

El tratamiento deficiente al *ius variandi* y a sus límites en la legislación laboral peruana

Josef Antonio Mimbela González

Especialista Legal en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Abogado por la Universidad Cesar Vallejo, Lima Norte. Cursando estudios de Maestría en Derecho del Trabajo, en la Universidad San Martín

SUMARIO

1. Introducción. 2. Desentrañando el contenido del ius variandi. 3. ¿Podrá ejercerse el ius variandi fuera del contenido asignado por la ley?. 4. El ius restituentiae ante el exceso del ius variandi. 5. El paliativo sustantivo como mecanismo insuficiente de protección. 6. Mecanismos procesales actuales. 7. Una propuesta para el cambio. 8. Conclusiones. 9. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Naturalmente el contrato de trabajo como elemento que hace emerger la relación laboral fija las obligaciones y derechos por convenio de las partes contratantes, empero dada la especial relación habida entre el trabajador y empleador, resulta una tarea difícil que se establezca en dicho acuerdo de voluntades, todas las obligaciones del trabajador.

En tal escenario, la ley faculta al empleador a introducir cambios en la prestación de servicios¹, pero que analizado con detenimiento no se logra advertir cual es el universo que abarca dicha facultad empresarial.

En ese orden de ideas, conforme se describirá en líneas posteriores y de acuerdo al análisis practicado a la legislación laboral peruana, no resulta claro cuál es el contenido del *ius variandi*, dada la ausencia de una normatividad que encierre sus linderos, asimismo, no se sabe si el empleador puede ejercer el *ius variandi* fuera de los supuestos legales, o si acaso el trabajador puede resistir aquellas modificaciones a la prestación de servicios o condiciones de trabajo que se hallen fuera de los límites establecidos.

Asimismo, determinaremos cual es el paliativo sustantivo que propenda la neutralización del uso desmedido del *ius variandi*, así como señalaremos nuestra crítica al actual tratamiento procesal a dicha herramienta sustantiva. Y por supuesto formularemos nuestra propuesta de reforma de dicha situación conflictiva.

2. DESENTRAÑANDO EL CONTENIDO DEL *IUS VARIANDI*

A fin que el empleador no caiga en excesos y se resguarde la serie de derechos que componen la esfera individual del trabajador, es necesario que toda legislación ostente reglas claras y delimitadoras que establezcan el componente del *ius variandi*. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico tiene una regulación lacónica que no permite comprender en puridad cual el ámbito que abarca esta facultad empresarial.

En principio nuestro ordenamiento jurídico laboral, no ha definido la estructura del *ius variandi*, sino que por su parte, la doctrina se ha encargado de hacerlo. Así tenemos, al profesor Elmer Arce Ortiz, quien ha clasificado al *ius variandi*, en: i) *Ius variandi* común o habitual; ii) *Ius variandi* esencial; y iii) *Ius Variandi* extraordinario. Al primero lo entiende como la facultad para introducir cambios o modificaciones accesorios o secundarios de las condiciones de la prestación de servicios ya pactada. Respecto al segundo, ha señalado que se trata de aquellas modificaciones esenciales o sustanciales el contrato de trabajo. Y respecto al tercero, sostiene que se trata de modificaciones sustanciales o esenciales, tomadas en situaciones extraordinarias, excepcionales o de emergencia².

¹ Facultad empresarial que ha recibido el rotulo con raíz latina de *ius variandi*,

² Arce Ortiz, Elmer. Derecho individual de trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Editorial Palestra. P. 452-458.

Iniciando el recorrido para delimitar el contenido legislativo del *ius variandi*, como primera estación tenemos la facultad conferida en el segundo párrafo del artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Decreto Legislativo N° 728° (en adelante TUO 728) que a la letra dice: “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 criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.”, norma jurídica del cual se puede extraer las siguientes facultades empresariales: **i)** introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo (*ius variandi en aspectos temporales*)³; y, **ii)** introducir cambios o modificar la forma y modalidad de la prestación de las labores, (*ius variandi en la ejecución de la prestación de servicios*).

Visto las facultades de modificación empresarial reguladas en dicho artículo, conforme a la clasificación ensayada por el profesor Elmer Arce, puedo sostener que en nuestro ordenamiento jurídico laboral, aquellas modificaciones o cambios en la forma o modalidad de la prestación de servicios y aquellas modificaciones de tiempo de prestación de servicios razonables, suponen el uso del *ius variandi* común o habitual, dado que dicha facultad supone implantar alteraciones sobre el modo o forma y tiempo de la prestación de servicios, lo cual resulta lógico, en vista que esta se debe adecuar a las necesidades empresariales que enfrente la empresa⁴.

Y por su parte, aquellas alteraciones de la prestación de servicios o condiciones de trabajo que trastoquen los acuerdos definidos sobre estos, contenidos en el contrato de trabajo, supondrán el uso del *ius variandi* esencial. *Verbigracia*, si en el contrato de trabajo se ha establecido que el turno de trabajo del prestador de servicios es de mañana (entiéndase en el día), y posteriormente, argumentando necesidades del servicio, se modifica dicho turno a la noche, ello supondrá una modificación sustancial en la prestación del servicio.

De otro lado, conforme a lo glosado, tendríamos como contenido del *ius variandi*: **a)** En aspectos temporales; y, **b)** En aspectos de ejecución de la prestación de servicios.

Ahora bien, a pesar que la norma jurídica analizada, señala taxativamente que el empleador está facultado para introducir los cambios o modificaciones antes señaladas, con una suerte de lista cerrada de supuestos, el mismo TUO 728, abre la puerta falsa para el ingreso de nuevos supuestos. A dicha conclusión podemos

³ Véase el procedimiento para la modificación de aspectos temporales de la prestación de servicios en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854.

⁴ En un similar sentido, se ha sostenido “el objeto sobre el que recae el *ius variandi* es designado como las modalidades de prestación de las tareas del trabajador, con lo cual se pretende señalar que la variación solo puede recaer sobre modalidades de trabajo, es decir, sobre aspectos secundarios o accidentales, no esenciales o fundamentales, y que generalmente se refieran a la forma, manera o modo de realizarse el trabajo – la prestación de trabajo —“. (Ermida Uriarte, Oscar. *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 1989, p. 34)

llegar, haciendo una interpretación en contrario de las normas jurídicas contenidas en el inciso b) y c) del artículo 30° del cuerpo normativo antes anotado⁵; por lo que, aquella reducción motivada⁶ de la remuneración o de la categoría, o aquel traslado del trabajador a un lugar distinto⁷ de aquel en el que preste habitualmente servicios, sin ánimo de generar perjuicio, también se encontrarán comprendidos en el bagaje del *ius variandi*. Precizando además, que dichas modificaciones dado que alteraran el contrato de trabajo se encuentran contenidos en el *ius variandi* esencial.

En suma, de acuerdo al análisis realizado, podemos sostener que conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico laboral, el contenido que entraña el *ius variandi*, es: **a)** De aspectos temporales; **b)** De aspectos en la ejecución de la prestación de servicios; **c)** De reducción remunerativa; **d)** De reducción de categoría; y **e)** De traslados distantes.

3. ¿PODRÁ EJERCERSE EL *IUS VARIANDI* FUERA DEL CONTENIDO ASIGNADO POR LA LEY?

Habiendo quedado claro el contenido legal del *ius variandi*. Ahora queda establecer que sucede con aquellos supuestos que se hallan en el limbo. Es decir, que sucede con aquellos supuestos de *ius variandi* no contemplados en la ley.

En esa línea de ideas, dado que nuestra legislación laboral no cierra los supuestos de actuación del *ius variandi*, al dejar espacios abiertos para que en muchos casos transite la arbitrariedad empresarial. Resulta trascendental establecer si fuera de los supuestos no contemplados por la Ley, el empleador en uso de la regla genérica establecida en el artículo 2° numeral 24° inciso a) de la Constitución, que a la letra dice: “*Nadie está obligado hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe*”, podría establecer modificaciones a la prestación de servicios y condiciones de trabajo.

A nuestra consideración, creemos que el empleador podría realizar modificaciones en la prestación o condiciones de trabajo en uso de la facultad de libertad genérica establecida en la norma constitucional antes citada, al no existir mandato que le obligue a hacer lo contrario o prohibición que lo restrinja a hacerlo. Empero como veremos más adelante bajo ciertos límites.

En ese sentido, las limitaciones vienen impuestas en: **i)** La Constitución; **ii)** La Ley, y; **iii)** El contrato de trabajo.

⁵ Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; y c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicios.

⁶ Que, a decir del reglamento del TUO 728, aquella motivación debe ser objetivo o legal.

⁷ Entendido lugar distinto como ámbito geográfico distinto, conforme lo señala el artículo 50° del D.S 001-96-TR

La Constitución así como reconoce al empleador la libertad de no hacer aquello que la ley no manda, y reconoce la potestad de hacer lo que ella no prohíbe, así también, limita dicho derecho para la no generación de perjuicios hacia el trabajador, proscribiendo de este modo el abuso del derecho. Sobre el particular, Diez Picazo y Gullon, al referirse al abuso del derecho, señalan que: *Los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad*⁸

En razón a ello, es plenamente válido sostener que los derechos de una persona terminan, donde comienza los derechos de los demás, y sumar que la propia constitución, en su artículo 103° establece que la Constitución no ampara el abuso del derecho⁹. De modo que, a pesar que pueda existir vacíos legislativos que puedan llevarnos a pensar que el empleador se encuentra facultado para que en dichas zonas francas pueda introducir cambios a diestra y siniestra. Ello no debe tomar dicho significado, puesto que la propia constitución ha proscrito el abuso del derecho, lógicamente a fin de evitar la generación de perjuicios.

Se abona a lo sostenido, el criterio adoptado por el Dr. Victor Garcia Toma, quien ha delimitado las características del ejercicio de la libertad, que a su consideración son: “a) La declaración de libertad lleva consigo la posibilidad de hacer todo lo que no dañe a otra persona, b) el límite del ejercicio de la libertad en no impedir ese mismo derecho a otros miembros de la sociedad, c) la ley es el instrumento de que se vale el Estado para señalar los límites de acción”¹⁰

Máxime, si la propia constitución ha dispuesto expresamente que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales o rebajar la dignidad del trabajador, conforme lo establece en su artículo 23, que a la letra dice: “*El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*”

De esta manera, aquellas modificaciones introducidas por el empleador que supongan la vulneración de los derechos reconocidos por la constitución, por ejemplo, *si el empleador alterara el ritmo de las funciones de un trabajador, asignándole la carga laboral de otro trabajador a causa de su renuncia, exigiéndole al primero*

⁸ DIEZ—PICAZO, Luis y GUILLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Quinta Edición. Tecnos, Madrid, 1984, p. 447.

⁹ Del mismo modo, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, establece que: La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

¹⁰ GARCÍA TOMA, Victor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993, p. 116.

de estos, que cumpla dicha exigencia en el mismo plazo que él tenía para prestar sus tareas. Evidentemente dicha sobrecarga laboral podría repercutir negativamente en la salud del trabajador¹¹, a consecuencia del estrés que lógicamente produce el cumulo de tareas y por qué no decirlo en el disfrute de su tiempo libre¹², al restarle de tiempo para que reponga energías, disfrute de su tiempo libre con su familia, y círculo social, y/o cualquier modo de empleo de dicho tiempo.

De esta manera, conforme a lo sostenido los límites que impone la constitución al *ius variandi* no reconocido legalmente, se encuentran: En el ejercicio abusivo del derecho, en el perjuicio al trabajador, y en el respeto de los derechos constitucionales del trabajador.

Respecto a los límites impuestos por la ley, si bien el propio ordenamiento jurídico puede callar respecto a si es factible o no el uso del *ius variandi* fuera del contenido legal reconocido, también es cierto, que siendo una de las características de la ley, la imperatividad de sus normas, es decir, el cumplimiento ineludible de sus disposiciones cuando tengan dicho carácter, es preciso destacar entonces, que el empleador por ejemplo no se encuentra facultado para modificar la jornada de trabajo por encima de las 48 horas semanales alegando necesidades del servicio, conforme lo impone el artículo 1º, primer párrafo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854º, que expresamente señala “*La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo.*”

Por último, respecto a los límites que impone el contrato de trabajo respecto al uso de *ius variandi* no regulado por la ley, es de precisarse que siendo el contrato de trabajo legítima fuente de las obligaciones, tanto para el trabajador como para el empleador. En uso de su libertad contractual¹³, estos tienen la potestad de estructurar de manera voluntaria la serie de derechos y obligaciones a que se sujetarán. En virtud a ello, las partes podrían convenir la ampliación de las facultades reconocidas por la ley para la modificación de las condiciones de trabajo. Aunque resulte cuestionable, dado que en el terreno de los hechos, la autonomía de la voluntad del trabajador se encuentra supeditada a lo establecido por el empleador. Por tal situación, con mucha razón se ha sostenido y se sostiene que el contrato de trabajo contiene ciertos rasgos del contrato por adhesión¹⁴.

¹¹ Artículo 2º numeral 1º de la Constitución: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

¹² Artículo 2º numeral 22º de la Constitución: 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

¹³ Artículo 1354º del Código Civil: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

¹⁴ Artículo 1390º del Código Civil: El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la

Sin embargo, a pesar que la Ley no puede reemplazar la posición contractual del trabajador, desde afuera se encarga de establecer disposiciones que tienden a limitar el ejercicio desmedido de la facultad del *ius variandi* del empleador. De esta manera, si se da el caso de imposiciones leoninas del empleador, fijadas en el contrato de trabajo, el trabajador quedara enteramente facultado para solicitar la nulidad de dicha condición, conforme lo faculta el propio Artículo V del título preliminar del Código Civil¹⁵.

Por tanto, conforme a lo sostenido, resultara legítimo el uso de *ius variandi* no contemplado legalmente, en los siguientes supuestos: **i)** Que no importe un abuso del derecho; **ii)** No se perjudique al trabajador; **iii)** Que se permita el ejercicio de los derechos fundamentales; y, **iv)** Que no se atente contra normas imperativas.

4. EL *IUS RESTITENTIAE* ANTE EL EXCESO DEL *IUS VARIANDI*

Habiendo establecido el contenido del *ius variandi*, tanto al interior de la ley como fuera de ella, así como sus respectivos límites. Ahora, conviene establecer si resultaría legítimo que el trabajador desacate las órdenes del empleador que supongan modificaciones a las condiciones de la prestación de servicios o condiciones de trabajo que estén fuera del contenido esbozado.

Como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce expresamente al trabajador a que resista las órdenes del empleador, dado que la Ley parte de la premisa que estas órdenes guardan conformidad con las normas jurídicas laborales, imponiéndose de este modo, el principio de *solve et repet*, máxima que se resume en lo siguiente: obedezco luego reclamo. Sin embargo, no ha establecido cual es la acción que puede ejercer el trabajador para evitar un perjuicio que se consumaría si cumple con las órdenes del trabajador.

Al respecto, somos de la consideración que dicho principio solo se aplica sobre las órdenes relacionadas con las labores del trabajador y en lo que nos corresponde, sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo que se encuadren dentro de los límites del *ius variandi*, siendo que fuera de dichos supuestos creemos que resultaría valido y legítimo que el trabajador no acate las órdenes del empleador.

Este desacato, que en puridad resultaría legítimo, tiene como fundamento el mismo principio de libertad que faculta al empleador a ejercer modificaciones que no supongan el abuso de su derecho. De este modo, el trabajador en uso de libertad individual, que no se ve restringido en la relación laboral, no se encontrara obligado de hacer aquello que no se encuentre establecido en el contrato de trabajo, en la Ley o Constitución, ni mucho menos se encontrara impedido de hacer lo que estos instrumentos no prohíban.

otra parte, declara su voluntad de aceptar.

¹⁵ Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Siguiendo esta línea, aquellas ordenes emanadas de un ejercicio irregular del derecho del empleador, dado que no encuentran respaldo contractual, legal ni constitucional, podrán ser obviadas por el trabajador. Entiéndase, desobedecidas o desacatadas por el trabajador. Príncipe, porque el trabajador no puede ser obligado a aquello carente de las fuentes antes mencionadas. Creemos, que por tal razón, nuestra propia norma sustantiva, conforme a lo establecido en el artículo 9° del TUO del D.L 728, solo faculta al empleador a sancionar aquellas infracciones o incumplimientos de las obligaciones a cargo del trabajador¹⁶. Entiéndase, obligaciones emanadas de las fuentes antes mencionadas.

5. EL PALIATIVO SUSTANTIVO COMO MECANISMO INSUFICIENTE DE PROTECCIÓN.

En la actualidad, estando a que es ardua la obtención de un empleo, y a fin que no se vea perjudicado la percepción de su remuneración, para el mantenimiento del trabajador y su familia, muchas veces los trabajadores, no tiene la voluntad de dar por extinguida la relación laboral, sino que por el contrario, mantienen la esperanza de revertir la incómoda situación que les toca enfrentar.

Por tal virtud, el ordenamiento jurídico ha establecido un mecanismo que permite al trabajador objetar o cuestionar las decisiones empresariales que les generen perjuicio, mientras se encuentra viva la relación laboral. Así, es el propio artículo 35° inciso a)¹⁷ del TUO 728, que faculta al trabajador que se encuentre siendo hostilizado a accionar para que cese la hostilidad padecida.

Aunque per se, resulte ser un mecanismo que no genere un apremio para el ánimo torticero del empleador.

6. MECANISMOS PROCESALES ACTUALES

Habiendo destacado el mecanismo de protección sustantivo reconocido por el TUO 728, es de describir que en la actualidad el cauce que se le ha brindado al cuestionamiento de los actos de hostilidad, es demasiado lato, pues, conforme lo

¹⁶ Artículo 9° del TUO del D.L 728, que al respecto dice: “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador”. Nótese, que solo el empleador se encontrara facultado para sancionar disciplinariamente los incumplimientos de las obligaciones a cargo del trabajador, es decir, aquellas inobservancias que no sean obligatorias, en efecto, no deben ser sancionados.

¹⁷ Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad

establece el artículo 2° numeral 1° inciso d) de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, su conocimiento será encausado vía proceso ordinario laboral, lo que significa, que su conocimiento se hará con plazos más largos¹⁸ y con distanciamiento de las etapas procesales (Audiencia de Conciliación y Juzgamiento).

Sin embargo, creemos que la sustanciación asignada a dicho conflicto jurídico, atendiendo a la urgencia de los derechos que se encuentran involucrados (salud, dignidad, remuneración, disfrute de su tiempo libre, etc), y aunado a que la materia de debate no resulta ser de suma complejidad, lo idóneo sería que la pretensión invocada por el trabajador sea tramitada vía proceso abreviado laboral. Más aún, si como es de conocimiento público, las causas en el Poder Judicial, en sentido contrario de lo que se creía con la implementación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, se encuentran siendo solucionadas en casi tres años, por lo mínimo.

Ahora bien, *per se*, creemos que la interposición de la demanda de cese de actos de hostilidad no resulta ser el paliativo para neutralizar el acto de hostilidad padecido, sino que debe ir acompañada necesariamente de la medida cautelar de innovar¹⁹ o de no innovar²⁰ conforme se dé el caso. Cautelares, que sin mediar sentencia se ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario a la situación existente²¹.

La Nueva Ley Procesal de Trabajo en el artículo 54° establece que “A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte. Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal. En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales. Véase, que la ley adjetiva laboral, no establece los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares, y menos aún, y esa es la crítica que realizamos, no establece de exigencias menores para la procedencia de las medidas cautelar de innovar o de no innovar en supuestos de actos de hostilidad, como si lo establece para los casos de reposición provisional.

En ese sentido, puede darse el caso, de aquella persona que padece de alguna enfermedad bronquial, y quiere ser trasladada a una zona con clima húmedo, o personas con enfermedades a la piel cuyos traslados se han ordenado a zonas con

¹⁸ Véase el artículo 42° y siguientes de la Nueva Ley Procesal de Trabajo.

¹⁹ Véase el artículo 682° del Código Procesal Civil.

²⁰ Véase el artículo 687° del Código Procesal Civil.

²¹ Ledesma Narvaez, Marianella. La tutela Cautelar en el Proceso Civil. Gaceta Jurídica. Lima, p. 384.

sol irradiante todo el año, o de aquella madre de familia, que tiene algún familiar directo enfermo, cuya enfermedad es tratada solo en determinada zona del país, y cuya recuperación también se encuentra supeditada a mantenerse en estado constante con su familiar, supuestos en los cuales, se podría generar un daño irreparable no solo en la persona del trabajador sino también en personas ajenas a la relación laboral, pero que en la práctica puede resultar difícil la probanza.

De esta manera, debería flexibilizarse en pro del trabajador los supuestos de procedencia de dichas medidas cautelares, puesto que en la actualidad se debe cumplir con requisitos de fondo exigidos en el Código Procesal Civil, es decir, se debe superar la verosimilitud del derecho invocado, e ingresar al campo de la casi certeza²², fundamentar la razonabilidad de la medida, y acreditar la inminencia de un perjuicio irreparable, que en muchos casos pueden ser de difícil probanza.

Véase, el caso de aquel empleador que de manera inmotivada —término que según el reglamento del TUO 728, se entiende como aquel acto que carece de motivación objetiva o legal— reduce de categoría al trabajador, afectando en consecuencia su dignidad como persona. En este supuesto, si bien el requisito de la casi certeza se encuentra con el hecho inmotivado de reducir su categoría, la razonabilidad de la medida se encontrara en el hecho que esta es la única medida cautelar capaz de contener los efectos del acto de hostilidad padecido. Sin embargo, el problema viene dado por la acreditación de la producción de un perjuicio irreparable. En ese sentido, ¿Cómo podría el trabajador acreditar la generación de un perjuicio irreparable sobre su dignidad?. De esta manera, estando a la dificultad de acreditación de este requisito, a pesar que es evidente que el trabajador se encontrara perjudicado en su esfera interna, no podrá prosperar la interposición de la medida cautelar de innovar.

Por tanto, resulta necesario que legalmente la Nueva Ley Procesal De Trabajo atenué las exigencias establecidas en el Código Procesal Civil, para el amparo de las medidas innovativas, a fin que también en el proceso cautelar se siga la tónica protectora del Derecho del Trabajo.

7. UNA PROPUESTA PARA EL CAMBIO

Somos conscientes que ni el sistema jurídico más desarrollado del mundo ha logrado establecer un ordenamiento jurídico al que no se le escape algún supuesto conflictivo, sin embargo, también somos conscientes que una vez advertidos aquellos flancos desprotegidos deben ser cubiertos por los distintos mecanismos existentes para llenar los vacíos o ajustar los defectos normativos existentes.

²² Al respecto la Dra. Marianella Ledesma, ha sostenido “En las anticipatorias, una fuerte probabilidad, casi una certeza de estar asistido por el derecho que se invoca”. Vease en Ledesma Narvaez, Marianella. La tutela Cautelar en el Proceso Civil. Gaceta Jurídica. Lima, p. 384.

En razón a ello, y conforme a lo que se ha sostenido en el presente trabajo de investigación, las propuestas se dirigen en el plano sustantivo y adjetivo. En el plano sustantivo, corresponde: 1) Establecer taxativamente y con supuestos cerrados cual es el contenido del *ius variandi*, a fin que el empleador mueva su actuación dentro de esos límites, y se evite la arbitrariedad empresarial; y, 2) Establecer expresamente los supuestos del *ius restintiae*, a fin que el trabajador ostente de un mecanismo inmediato a fin que pueda repeler el perjuicio que se le avecinaría.

Y en el plano procesal: 1) Modificar la vía procedimental para la tramitación del proceso de cese de hostilidades, dada su extensión, la materia urgente y reducida complejidad; y 2) Establecer una regulación propia de procedencia de medidas cautelares innovativas atenuando las exigencias establecidas en los requisitos del Código Procesal Civil.

8. CONCLUSIONES

De lo debidamente expuesto a lo largo de las líneas precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico laboral, tanto directa como indirectamente, el contenido que entraña del *ius variandi*, es: de aspectos temporales, de aspectos en la ejecución de la prestación de servicios, de reducción remunerativa, de reducción de categoría, y de traslados distantes.

El *ius variandi* fuera de los supuestos recogidos tanto directa como indirectamente por nuestro ordenamiento jurídico laboral, puede ejercerse siempre que no importe un abuso del derecho, no se perjudique al trabajador, se permita el ejercicio de sus derechos fundamentales, y, no se atente contra normas imperativas.

Aquellas órdenes emanadas de un ejercicio irregular del derecho del empleador, dado que no encuentran respaldo contractual, legal ni constitucional, podrán ser obviadas por el trabajador. Entiéndase, desobedecidas o desacatadas por el trabajador. Desacato que encuentra su fundamento en la libertad individual del trabajador, mediante el cual éste no se encuentra obligado de hacer aquello que no se encuentre establecido en el contrato de trabajo, en la Ley o Constitución, ni mucho menos impedido de hacer lo que estos instrumentos no prohíban.

El ordenamiento jurídico ha establecido un mecanismo que permite al trabajador objetar o cuestionar las decisiones empresariales que les generen perjuicio, mientras se encuentra viva la relación laboral, el cual se encuentra reconocido en el artículo 35° inciso a)²³ del TUO 728, el mismo que faculta al trabajador que se encuentre siendo hostilizado a accionar para que cese la hostilidad padecida.

²³ Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad

Creemos que la interposición de la demanda de cese de actos de hostilidad no resulta ser el paliativo para neutralizar el acto de hostilidad padecido, sino que debe ir acompañada necesariamente de la medida cautelar de innovar o de no innovar conforme se dé el caso.

Por lo visto, resulta necesario que legalmente la Nueva Ley Procesal De Trabajo establezca un nuevo cauce para el cese de hostilidades y atenué las exigencias establecidas en el Código Procesal Civil, para el amparo de las medidas innovativas, a fin que también en el proceso cautelar se siga la tónica protectora del Derecho del Trabajo.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- LEDESMA NARVAEZ, MARIANELLA. La tutela cautelar en el proceso civil. Gaceta jurídica, lima.
- ARCE ORTIZ, ELMER. Derecho individual de trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Editorial palestra, lima.
- GARCÍA TOMA, VICTOR. Análisis sistemático de la constitución peruana de 1993, p. 116
- IVONNE SÁNCHEZ CASTRO. El derecho de resistencia del trabajador y su escasa regulación en el ordenamiento jurídico español, en:
[Http://www.Cielolaboral.Com/wpcontent/uploads/2016/05/isanchez_n5_noticias_2016.Pdf](http://www.Cielolaboral.Com/wpcontent/uploads/2016/05/isanchez_n5_noticias_2016.Pdf).
- DIEZ-PICAZO, LUIS Y GUILLON, ANTONIO. Sistema de derecho civil. Quinta edición. Tecnos, madrid, 1984.
- PLA RODRIGUEZ, AMERICO. Los principios del derecho del trabajo. Tercera edición. De palma. Buenos aires, 1998.
- FABREGAT MONFORT. GEMMA. La posición del trabajador ante las órdenes empresariales *ius resistentiae* o *solve et repete*?: En: http://www.Ces.Gva.Es/pdf/trabajos/articulos/revista_27/art2-rev27.Pdf
- ERMIDA URIARTE, OSCAR. Modificación de condiciones de trabajo por el empleador, buenos aires. Editorial hammurabi, 1989.
- CALDERA RAFAEL. El despido indirecto. Editorial buenos aires, 1989.