido⁵². Así, si la medida empresarial afecta a alguna de estas

⁴⁹ GUTIÉRREZ PÉREZ, ob. cit., p. 124.

⁵⁰ Véase al respecto, BOZA PRÓ, Guillermo. “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano. Breves notas al Decreto Ley N° 25921”, en: Asesoría Laboral, Lima, marzo de 1994, pp. 17-19.

⁵¹ Ver supra 1, párrafo 11.

⁵² Desde sus orígenes normativos en nuestro país esta institución estuvo ligada a los aspectos centrales de la prestación de trabajo. Así, por ejemplo, el Código de Comercio (de 1902) señalaba que los dependientes podían despedirse de sus principales por la falta de pago del sueldo en los plazos fijados en el contrato; el incumplimiento de las demás condiciones pactadas a favor del dependiente y los malos tratamientos u ofensas graves por parte del principal. Es el caso también del reglamento de la Ley 4916 (de 1924), que establecía como causales del despido indirecto a la rebaja inmotivada del sueldo; el cambio inmotivado de colocación o la rebaja de la categoría; el ostensible maltrato y el traslado a colocación en lugar distinto del anterior que perjudique su salud e intereses; así como el desconocimiento de los derechos o

condiciones, por la trascendencia o el efecto que pueda tener en la prestación inicialmente debida por el trabajador, el ordenamiento entiende que se trata de un acto grave o abusivo del empleador, que justifica la resolución del contrato por parte del trabajador, sin que le genere a este responsabilidad y generándosele más bien al empleador (pues de no rectificar su decisión, deberá abonar al trabajador la correspondiente indemnización por despido). Sobre esto volveremos en el acápite siguiente.

Ahora bien, en contraposición con el *ius variandi* ordinario, se ha señalado que la modificación de carácter sustancial supone “cambios radicales y de carácter definitivo del régimen contractual”, ocasionando al trabajador “un daño material inmediato o futuro”, bien de “carácter pecuniario o simplemente profesional”⁵³. Como se aprecia, son varios los elementos que tendrían que tomarse en cuenta para analizar si la medida empresarial encierra o no una modificación de carácter sustancial, porque la diferencia podría estar no solo en la naturaleza de las condiciones de trabajo que se pretenden modificar, sino también en radicalidad de la medida (si es proporcional o no), en su temporalidad (si es transitoria o definitiva), o el potencial perjuicio que la modificación podría tener en la relación de trabajo. En esa medida, un análisis integral de la decisión empresarial debería venir acompañado también de una comprensión de las distintas circunstancias que rodean tal medida.

Adicionalmente, considero que la modificación o alteración de las condiciones sustanciales de trabajo deberían estar sujetas a dos clases de límites: internos y externos. Los primeros responden a las circunstancias o causas que impulsan la medida empresarial. Como se ha dicho, esta no es arbitraria de modo alguno, por lo que habrá que establecer un nexo causal entre el hecho constitutivo de los requerimientos empresariales y la decisión adoptada por el empleador: una suerte de estado de necesidad que justifica un cambio en la prestación debida por el tra-

el incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales reconocidos al empleado. En términos similares se reguló en las normas posteriores hasta llegar a la LPCL. Se aprecia una sintonía entre todas estas normas, y es que no pasa inadvertido para todas ellas la necesidad de preservar las condiciones expresamente pactadas por las partes, las condiciones sobre remuneración, categoría, lugar de trabajo y, por supuesto, la dignidad del trabajador. La mayor parte de estas causales se han mantenido en la LPCL, aunque centrándose en aquellas que hemos calificado como condiciones sustanciales de trabajo, y dejando de lado las establecidas expresamente en el contrato. Precisamente, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 16443-2014-Lima, define al acto de hostilidad como aquella conducta del empleador que implica el incumplimiento de sus obligaciones contractuales en detrimento del trabajador. No obstante, refiere que no todas esos comportamientos calificarían como actos de hostilidad equiparables al despido, sino que la LPCL ha optado por una lista cerrada de conductas que originan la extinción de la relación laboral.

⁵³ Según De Ferrari (citado por BLANCAS BUSTAMANTE, ob. cit., p.657).

bajador⁵⁴, pero de mayor rigor a los establecidos para el *ius variandi* ordinario⁵⁵. Los límites externos, por su parte, son de orden procedimental y tienen por finalidad fiscalizar la objetividad de la decisión empresarial (aceptación del trabajador, de sus representantes o de la autoridad administrativa de trabajo) y de garantizar, por cierto, los intereses del trabajador o trabajadores que pudieran verse afectados por tal medida. Fernández López —respecto del ordenamiento español— lo señala con claridad: se “concede al empresario una facultad que no es originaria, que, aunque descansa en la iniciativa empresarial requiere de un auxilio de una instancia ajena a las partes de la relación individual de trabajo que legitime la acción empresarial⁵⁶.”

Es verdad que en la agenda laboral sigue pendiente —entre otros muchos temas— la dación de una normativa *ad hoc* sobre modificaciones sustanciales de trabajo, a fin de poner orden en esta materia y que sea capaz de orientar las decisiones que el empleador adopte sobre el particular. Es necesario que se fijen unos claros límites a una facultad que, de por sí, es excepcionalísima, no solo de carácter sustantivo sino también procesal. La normativa en cuestión debería establecer la causalidad de la medida, la necesidad de una debida justificación o acreditación y la relación de idoneidad entre la causa y la medida finalmente adoptada por el empleador; pero también debería señalar un cauce procedimental de control convencional (representantes de los trabajadores) y administrativo (autoridad de trabajo). Cómo ha puesto de manifiesto la doctrina nacional, esto daría predictibilidad a las partes sobre la validez de la medida empresarial, reduciendo posibles comportamientos arbitrarios del empleador, siendo al mismo tiempo, una forma de garantizar los derechos de los trabajadores que pudieran verse afectados por

⁵⁴ RIVERO LAMAS, Juan, “Modificación de las condiciones de trabajo”, en: Comentario a las Leyes Laborales (Efrén Borrajo Dacruz, director), EDERSA, Madrid, 1982, p. 159, llamó tempranamente a esto el *presupuesto objetivo* requerido por el ordenamiento español para la alteración de las condiciones sustanciales del contrato de trabajo, que no cuestionan el poder modificatorio del empresario, aunque sí parte de reconocer que se trata de un supuesto excepcional. Como señaló en su momento el Tribunal Constitucional español, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “aparecen (...) como una manifestación del poder de dirección del empresario”, pero de “una manifestación que excede del *ius variandi* o potestad directiva empresarial ordinaria” (STCo 92/1992 de 16 de junio, fundamento jurídico 3º).

⁵⁵ En cualquier caso, parece lógico que si se exige al empleador, para los casos de modificaciones ordinarias, que actúe conforme a los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo, con mayor razón debe tenerse presente esta exigencia cuando el empleador plantee cambios de carácter sustancial. En ninguna circunstancia deberían permitirse requisitos menores a los señalados. Pero, al mismo tiempo, es claro que no resulta suficiente la adecuación de la medida empresarial solo a los requisitos de razonabilidad y necesidad antes señalados, pues la relevancia de las condiciones en juego exige una mayor ponderación de quien adopta la medida (el empleador), en un primer momento, y de quien la evalúa (la autoridad administrativa, el juez), en una eventual segunda instancia.

⁵⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. “La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Revista de Política Social, núm. 143, Madrid, 1984, p. 184.

tal medida⁵⁷. Esta es una materia, en consecuencia, en la que no puede haber una abdicación normativa por parte del Estado, sin desmedro, por supuesto, del apuntalamiento que también podría lograrse por la vía de la autonomía colectiva para conseguir los filtros o controles necesarios del *ius variandi* extraordinario. No obstante, una regulación estatal como la señalada —o convencional, dado el caso— no será suficiente si no se complementa con un apropiado tratamiento del tema en sede judicial y administrativa, conforme a las pautas desarrolladas por el Tribunal Constitucional sobre ciudadanía laboral.

4. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES SUSTANCIALES DE TRABAJO. BREVE ANÁLISIS DE LA REMUNERACIÓN, EL TIEMPO DE TRABAJO, EL LUGAR DE TRABAJO Y LA FUNCIÓN DESEMPEÑADA POR EL TRABAJADOR.

No voy a entrar en un análisis detallado de las condiciones sustanciales de trabajo. Ello escapa a las pretensiones de la presente ponencia. Baste por ahora recordar, conforme a lo expuesto y fundamentado anteriormente, que ellas son la remuneración, las condiciones referidas al tiempo de trabajo (jornada, horario y turno de trabajo), el lugar de trabajo y la función desempeñada por el trabajador; y que, desde mi posición, ninguna de ellas se encuentra comprendida en el *ius variandi* ordinario. Por lo tanto, la posibilidad de que sean modificadas unilateralmente por el empleador descansa en el *ius variandi* extraordinario, ubicado extramuros del artículo 9, segundo párrafo, de la LPCL, y supone límites y consideraciones de mayor rigor que los establecidos para las modificaciones comunes.

De otro lado, la sustancialidad de dichas condiciones de trabajo queda evidenciada, como se ha advertido anteriormente, con su asociación —salvo el supuesto del tiempo de trabajo, pero que en todo caso tiene también reglas propias— a los actos de hostilidad equivalentes al despido, regulados en el artículo 30 de la LPCL. Me queda claro que no puede tratarse de condiciones accesorias, si lo que está en juego respecto de ellas con la medida empresarial de modificación es la subsistencia misma de la relación de trabajo. Es por eso que su afectación (o alteración, más propiamente), cuando no se cumplen los requisitos legalmente establecidos, es equiparada al despido. Repárese que la posibilidad de reducir la remuneración o la categoría, o el cambio de lugar de trabajo, como en el resto de supuestos de hostilidad, no están regulados en sentido positivo sino en negativo. Así, califica como acto de hostilidad la reducción inmotivada de la remuneración o la categoría; o el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que habitualmente presta servicios. Y esto es una clara diferencia con el *ius variandi* ordinario del artículo 9 de la LPCL, que sí regula en afirmativo la facultad empresarial (“el empleador puede...”). Es decir, no es que se faculte al empleador a reducir la remuneración

⁵⁷ Sobre el particular véase: ARCE ORTIZ, ob. cit., pp. 213 y ss; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones laborales, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 211 y ss.

o al trasladar al trabajador de su lugar de habitual de trabajo, sino que es, a partir de una interpretación a contrario de la normativa en cuestión, que se establece la posibilidad de hacerlo, y sujeto, claro está, a determinados requisitos. Esto debería llevarnos a realizar necesariamente una interpretación restrictiva de las posibilidades modificatorias de las condiciones sustanciales de trabajo por iniciativa del empleador.

Haremos ahora, para finalizar, un breve análisis de la viabilidad de la modificación de las condiciones que hemos calificado como sustanciales, a partir de su regulación como actos de hostilidad en el caso de la remuneración, la función desempeñada por el trabajo y el lugar de trabajo, y de su regulación particular en el caso del tiempo de trabajo.

4.1. La remuneración

La doble propiedad de elemento esencial y de condición sustancial de trabajo, ponen de relieve la indiscutible importancia que tiene la remuneración en el contrato de trabajo. Pero esta especial consideración parece haber importado poco a la Corte Suprema de Justicia que en la casación laboral N° 00489-2015-Lima —bastante desafortunada, hay que decirlo—, ha justificado, de forma contradictoria, la reducción unilateral por parte del empleador de la remuneración de su trabajador.

Hay un sinnúmero de argumentos dogmáticos y normativos que abonan por la intangibilidad de la remuneración. Para empezar, hay que recordar la finalidad productiva o económica del servicio prestado por el trabajador, que es la de procurarle los medios necesarios para subsistir. No es pues el contrato de trabajo uno de naturaleza gratuita sino onerosa, por lo que el trabajo prestado debe ser debidamente retribuido. Esta significancia económica —y social— tiene un claro respaldo constitucional en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 22 de la Carta Fundamental establece que el trabajo es la “base del bienestar social y un medio de realización de la persona”; añadiendo el artículo 23, cuarto párrafo, de la propia norma que: “Nadie puede ser obligado a prestar trabajo sin retribución”. Cierra el círculo garantista de la remuneración el artículo 24, primer párrafo, de la Constitución, señalando que: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

¿Son insuficientes estos tres preceptos constitucionales? Considero que no. El derecho reconocido a los trabajadores y el mandato a los poderes públicos de garantizarlo me parecen absolutamente claros. Hay en el sustrato de la remuneración un carácter alimentario porque ella está dirigida —por definición— a asegurar la subsistencia del trabajador y de los que de él dependen. Esto explica por qué a nivel infraconstitucional, el Código Procesal Civil proclama la inembargabilidad de la remuneración, siendo una excepción a la misma, precisamente, el embargo que por mandato judicial se disponga en el caso de deudas del trabajador con sus familiares por alimentos (cónyuge, hijos); y también por qué la Ley Gene-

ral del Sistema Concursal privilegia a las remuneraciones con el primer orden en la prelación para su cobro en caso de liquidación o insolvencia de las empresas⁵⁸.

¿Cómo opera entonces la modificación de la remuneración? Necesariamente por acuerdo de partes. Al menos, esta debería ser la regla. Y esto es así por mandato expreso de la Ley 9463 (de 1941), cuya vigencia no parece estar en discusión y que ha servido de fundamento al TC para permitir la reducción consensuada de la remuneración en reiteradas oportunidades, siempre que se ha acredite de manera indubitable la voluntad de las partes, para lo cual, como establece la STC-01.014-PI, debe existir “un acuerdo libre, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador”⁵⁹. ¿Puede hacerla en forma unilateral el empleador? El tema se problematiza cuando el inciso b) del artículo 30 de la LPCL establece que constituye un acto de hostilidad la reducción “inmotivada” de la remuneración, y el Decreto Supremo N° 001-96-TR precisa que tal supuesto se da ante la ausencia de una causa objetiva o legal que justifique la rebaja salarial.

Según la Casación 00489-2015, una reducción salarial que no perjudique los derechos laborales de los trabajadores tendría que cumplir siempre las siguientes tres condiciones: a) Que la reducción no se sitúe por debajo de los mínimos legalmente establecidos, que en el caso que nos ocupa sería la denominada remuneración mínima vital; b) Que dicha reducción responda a circunstancias objetivas (aquí simplemente se repite lo señalado en el D.S. 001-96-TR); c) Que sea autorizada por el trabajador afectado en forma expresa y de manera indubitable, sin que deje lugar a dudas de su voluntad, lo que implica que no medie intimidación, coacción y/o violencia que vicien su manifestación de voluntad⁶⁰. Lo dicho por la Corte Suprema permitiría sostener que la ausencia de algunos de estos requisitos termina generando un perjuicio a los intereses de los trabajadores e invalidando la medida. Pero no solo eso, sino también que si los requisitos señalados no son alternativos sino acumulativos, como efecto lo son a tenor de lo establecido expresamente en la sentencia, siempre se requerirá la autorización del trabajador para que pueda darse la reducción de su remuneración. En otras palabras, la causa objetiva que se exige como segundo requisito sería el propio acuerdo de partes autoritativo de la reducción y, con ello, la única forma posible de rebajar la remuneración. Esta es una sentencia confusa porque posteriormente habilita la posibilidad de una reducción salarial sin consentimiento del trabajador; lo que podrá ocurrir por decisión unilateral del empleador, pero siempre basada en una causa objetiva⁶¹.

⁵⁸ Para Zavaleta Cruzado, esto es una muestra de que la ley siempre cautela la intangibilidad del salario (ZAVALETA CRUZADO, Roger. “Ámbito y Límites del Ius Variandi: La modificación Unilateral de las Condiciones de Trabajo”, en: AA.VV., *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*, Editorial Grijley, Lima, 2009, p. 599).

⁵⁹ Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 38.

⁶⁰ Casación laboral N° 00489-2015 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 7 de junio de 2016, fundamento 6.

⁶¹ Casación Laboral N° 00489-2015, fundamento 10.

Algo alambicada esta lógica argumentativa de la Suprema para explicar que la rebaja de remuneración puede ser consensuada o no consensuada, sujeta en ambos casos al requisito de la objetividad de la medida, pero más precisamente a la excepcionalidad y razonabilidad de la misma⁶². Lo discutible es que dos modalidades (distintas) de reducción salarial reciban el mismo tratamiento, porque esto podría conducir en la práctica a eliminar el espacio del acuerdo para obtener la reducción.

Como se nos ha recordado, lo señalado por la Corte Suprema no es nuevo en la medida que el TC, en la sentencia N° 0020-2012-PI/TC, ya se había manifestado con anterioridad sobre estas modalidades de rebaja remunerativa, determinando la necesidad de la existencia de una casusa objetiva para que proceda la reducción por decisión unilateral del empleador, lo que en estricto supondría que estamos ante una causa ajena a la voluntad de este y, por ende, se justifica la medida empresarial⁶³. Se trata, sin duda alguna, de una sentencia más lograda, en la que el Alto Tribunal le otorga claramente a la medida empresarial en cuestión una naturaleza excepcionalísima.

Hay que destacar de esta sentencia, en primer lugar, que fija el contenido esencial del derecho constitucional a la remuneración, y para ello establece que este derecho comprende los siguientes elementos: a) acceso (alude al trabajo libre y a la naturaleza contraprestativa del servicio prestado); b) no privación arbitraria (no se puede dejar de pagar la remuneración sin causa justificada); c) prioridad (pago preferente frente al resto de obligaciones del empleador); d) equidad (queda proscrito el cálculo de la remuneración por motivos discriminatorios); y, e) suficiencia (hay un *quantum* mínimo que debe ser garantizado)⁶⁴.

En segundo lugar, y de cara a la posibilidad modificar *in peius* la remuneración por voluntad unilateral del empleador, y por ende —añadiría yo—, de que tal acto no califique como una acto de hostilidad equiparable al despido, el TC ha formulado un conjunto de otras consideraciones que es importante tener en cuenta. Así, el TC establece un contenido accidental del derecho fundamental, implantado en los principios de consistencia e intangibilidad de la remuneración. Según el primero, lo que percibe el trabajador como remuneración debe guardar directa relación con “las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador”. Según el segundo, no resulta permisible una disminución desproporcionada del salario⁶⁵.

Es posible entonces la reducción salarial, pero teniendo en cuenta que esto supondrá la restricción “de un derecho fundamental, debe estar sujeta a interpre-

⁶² Casación Laboral N° 00489-2015, fundamento 10.

⁶³ Véase: AGUINAGA MEZA, Ernesto. “Comentario a la Casación Laboral N° 00489-2015”, en: <https://www.facebook.com/ernesto.aguinaga.98/posts/10154630945012642?pnref=story>.

⁶⁴ Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 16.

⁶⁵ Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 32.

taciones restrictivas y al cumplimiento de requisitos rigurosos. Y estos requisitos, conforme a lo establecido por el TC en la sentencia que venimos analizando, son⁶⁶: de un lado, la *excepcionalidad* del acto empresarial, esto es, que “la reducción de la remuneración sea una medida extraordinaria y coyuntural que tiene lugar en contextos especiales”; y, de otro, la *razonabilidad* del mismo, por lo que debe respetar “determinados límites de proporcionalidad de manera tal que no suponga una disminución significativa de la remuneración, ni sea arbitraria”.

En definitiva, la reducción salarial no consensuada o por voluntad unilateral del empleador será posible “por causa objetiva y justificada”⁶⁷, conforme a los parámetros antes señalados. ¿Y qué clase de circunstancias extraordinarias y coyunturales podrían justificar una rebaja remunerativa que no cuente con la voluntad del trabajador, o incluso en contra de ella? Aguinaga Meza responde a esta interrogante señalando que el TC “las circunscribe a las especiales necesidades empresariales o estatales que se presentan en los contextos de déficit financiero o escasez de recursos que, en esa lógica, serían los que exigen la adopción de una serie de medidas dirigidas a evitar un perjuicio económico mayor (en este caso, por ejemplo, la pérdida del empleo y, por consiguiente, de todo tipo de ingreso)”. En opinión del propio autor, “solamente estará justificada la reducción unilateral de la remuneración (...) cuando sea necesaria para mantener la continuidad del negocio”, pero debiendo reconducirse al procedimiento de cese colectivo previsto en la LPCL⁶⁸.

En cualquier caso, una postura coherente con la protección del derecho fundamental a una remuneración justa y suficiente y del principio de intangibilidad de la misma, en los términos expuestos por el TC, debería llevar al empleador a intentar adoptar la medida menos gravosa para el trabajador, esto es, la reducción de la remuneración como último recurso. Pero al mismo tiempo, la desaparición de las circunstancias que justificaron la rebaja, debería permitir retrotraer las cosas a su estado anterior, es decir, que la remuneración retorne a su cuantía original y que se realicen paulatinamente los reintegros correspondientes⁶⁹.

⁶⁶ Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 35.

⁶⁷ Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 43.

⁶⁸ AGUINAGA MEZA, ob. cit.

⁶⁹ Señala con agudeza Aguinaga Meza que el razonamiento seguido por el TC para justificar la reducción salarial, podría utilizarse del mismo modo en sentido inverso. “El punto es el siguiente: las razones que funcionan para justificar la rebaja, también pueden operar para justificar el alza. Por ejemplo, siguiendo la lógica del TC, si una situación excepcional de crisis o de escasez de recursos, puede dar lugar a una reducción unilateral pero motivada de la remuneración, ¿por qué entonces una situación excepcional de bonanza o de abundancia de recursos, no podría dar lugar también a un incremento unilateral pero motivado de la remuneración?” (AGUINAGA MEZA, ob. cit.).

4.2. El tiempo de trabajo

Esta es la única de las cuatro condiciones de trabajo tratadas que tiene una doble regulación en función de la trascendencia de la modificación que pretenda realizar el empleador. De un lado, está el artículo 9, segundo párrafo, de la LPCL que faculta al empleador a realizar cambios en los turnos, días u horas de trabajo, condicionados a la razonabilidad de la medida y la necesidad del centro de trabajo.

De otra parte, el Texto Único Ordenado de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR (en adelante, LJT), indica que el empleador puede establecer: a) la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal; b) jornadas compensatorias de trabajo; c) jornadas acumulativas o atípicas de trabajo; d) reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo; y, e) horarios y turnos de trabajo fijos o rotativos.

Cuando el empleador pretenda modificar alguna de estas condiciones debe ceñirse a un procedimiento interno diseñado por la LJT, y que consiste, fundamentalmente, en informar con ocho días de anticipación a la organización sindical o, en su defecto, al representante de los trabajadores, designado para tal fin. Está sobreentendido que dichas medidas deben ir acompañadas del respectivo sustento que las valide, y que, como mínimo, deben sujetarse a los requisitos de razonabilidad y necesidad de la empresa exigidos para modificaciones de naturaleza accesorias.

Este doble tratamiento de las condiciones referidas al tiempo de trabajo refleja claramente que las normas citadas se mueven en dos niveles diferentes. En el caso de la facultad establecida en el artículo 9 de la LPCL, reafirma lo que hemos sostenido anteriormente, en el sentido de que dicha norma regula el *ius variandi* ordinario. De esta manera, la modificación de turnos, horarios o días de trabajo, que no supongan un cambio considerable (por ejemplo, un reajuste menor del horario de trabajo consistente en el adelanto de 15 minutos de la hora de inicio y finalización de la jornada de trabajo), se sujeta al artículo 9 de la LPCL y a los límites establecidos por dicha norma, mientras que las modificaciones de mayor envergadura y las otras condiciones sobre tiempo de trabajo se reconducen necesariamente a la LJT.

Sobre el particular, conviene tener en cuenta lo establecido por el TC en el caso del Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, porque en este caso el Alto Tribunal advirtió expresamente que lo resolvía a la luz del principio-derecho de la dignidad humana⁷⁰ y, con basamento en dicho principio-derecho, fijó un conjunto de criterios que buscan garantizar la plena vigencia de los derechos relacionados con el tiempo de trabajo, entre ellos el de una jornada máxima y el del descanso. Estos criterios deben servir de parámetros interpretativos de los actos empresariales cuando establezcan o pretendan modificar jornadas, horarios y turnos de trabajo.

⁷⁰ Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, Exp. N° 4635-2004-AA/TC, fundamento 12.

Para empezar, se ha establecido la jornada de trabajo debe tener una limitación temporal razonable, y que debe ser de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos o insalubres⁷¹. De otro lado, el TC sostiene que trabajar más allá de la jornada máxima (8 horas), es una medida excepcional “que deberá aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo de que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales de Derechos Humanos”⁷². El análisis garantista del TC no queda ahí, pues apuntala la lógica de una jornada razonable con la necesaria articulación de este derecho con otros derechos fundamentales directa e indirectamente relacionados con el tiempo de trabajo, como el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre (artículo 25); a la salud y protección del medio familiar (artículo 7); y el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26).

4.3. La función desempeñada

El artículo 30 de la LPCL se refiere propiamente a la rebaja de categoría y no al cambio de la función desempeñada por el trabajador, aunque qué duda cabe de que se trata de dos figuras afines. La categorización profesional es un sistema de clasificación vertical que permite a las empresas ubicar a sus trabajadores en diferentes niveles o categorías, a partir de las capacidades, conocimientos, preparación técnica o profesional, complejidad de la función desempeñada y responsabilidades, entre otros criterios, que tenga el respectivo trabajador. En este orden de ideas, una determinada categoría —que permite subniveles a su interior— comprendería a trabajadores con una cualificación similar y que desarrolla también tareas de similar complejidad y responsabilidad. En todo caso, transitamos aquí el terreno de la movilidad funcional donde el requerimiento de un trabajador polivalente (capaz de adaptarse o de realizar más de una función), en un mundo altamente competitivo y en permanente transformación como el de las relaciones de producción, es cada vez mayor.

El cambio de la función puede darse en tres escenarios o sentidos diferentes: el vertical ascendente, el horizontal y, por último, el vertical descendente. El primer escenario se refiere a los ascensos o promociones que puede alcanzar un trabajador dentro de la empresa. Con esta modificación, cambia el estatus del trabajador, quien se incorpora a una categoría de grado superior, pasando a realizar nuevas o diferentes funciones que se entienden son de mayor complejidad y/o responsabilidad. Atendiendo al principio de *consistencia* de la remuneración establecido por el TC⁷³, y al que se ha aludido anteriormente, el ascenso debe venir acompañado

⁷¹ Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, Exp. N° 4635-2004-AA/TC, fundamento 15.

⁷² Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, Exp. N° 4635-2004-AA/TC, fundamento 17.

⁷³ Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 32.

de la correspondiente compensación económica. De lo contrario, más que de un beneficio —que es lo que se supone trae al trabajador una promoción—, la medida empresarial podría estar encubriendo un acto de hostilidad que, conforme a lo pautado por el artículo 30 de la LPCL, no sería equivalente al despido.

Respecto a las modificaciones funcionales en sentido horizontal, estas son las que operan dentro de una misma categoría. La función que pasa a desarrollar el trabajador es diferente, pero que se entiende resulta de una complejidad y responsabilidad similares a las que realizan el resto de trabajadores de la misma categoría. Esta clase de modificación debe suponer un mero cambio de puesto o encargo dentro del aparato organizacional de la empresa, que permita seguir ubicando al trabajador en la misma categoría o nivel jerárquico, porque de lo contrario, si el cambio significase, por ejemplo, una responsabilidad bastante mayor o bastante menor de lo usual, podríamos estar moviéndonos en la figura de la modificación vertical ascendente o descendente, respectivamente, con las implicancias que ello tendría, según se ha visto antes o se verá inmediatamente.

Por último, me referiré a la modificación de funciones en sentido vertical descendente, que es la que supone, en estricto, una rebaja de categoría calificada por el inciso b) artículo 30 de la LPCL, como un acto de hostilidad que permite el despido indirecto, y en el que, más que una afectación económica directa al trabajador, se encuentra en juego la dignidad del trabajador⁷⁴.

Al respecto, la Corte Suprema en la Casación N° 624-2002-Lima ha precisado que: “(...) para que se produzca el acto hostilizador de rebaja de categoría previsto en el artículo 30 inciso b) de la LPCL, se requiere la existencia de perjuicio real y concreto en contra del trabajador a la fecha en que este requiere a su empleador el cese de tales actos (...)”⁷⁵. Este es un criterio discutible porque el ilícito laboral en el que incurre el empleador con la rebaja de categoría carente de justificación, se configura en el momento mismo que este se produce. Cosa distinta es que el acto de hostilidad se prolongue o desaparezca con el paso del tiempo. Pero esto servirá, en todo caso, para medir la magnitud del perjuicio ocasionado al trabajador y el tipo reparación que este merece. Y es que, aun en el caso que el empleador, ante el reclamo del trabajador o por mandato judicial, deje sin efecto el acto hostil, este hecho no elimina la posibilidad de que el trabajador requiera la correspondiente indemnización por daños y perjuicios o por daño moral. Hay que tener en cuenta que la rebaja de categoría, independientemente de que el empleador decida incluso mantener la remuneración, puede producir la afectación de diversos derechos fundamentales, no solo el de dignidad del trabajador en su condición de persona humana, sino también, por ejemplo, el derecho a su desarrollo personal y profesional⁷⁶.

⁷⁴ Caldera, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, El despido... ob. cit., p. 403.

⁷⁵ Casación Laboral N° 624-2002, Fundamento 8.

⁷⁶ Señala Zavaleta Cruzado que, incluso si no existiese una “cláusula expresa sobre la función que debe desempeñar [el trabajador] en la empresa, se presume que (...) está obligado a de-

4.4. El lugar de trabajo

La modificación del lugar del trabajo, también se encuentran regulada como acto de hostilidad en el inciso c) del artículo 30° de la LPCL, equiparable al despido, concretamente “el traslado del trabajador a un lugar distinto del lugar en el que habitualmente presta sus servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio”. El Decreto Supremo N° 001-96-TR, agrega que el traslado debe representar un cambio a un lugar geográfico distinto y que el propósito de causar un perjuicio al trabajador debe ser “deliberado” (artículo 50).

Por lo tanto, parecería que si el traslado es dentro del mismo ámbito geográfico o no se acredita el deliberado propósito de ocasionar un perjuicio al trabajador con el cambio locativo, la medida empresarial sería lícita. No obstante, una vez más, considero que al poder estar en juego —o en riesgo, más propiamente— ciertos derechos fundamentales del trabajador ciudadano, como el derecho a fijar su residencia o el derecho al desarrollo personal y familiar, el análisis que se haga en cada caso debe ponderar los intereses involucrados, tanto la necesidad empresarial de realizar el cambio, al amparo de su derecho de libertad de empresa reconocido constitucionalmente, y también de los del trabajador de cara a preservar una situación que no vulnere sus derechos fundamentales. Este es un espacio en el que, ocioso es decirlo, opera el test de proporcionalidad de derechos, a efectos de validar la medida empresarial y de, en todo caso, adoptar la medida —siempre con una lógica restrictiva— que resulte menos onerosa para el trabajador. En ese sentido, hay que considerar que cada trabajador es un sujeto particular, con diferentes intereses y necesidades, por lo que los requisitos legalmente establecidos para calificar el traslado como válido, no pueden entenderse como absolutos e inamovibles, en particular el que se refiere a la intención deliberada de ocasionar un perjuicio al trabajador (*animus nocendi*), porque resulta muy poco probable que pueda ser acreditado en la mayor parte de los casos.

En efecto, hay variadas circunstancias a tener en cuenta para la valorar la validez de la medida empresarial, incluso si no hubiese el ánimo de causar daño al trabajador, como por ejemplo, el estado civil del trabajador, la carga familiar que tiene, los estudios que se encuentra realizando, etc.⁷⁷ Incluso el factor geográfico al que la alude las normas en cuestión, y que en principio podrían parecer razonables, hay que tomarlo con mucho cuidado, pues dentro de una misma localidad o ámbito

sempeñar todos los encargos compatibles con su condición personal. El empleador, en este caso, puede variar la función del trabajador, pero siempre dentro de los límites resultantes de las condiciones personales de este último, que se refieren no solo a sus aptitudes física y profesionales, en términos generales; sino que, es necesario además examinar el problema bajo el punto de vista de la condición social y familiar del trabajador” (ZVALETA CRUZADO, ob. cit., p. 591).

⁷⁷ Como señala con acierto Blancas Bustamante, el ámbito geográfico en el que el trabajador debe prestar sus servicios, es probablemente, en la mayor parte de los casos, el factor determinante para que el trabajador decida celebrar el contrato de trabajo (BLANCAS BUSTAMANTE, El despido..., ob. cit., 409).

geográfico, dependiendo la extensión de la misma, o también por las dificultades del transporte, el desplazamiento del trabajador desde su domicilio hasta el centro de trabajo y viceversa, podrían generarle un perjuicio objetivo y cierto⁷⁸.

5. CONCLUSIONES

A partir de lo expresado en la presente ponencia, me permito llegar a las siguientes conclusiones:

Primera: El contrato de trabajo legitima una relación de desigualdad entre las partes: uno manda (el empleador) y el otro obedece (el trabajador). Pero esta es una particularidad inevitable de la relación de trabajo, puesto que esta relación de intercambio de trabajo por retribución y de ajenidad de los frutos del trabajo no podría funcionar sin la subordinación (jurídica) del trabajador al empleador, porque es la forma que tiene este de garantizar el éxito de su emprendimiento económico.

Segunda: Hay un núcleo básico de condiciones de trabajo que, por su importancia, califican necesariamente como esenciales o sustanciales del contrato de trabajo, por estar relacionadas con las labores que va a desarrollar el trabajador, el lugar donde las realizará, la duración diaria de su actividad y el *quantum* de lo que va a percibir por el servicio prestado. Es a partir de estas consideraciones que el trabajador estará en capacidad de adoptar un conjunto de decisiones vinculadas a su vida personal y familiar.

Tercera: En las últimas décadas dos importantes procesos de signo contrario han recorrido en paralelo el mundo de las relaciones laborales. El primero de ellos ha supuesto un retroceso de la función garantista del Derecho del Trabajo, imprimiendo una lógica individualista a las relaciones de trabajo y un claro reforzamiento de la posición empresarial en detrimento del trabajador. El segundo, por su lado, ha estado dirigido a afianzar el predominio de la Constitución y de los derechos que esta consagra, en sus distintos ámbitos, a favor de los ciudadanos.

Cuarta: Es esta nueva perspectiva garantista (encausar la ejecución de la prestación debida por el trabajador al amparo de los derechos fundamentales no propiamente laborales, pero con irradiación en el ámbito de la empresa) la que interesa resaltar por tener claro sustento constitucional, y porque permite redefinir la relación contractual entre el trabajador y su empleador (artículos 23 y 44,

⁷⁸ Son interesantes otra vez, los criterios planteados por la Corte Suprema de Justicia colombiana, la misma que señala la Sentencia T-065-07, lo siguiente: “Respetando la característica de residualidad de la acción, se han fijado condiciones para que el juez de tutela pueda entrar a pronunciarse sobre decisiones de traslados a docentes, entre las cuales se encuentra (i) que la decisión de traslado sea arbitraria al no haber consultado de forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador y por tanto conlleve una desmejora de sus condiciones de trabajo y (ii) que de forma clara se evidencie una vulneración grave y directa de los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. (el subrayado es mío).

principalmente), a partir de la actuación de los derechos fundamentales como verdaderos límites del poder empresarial.

Quinta: Hay que diferenciar la simple modulación de la prestación de trabajo, recogida en el primer párrafo del artículo 9 de la LPCL, del *ius variandi* empresarial, tanto del ordinario, regulado por el segundo párrafo del citado artículo, como del extraordinario, que se ubica extramuros del artículo 9 de la LPCL y que su tratamiento se encuentra vinculado a los actos de hostilidad de los incisos b) y c) del artículo 30 de la LPCL y a la regulación de la LJT.

Sexta: Son varios los elementos a tener en cuenta para analizar si la medida empresarial encierra o no una modificación de carácter sustancial, entre ellos, la naturaleza de las condiciones de trabajo que se pretenden modificar, la radicalidad de la medida (si es proporcional o no), su temporalidad (si es transitoria o definitiva), o el potencial perjuicio que la modificación podría tener en la relación de trabajo.

Sétima: Es necesaria la dación de una normativa *ad hoc* sobre modificaciones sustanciales de trabajo, a fin de poner orden en esta materia y que sirva para orientar las decisiones que el empleador adopte sobre el particular. Es necesario que se fijen unos claros límites a una facultad que ha de ser entendida como excepcionalísima, tanto de carácter sustantivo como procedimental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUINAGA MEZA, Ernesto. “Comentario a la Casación Laboral N° 00489-2015”, en: <https://www.facebook.com/ernesto.aguinaga.98/posts/10154630945012642?pnref=story>.
- ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho individual del Trabajo en el Perú, Palestra editores, Lima, 2013.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el derecho laboral peruano, Ara editores, Lima, 2013.
- BOZA PRÓ, Guillermo. “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano. Breves notas al Decreto Ley N° 25921”, en: Asesoría Laboral, Lima, marzo de 1994
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. Modificaciones de la prestación de trabajo, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1983.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. “La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Revista de Política Social núm. 143, Madrid, 1984.
- GOLDIN, Adrián. “Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio”, en: Thémis, núm. 65, Lima, 2014.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales, Ediciones Laborum, Murcia, 2011.
- KAHN-FREUND, Otto. Trabajo y Derecho (Traducción de Jesús M. Galiana Moreno), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.
- LUQUE PARRA, Manuel. Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

- MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín y Joaquín GARCÍA MURCIA. Derecho del Trabajo, Tecnos S.A., Madrid, 2013.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo, Tecnos S.A., Madrid, 2013.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. La deconstrucción del Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2010.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. “La genealogía del contrato de trabajo”, Palestra del Tribunal Constitucional, Año III, núm. 5, Lima, mayo de 2008.
- PACHECO ZERGA, Luz. “Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional”, en: AA.VV., Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia de la Magistratura – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en: El modelo social en la Constitución Española de 1978 (A.V. Sempere Navarro, director), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Individual, Editorial Edial, Lima, 1999.
- RIVERO LAMAS, Juan. “Modificación de las condiciones de trabajo”, en Comentario a las Leyes Laborales (Efrén Borrajo Dacruz, director), EDERSA, Madrid, 1982.
- ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato de trabajo, Valladolid, 1992.
- SALA FRANCO, Tomás y otros. Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas, Griyley, Lima, 2013.
- SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo (Traducción de Patricia Rubini-Blanco), Heliasta, Buenos Aires, 2008.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones laborales, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- ZAVALETA CRUZADO, Roger. “Ámbito y Límites del Ius Variandi: La modificación Unilateral de las Condiciones de Trabajo”, en: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Griyley, Lima, 2009.