

TRANSFORMACIONES LABORALES: ENTRE EL PODER DE DIRECCIÓN, EL DEBER DE OBEDIENCIA Y LA RENUNCIA

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU¹

I. INTRODUCCIÓN

El empleador, en tanto organizador de la actividad laboral, puede y requiere introducir cambios para asegurar el adecuado funcionamiento del centro laboral. Las empresas constantemente modifican y adecuan sus estructuras, procesos y áreas a la coyuntura. Las incesantes variaciones en el mercado y la competencia global, así como la exigencia de los accionistas y directorios de lograr eficiencias tiene impacto en los trabajadores. ¿Nuestra regulación se amolda a estas exigencias?

Las reorganizaciones societarias, las supresiones de áreas o procesos, el cambio de perfiles de puestos, la modificación de estructuras, etc. genera la necesidad de variaciones constantes en las funciones de los trabajadores, capacitaciones, cambios de categoría, supresiones o incrementos de tareas, reducciones de sueldos, desapariciones de puestos, traslados y hasta desvinculaciones.

Para estos efectos, el empleador legitimará su proceder en el elemento de la subordinación, condición principal que prevalece en toda relación de trabajo. Ejerciendo el poder de dirección con el que se encuentra investido y que emana de este elemento, podrá invocar el *ius variandi*, para ir adaptando las prestaciones de su personal, a las necesidades, cambios y condiciones que demanda el mercado. En muchos casos, inclusive, no se trata de una “evolución” empresarial, sino de medidas indispensables para que la propia empresa se mantenga a flote.

Cualquiera sea el contexto, el empleador puede adoptar decisiones unilaterales esperando que, del otro lado, se active un deber de obediencia por parte del trabajador; pero no se trata de una posición de supremacía absoluta. Para ciertos supuestos, que de aquí en adelante llamaremos modificaciones esenciales de las condiciones de trabajo,

¹ Profesor principal PUCP. Profesor en la U Pacífico. Abogado laboralista.

hay límites para el libre ejercicio del *ius variandi* del empleador, marcando el deber de seguir determinadas pautas o juicios de valor previos².

Esta exigencia no es injustificada. La potestad del empleador debe encuadrarse en un contexto de garantías mínimas para los derechos fundamentales del trabajador³. La falta de observancia de las pautas indicadas para introducir los cambios implicará la incursión en actos de hostilidad.

A efectos del presente artículo, nos dedicaremos al análisis de los efectos que se producen cuando el empleador modifica las condiciones de trabajo por razones justificadas -es decir, no existe una intención de causar un perjuicio al trabajador-, principalmente los cambios del tiempo de trabajo, la ubicación geográfica, la remuneración y la categoría del trabajador. Todos ellos constituyen aspectos relevantes de la relación de trabajo y cuentan con regulación expresa que blindaría al trabajador de actos arbitrarios, pero ¿esto ocurre efectivamente?

El artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR – TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, TUO de la LPCL), desarrolla las causales en virtud de las cuales un trabajador pueden activar el proceso de cese de actos de hostilidad intentando conseguir la paralización de los mismos u obtener la herramienta para declararse por despedido, pudiendo escapar de este contexto laboral adverso, con el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario y eventualmente una indemnización por daños y perjuicios.

Analizaremos a continuación, si este procedimiento interno cubre satisfactoriamente todas las aristas a las que se enfrenta el trabajador denunciante: ¿constituye una real limitación a la modificación de elementos esenciales de la relación laboral?, ¿garantiza los derechos fundamentales del trabajador en todos los casos?, ¿puede un trabajador negarse a cumplir una orden del empleador?, ¿la ley otorga un mecanismo de reparación suficiente para todos los supuestos en los que el trabajador puede sentirse hostilizado e imposibilitado de continuar la relación laboral en los nuevos términos?

A modo de conclusión anticipada, en tanto que existe un reconocimiento de las necesidades de flexibilidad y adaptación permanente de las empresas, se establecen pasos a seguir para modificar, inclusive, condiciones esenciales de las relaciones de trabajo. Si bien se ha procurado limitar el ejercicio abusivo de la facultad de organizar y modificar la actividad laboral, existen extremos que, sin ser arbitrarios, son perjudiciales para el trabajador y sobre de los que no puede resistirse. Así, ¿el legislador mantiene el reconocimiento de la urgencia e importancia de un poder de dirección que organice la actividad laboral, volviendo tolerable el sometimiento del trabajador a posiciones desfavorables? Esta es la pregunta que intentaremos desarrollar en las siguientes líneas.

² Como se sabe, actualmente no existe una regla general o un listado que distinga, con claridad, cuáles son las modificaciones esenciales y no esenciales de la relación de trabajo.

³ Entre otros, a los que haremos referencia: dignidad, remuneración equitativa y suficiente, trabajo, entre otros.

II. CONCEPTOS IMPORTANTES

Antes de analizar los supuestos indicados, consideramos oportuno fijar los conceptos a los que haremos referencia recurrente, a efectos que el lector maneje el mismo lenguaje y pueda atender (o cuestionar) nuestro análisis:

- a. El elemento esencial de **subordinación** de la relación laboral se aprecia cuando, quien presta servicios, se encuentra bajo la dirección o dependencia del empleador. En efecto, el trabajador ofrece su actividad al empleador, para que sea este quien la dirija a cambio de una retribución. Para estos efectos, el empleador puede impartir instrucciones generales o específicas, enfocadas en regular, de la manera más adecuada a sus intereses, la actividad contratada⁴.
- b. El **poder de dirección** es, consecuentemente, el instrumento del que se sirve el empleador, en el marco de la relación de subordinación antes descrita, para disponer sobre la actividad del trabajador, organizándola, dirigiéndola y/o corrigiéndola, para la consecución de los fines trazados (perfectamente adaptables a las diversas necesidades de la empresa)⁵.
- c. El **ius variandi** es una facultad especial contenida dentro del poder de dirección, que le permite al empleador modificar y adaptar las formas de ejecución de la relación de trabajo, según las necesidades y cambios estructurales, organizativos, tecnológicos o análogos de la empresa^{6 7}.
- d. Por **actos de hostilidad equiparables al despido** debemos entender aquellos supuestos en los que el empleador se excede de las facultades de dirección y, por lo tanto, afecta de forma inaceptable los derechos de los trabajadores. Frente a ello, estos pueden controlarlos mediante el proceso denominado *cese de actos de hostilidad*, regulado en el artículo 30 del TUO de la LPCL, procurando obtener la interrupción de estos o, en su defecto, darse por despedidos obteniendo la reparación de la indemnización por despido arbitrario⁸.

III. LA FACULTAD (Y NECESIDAD) DEL EMPLEADOR DE AJUSTAR SU ACTIVIDAD A LA REALIDAD:

⁴ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del trabajo. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 35-36.

⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2013, pp. 124.

⁶ Casación Laboral N° 8283-2012-CALLAO.

⁷ Cierta sector de la doctrina refiere que, en todos los casos, debe versar sobre elementos no esenciales o accesorios de la relación laboral. No compartimos esta posición y anotamos que las modificaciones de condiciones esenciales de la relación de trabajo son posibles, pero previo cumplimiento de procedimientos y pautas fijadas por ley, es decir, no de forma libre ni directa como ocurre con los elementos no esenciales.

⁸ Los actos de hostilidad no equiparables al despido solo pueden ser impugnados para que cesen, pero la obligación de cumplirlos existe y no hay posibilidad que el trabajador se dé por despedido ni exija la indemnización por despido arbitrario.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El empleador, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa⁹, ejerce una serie de facultades tendientes a su mantenimiento y desarrollo. La actividad empresarial, en efecto, se constituye para obtener resultados económicos favorables por lo que resulta indispensable ser eficiente y mantener una capacidad de adaptación permanente en un mundo oscilante y globalizado.

Lo expuesto no solo se debe a factores externos (competencia global, destinatarios finales, exigencias legales, entre otros), sino de factores internos (competitividad del personal, procedimientos internos rentables, vanguardia en capacitación y tecnología, entre otros). En un mundo cada vez más globalizado, la competencia (y/o necesidad de no desaparecer), exige que las empresas miren más allá de su propio territorio nacional (lo que ya supone un amplio espectro) y encuentren formas ingeniosas de ser elegibles –permanentemente– en el mercado mundial. El reto es ser, permanentemente, competitivos.

Naturalmente, para mantener esta maquinaria en funcionamiento, el empleador debe poseer facultades amplias que le permitan, entre otros aspectos, dirigir, fiscalizar y sancionar a sus trabajadores; además, adecuar las condiciones de trabajo, cuando la realidad lo exija y sea razonable¹⁰. No obstante, actualmente -salvo lo previsto para las modificaciones de tiempos de trabajo– no existe un procedimiento o norma que permita al empleador modificar, de forma sustancial, condiciones de trabajo.

La ley de facultades del empleador, publicada mediante Decreto Ley N° 25921, del 27 de noviembre de 1992, fijaba un procedimiento para modificar tiempos de trabajo, suspender o sustituir prestaciones económicas y condiciones de trabajo e, inclusive, suspender temporalmente la relación laboral, con excepción de los casos previstos en el Decreto Legislativo N° 728. De hecho, ambos dispositivos se complementaban. Esta norma procuraba regular el poder de dirección mediante un procedimiento especial de modificación de condiciones de trabajo esenciales (pues las no esenciales podían ser variadas sin dificultad), ordenando a los empleadores a comunicar a los trabajadores las modificaciones propuestas y sus fundamentos, dejando abierta la posibilidad de que estos manifestasen su desacuerdo; en cuyo caso, correspondía al Ministerio de Trabajo resolver la controversia.

Sin embargo, su vigencia fue de solo tres años, tras derogarse por la Ley N° 27671, del 28 de julio de 1995. Desde entonces, no se ha dispuesto un procedimiento

⁹ Recogido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú.

¹⁰ Pero lo que hasta el momento se ha descrito como necesidades del empleador, debe leerse en el marco de un contrato de trabajo, que no es otra cosa que un acuerdo bilateral de derechos y obligaciones involucrados, volviendo el tema complejo. Del lado de los trabajadores, en efecto, también pueden existir pretensiones sobrevenidas a la firma del contrato, por ejemplo: ajustes en la remuneración, flexibilidad en las formas de ejecutar la actividad, procedimientos eficientes que reduzcan el impacto físico o mental de la prestación de servicios, facilidades para la conciliación de la vida laboral y personal, protección de aspectos de su intimidad y datos personales, entre otros. Muchos de ellos se contraponen, directamente, con las pretensiones del empleador.

semejante, salvo en lo relativo a la modificación de tiempos de trabajo, actualmente recogido en el Decreto Supremo N° 007-2002-TR¹¹.

La consecuencia de lo indicado es que la potestad del empleador se encuentra permitida (o limitada) por la ambigüedad. También la decisión del trabajador de accionar los mecanismos que le otorga la ley. Al no existir regulación aplicable y solo hacer referencia a criterios generales como la razonabilidad, proporcionalidad y objetividad¹², nos quedamos en el contexto de la incertidumbre, a la espera de que, en cada caso concreto y en juicio, se determine si la medida adoptada fue adecuada, proporcional, justificable o, consecuentemente, si el trabajador hizo bien en darse por despedido de la empresa¹³.

En términos más sencillos, la inexistencia de un procedimiento claro termina favoreciendo un escenario ambiguo en la regulación de las modificaciones de las condiciones de trabajo¹⁴; en el que, por un lado, el trabajador se encuentra desprotegido por la anomia legislativa y, por el otro, el empleador no tiene certeza de la introducción de una modificación. Consideramos que la sustitución del control administrativo que establecía el Decreto Ley N° 25921, por un control judicial posterior a la medida y sin un procedimiento interno previo al cambio (derecho de información, posibilidad del trabajador de exigir reuniones, etc.), no es necesariamente la mejor alternativa de cara a la seguridad jurídica de ambas partes.

Al final, de todos modos, el empleador toma la decisión de asumir un riesgo e imponer una medida, bajo la confianza de que los beneficios para su actividad serán mayores y que su motivación y sustento son válidos. Esto implicará, en muchos casos, que los trabajadores tengan que afrontar situaciones que no necesariamente se enmarcan en los alcances de la ley (y que no se reconocen como tales si no se judicializan) o que, haciéndolo, admiten cierto grado de perjuicio y no lo sancionan o reparan, de ningún modo. En otras palabras, al no existir un procedimiento interno de modificación de condiciones de trabajo, será finalmente el Poder Judicial quien, finalmente y tras un largo proceso judicial, resuelva si estuvimos o no frente a una modificación válida de las condiciones de trabajo.

¹¹ Autores Varios. *“Nuevas formas de ejercer el poder de dirección. Cambios en la regulación del ius variandi”*. En: Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 56-57.

¹² Del artículo 9 del TUO de la LPCL y senda jurisprudencia aplicable.

¹³ En este sentido se pronuncia PLA RODRIGUEZ, Américo. *“Curso de Derecho Laboral”*. En: FERRO DELGADO, Víctor & GARCÍA GRANARA, Fernando. Derecho Individual del Trabajo. Materiales de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 83. En concreto señala que la razonabilidad, planteada como límite de actuación del empleador en el ejercicio del poder de dirección y en las modificaciones de condiciones de trabajo, es un concepto indeterminado que solo puede definirse en cada caso concreto (verificando la existencia de causas objetivas, demostrables y justificadas).

¹⁴ Esta es un tema que si está tratado en el Proyecto de Ley General de Trabajo. En efecto, en los artículos 104 y siguientes, regula un procedimiento para la modificación del lugar de trabajo y desde el 108 en adelante, un procedimiento general para modificar condiciones sustanciales de la relación laboral.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Debemos señalar que la regulación del *ius variandi* como tal, no ha sufrido sustanciales modificaciones en los últimos veinticinco años. Todo cuanto hubiese podido crearse, modificarse o eliminarse, se ha promovido, en su absoluta mayoría, desde la jurisprudencia aplicable que analiza los criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad, exigidos a todo empleador que adopta medidas que cambian, de algún modo, la relación de trabajo. Entonces, las restricciones, matices, teorías y demás criterios aplicables se han construido sobre casos concretos y reales, procurando marcar una línea uniforme y coherente, que de predictibilidad a los administrados.

En cambio, el listado de actos de hostilidad equiparables al despido (que no es otra cosa que la herramienta en virtud de la cual los trabajadores le hacen frente a los pretendidos cambios esenciales en la relación de trabajo) sí ha sufrido importantes modificaciones:

Supuesto	Antes	Ahora
No pago de remuneración	Falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito, comprobados.	Mismo texto.
Reducción de remuneración / categoría	Reducción inmotivada de la remuneración o categoría	Ya no señala “inmotivada” e incorpora como acto de hostilidad al incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso laboral. ¹⁵
Traslado de lugar de trabajo	Traslado a lugar de trabajo distinto en el que habitualmente presta servicios, con intención de causarle perjuicio.	Mismo texto.
Medidas de higiene	Inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida o salud del trabajador	Mismo texto.
Violencia o faltamiento grave de palabra	Violencia o faltamiento grave de palabra contra el trabajador o su familia.	Mismo texto.
Discriminación	Actos de discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma.	Incorpora al listado previo: discapacidad o de cualquier otra índole ¹⁶ .
Actos contra la	Actos contra la moral,	Simplifica a: actos contra la

¹⁵ Artículo 30 b), modificado por la [Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30709](#), publicada el 27 diciembre 2017.

¹⁶ Literal modificado por la [Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973](#), publicada el 24 diciembre 2012.

moral y otros	hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador.	moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador ¹⁷ .
Ajustes razonables discapacidad	– No regulado	Negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad ¹⁸ .

Lo expresado puede traducirse como la intención del legislador de precisar para mejorar los supuestos en virtud de los cuales los trabajadores pueden adoptar medidas de respuesta / resistencia, frente a los empleadores que ejecuten medidas excediendo de aquello para lo que sí se encuentran facultados.

IV. MODIFICACIONES ESENCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO:

Desarrollaremos algunos de los supuestos de modificación de aspectos esenciales de la relación laboral, tratando de plantear casos hipotéticos que pueden no tener adecuada protección o respuesta, en el marco del procedimiento de cese de actos de hostilidad¹⁹:

IV.1. Modificación geográfica de la prestación de trabajo:

Según lo establece el inciso c) del artículo 30 del TUO de la LPCL, se considera un acto de hostilidad equiparable al despido, el traslado del trabajador a un lugar distinto de aquel en el que habitualmente presta sus servicios, con el propósito de causarle perjuicio. En la misma línea se instituye el artículo 50 del Decreto N° 001-96-TR – Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (en adelante, RLFE), que ratifica la necesidad de que exista un propósito deliberado de ocasionar un perjuicio con el traslado al trabajador.

La interpretación que merecen ambos artículos es que no todo traslado, *per se*, entraña la intención de generar perjuicio. Dicho de otro modo, en tanto la medida esté justificada en criterios de razonabilidad, objetividad, proporcionalidad y las necesidades legítimas del empleador, la decisión adoptada será válida. Es claro, entonces, que el juicio previo a la ejecución de la medida es ineludible.

¹⁷ Inciso modificado por la [Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 27942](#), publicada el 27 de febrero de 2003.

¹⁸ Literal incorporado por la [Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973](#), publicada el 24 diciembre 2012.

¹⁹ El ordenamiento español no utiliza la denominación “actos de hostilidad”; en cambio, se refiere a la modificación de condiciones de trabajo. También se ocupa de regular las condiciones o cualidades sustanciales, aunque para ello, se sirve de una cláusula abierta. Así, presenta un listado referencial dentro del que se encontrarán, entre otros, los supuestos de modificación que a continuación analizamos: a) jornada de trabajo, b) horario y distribución del tiempo de trabajo, c) régimen de trabajo a turnos. d) sistema de remuneración y cuantía salarial, e) sistema de trabajo y rendimiento y f) funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sobre la movilidad geográfica, es preciso distinguir entre: (i) el traslado de un trabajador de un centro de trabajo a otro²⁰ y; (ii) el traslado de todo el centro de trabajo a un nuevo lugar. A nuestro entender, el referido inciso c), solo se refiere al primer caso, dejando libre el segundo supuesto. Por lo tanto, frente al movimiento de todo el centro de trabajo, el personal, en ningún caso, tendría derecho a obtener una indemnización como consecuencia de la resolución unilateral del contrato de trabajo.

En este contexto, ¿qué le queda al trabajador que es notificado con el traslado de todo su centro de trabajo a otro distrito alejado de su vivienda o, inclusive, a otro departamento? ¿No basta con que demuestre que el cambio le genera perjuicio económico (más pasajes), personal (levantarse más temprano y cambiar sus rutinas, tener estudios programados considerando su jornada habitual y tiempos de traslado) o familiar (tener que dejar a su familia para mudarse a otro lugar)? La respuesta es no.

La ley y la jurisprudencia (de forma mayoritaria) nos dice que no basta que se genere algún efecto adverso en su esfera personal. Lo indispensable será conseguir la evidencia suficiente de que el propósito final del empleador era perjudicarlo. Solo de este modo podrá considerarse un acto de hostilidad. Esto quiere decir que se traslada a la parte más débil y con menor acceso a la información, la responsabilidad de encontrar sustento válido para acreditar la motivación del empleador. Así, por ejemplo, tenemos la siguiente ejecutoria a título ejemplificativo (Casación N° 505-2010-LIMA):

“Décimo Primero: Los actos de hostilidad constituyen precisamente supuestos en los cuales el empleador se excede en sus facultades de dirección, (...) Décimo Tercero: Conforme se ha acreditado por las instancias judiciales, la Contraloría General de la República ha efectuado el traslado temporal del actos dentro del marco de una política general de descentralización de dicha institución iniciada desde el año 2013 (...) Décimo Cuarto: Asimismo, se ha acreditado que el cuestionado traslado no ha implicado un perjuicio en su cargo, categoría y remuneración (...) no obedece a un deliberado propósito de causarle perjuicio al trabajador ni propiciar su renuncia a la institución, sino que dicha facultad de dirección se sustenta en criterios objetivos y razonables que procuran satisfacer una necesidad institucional, sin que ello suponga una limitación intensa y desproporcionada en los derechos fundamentales del trabajador”.

En la misma línea el Tribunal Constitucional ha resuelto:

²⁰ No se evidenciaría la existencia de un acto de hostilidad cuando: (i) el trabajador acepta el cambio, valorando esto como una negativa de perjuicio, (ii) cuando había sido previamente pactado en el contrato de trabajo, manifestando su conformidad, salvo que existiesen situaciones excepcionales que justifiquen una revisión de lo acordado y (iii) cuando es razonable por el tipo de actividad o funciones que realiza el trabajador.

“(...) la Ley reconoce la atribución del empleador para trasladar al trabajador; no obstante, lo cual le impone el deber de ejercer dicha atribución de buena fe; es decir, sin la intención de ocasionarle un perjuicio, de tal suerte que solo en el caso de que el traslado del trabajador haya estado motivado por un afán de perjudicarlo, el mismo será contrario a la Ley. En el caso de autos, sin embargo, el demandante no ha acreditado que la intención de su empleador haya sido la de causarle un perjuicio, por lo que no corresponde estimar la demanda”.

Lo expresado ha sido ratificado por destacados exponentes de la doctrina. Así, en palabras de BLANCAS BUSTAMANTE, el supuesto de movilidad geográfica únicamente se configura por la concurrencia de dos elementos: (i) el elemento objetivo, constituido por el traslado físico del trabajador a un centro de trabajo localizado en un ámbito geográfico distinto; y; (ii) el elemento subjetivo, que radica en el “deliberado propósito” del empleador de ocasionar, con dicha decisión, un perjuicio al trabajador²¹.

La jurisprudencia ha ido matizando la rigurosidad de esta causal, buscando dotar de mayor protección a los derechos del trabajador frente a las decisiones de la empresa, pero siempre haciendo referencia a un ejercicio abusivo del derecho, a un uso extremo de la facultad del empleador. En otras palabras, no encontramos un caso donde se anule un traslado cuando no había un abuso de las facultades del empleador, sino un ejercicio razonable y justificado de las mismas. A continuación, algunos ejemplos:

- Decisión del empleador no admite el abuso de derecho y la rigurosidad de las pruebas a presentarse deben ponderarse: Casación Laboral N° 505-2010-LIMA:

“(las exigencias legales) no suponen una acreditación exhaustiva del propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador. Ello se satisface ofreciendo los indicios y medios de prueba idóneos que permitan advertir que el ejercicio de la facultad de dirección o ius variandi por parte del empleador, no se ha sujetado a los límites que impone el principio de razonabilidad, sino que, por el contrario, haciendo un uso abusivo del mismo, menoscaban y denigran los derechos fundamentales del trabajador”.

Se atendió a que, en cada caso particular, el juez debía ponderar las exigencias de prueba de los excesos en el ejercicio de las facultades del empleador.

- Derechos específicos e inespecíficos involucrados en la medida del empleador: Casación Laboral N° 2456-2014-LIMA:

*“**Décimo cuarto:** En el caso del ius variandi en materia de traslado del lugar donde se presta servicios corresponderá verificar si tal*

²¹ BLANCAS BUSTAMANTE. El despido en el Derecho Laboral Peruano. Tercera edición. 2013 Jurista Editores. Pag 670.

acto es ostensiblemente arbitrario y afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo de familia. Particularmente cuando el empleador, en uso del ius variandi, modifica las condiciones de empleo de una trabajadora en estado de gestación o lactancia, corresponderá analizar tal acto tomando en cuenta los derechos de la trabajadora a no ser discriminada, a la especial asistencia y protección del Estado conforme a la Constitución, a la protección de la vida como valor fundamental dentro del ordenamiento constitucional; la familia como institución básica de la sociedad y la prevalencia de los derechos de los niños.

Sin embargo, se debe dejar establecido que no toda variación de las condiciones laborales constituye una afectación, pues debe existir dentro de cada caso en concreto, prueba de que dicha variación afecta los derechos fundamentales de la trabajadora y, por consiguiente, las condiciones dignas y justas en las cuales debe desarrollarse la relación laboral, o de que la variación se da por su condición de gestante.”

Se atendió a que la demandante alegó que el traslado a otra ciudad le impedía el cuidado de su menor hija, cuyo cuidado no tenía a quien encargarle. En ese caso, se privilegió tal condición, inclusive, frente a lo establecido en el contrato de trabajo, que preveía la posibilidad del traslado.

IV.2. Modificación de tiempos de trabajo:

De acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 007-2002-TR y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, se permite que el empleador pueda establecer o modificar las jornadas atípicas o especiales de trabajo, jornadas de trabajo acumulativas o compensatorias, turnos de trabajo, días de trabajo con descansos remunerados especiales, horarios de trabajo, etc., en tanto las razones de productividad así lo ameriten y se respeten los toques máximos establecidos por la Constitución y el procedimiento de ley. Es posible que, incluso observando todo lo indicado, se ejecuten las medidas aún en manifiesto rechazo por parte de los trabajadores afectados con la decisión, quienes deberán acatarla, sin perjuicio de que la objeten ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

A nuestro parecer y, pese a no estar recogido en la lista de cese de actos de hostilidad equiparables al despido, el tiempo de trabajo, es decir, la inversión que uno determina, de su día a día, para ejecutar una actividad retribuida, constituye un elemento esencial de la relación laboral y que puede ser determinante para que cualquier persona opte o descarte, prestar sus servicios a favor de un tercero.

No obstante su importancia, se aprecia que el legislador les ha concedido a los empleadores un amplio margen de actuación en la modificación de los tiempos de trabajo, aun cuando genere un perjuicio al trabajador.

Esta elección es significativa pues soporta la flexibilidad que debe existir para que la empresa alcance los fines económicos a los que hicimos referencia al inicio del presente artículo, pero se contraponen o puede contraponer con el reciente desarrollo normativo que apunta a conciliar la vida familiar, personal y profesional.

En efecto, la ausencia de predictibilidad, más aún en caso como el de la extensión inconsulta de las jornadas hasta el tope de cuarenta y ocho (48) horas semanales, aun cuando justificada, implica que el personal esté supeditado a tener que variar sus rutinas e, inclusive, compromisos a corto, mediano o largo plazo, que no tengan que ver con el ámbito laboral. Algunos ejemplos: estudios de diversa índole, actividades de desarrollo personal, obligaciones familiares, tiempo de ocio, entre otras.

Frente a estas situaciones, los trabajadores tampoco cuentan con mecanismos de resistencia que les permita negarse a la ejecución de las actividades en los referidos términos y tampoco darse por despedidos solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario.

La larga espera que deben enfrentar, en caso de impugnar esta medida ante la Autoridad de Trabajo y en el Poder Judicial implica que, en muchos casos de modificaciones de tiempos de trabajo temporales, se tenga una resolución cuando ya el perjuicio se ha configurado y no hay posibilidad de revertirlo.

IV.3. Modificación de remuneración y categoría del trabajador:

En este acápite trataremos dos tipos de modificación que, aunque diferentes, se regulan en el mismo literal b) del artículo 30 del TUO de la LPCL.

La **modificación de remuneración**, para estos efectos, constituye cualquier reducción inmotivada de la remuneración, que ejerce el empleador. Por remuneración deberemos entender a toda contraprestación por los servicios del trabajador o por la puesta a disposición de sus capacidades de trabajo. Tiene protección constitucional y ostenta naturaleza alimentaria por ser indispensable para la subsistencia del trabajador y su familia²².

Existe consenso a nivel jurisprudencial, sobre que la reducción de remuneración solo es válida en contextos especiales y justificados, respetando mínimos necesarios como la RMV. Además, que debe formularse por escrito, mediante acuerdo individual entre las partes²³ (lo que supone la manifestación libre y expresa de su voluntad) y acorde

²² Según el literal a) del artículo 1 del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 13284, debemos entender por remuneración: "(...) el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente al trabajador, en concepto del empleo de este último".

²³ Casación Laboral N° 19803-2015-LIMA.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

a los alcances de la Ley N° 9463²⁴ pues, de lo contrario, se vulneran los derechos de los trabajadores.

Se admite también la reducción de remuneraciones por acuerdo colectivo, cuando la reducción de remuneraciones tiene como origen alguna de las causas objetivas previstas para la terminación de los contratos de trabajo en el artículo 46 del TUO de la LPCL. En dicho caso, se justifica por caso fortuito, fuerza mayor, motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, la disolución y liquidación de la empresa y la quiebra o reestructuración patrimonial²⁵.

Esta definición nos lleva a concluir que, más allá de los derechos gozados por el personal, en materia remunerativa hasta antes del cambio, es perfectamente viable acordar la reducción de la remuneración, cuando se encuentre debidamente motivada²⁶.

En este sentido se pronuncia la Corte Suprema en la Casación N° 9582-2012-PUNO, cuando señala lo siguiente:

“SETIMO.- (...) De estos dispositivos legales se verifica que, para que la reducción de remuneración o categoría pueda considerarse acto de hostilidad equiparable al despido, debe tener las siguientes características: i) debe ser inmotivada, lo que comprende la ausencia de motivación objetiva o legal; y, ii) debe haber sido dispuesta por decisión unilateral del empleador”.

La comisión de actos de hostilidad por la referida causal, afectan la dignidad del trabajador, así como su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual²⁷.

¿Pero qué ocurre cuando la única medida para la subsistencia de la empresa implica ajustar las remuneraciones? ¿Qué pasa cuando la propia Autoridad de Trabajo ha denegado la autorización de cese colectivo por considerar que la empresa no está

²⁴ Ley que dispone que la reducción de remuneraciones aceptada por un trabajador no perjudicará los derechos adquiridos por servicios ya prestados, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas hasta el momento de la reducción.

²⁵ Casación Laboral N° 13782-2015-LIMA.

²⁶ No podemos dejar de mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0020-2012-AI, que admite la posibilidad de que el empleador reduzca unilateralmente la remuneración. En efecto, interpretando los artículos pertinentes de la LPCL y el RLFE, concluye que la reducción motivada (por causa objetiva o legal), puede ser determinada por la sola voluntad del empleador. En nuestra opinión, esta es también ilegal, pero no puede impugnarse vía procedimiento de cese de actos de hostilidad, sino que debería hacerse por incumplimiento de contrato de trabajo o no pago suficiente y oportuno de la remuneración. No entenderlo de este modo, admitiría la posibilidad de que el empleador, por su sola voluntad (con una causa justa de por medio, si cabe), violente el derecho fundamental a la remuneración, constitucionalmente protegido y desnaturalice las obligaciones bilaterales del contrato laboral. Esta opinión, evidentemente, no se extiende si la reducción de remuneración se sustenta en un mandato legal o judicial. Asumimos que cualquier intervención legislativa de esta naturaleza se sustentaría en situaciones excepcionales y previo test de ponderación.

²⁷ Casación Laboral N° 210-2010-LAMBAYEQUE.

habilitada? ¿Cómo se puede cumplir los acuerdos recogidos en convenios colectivos si es materialmente imposible hacerlo sin restarle vida útil a la fuente de ingresos de todo el personal?

Ninguno de estos aspectos es atendido por la legislación vigente y la jurisprudencia se ha mantenido renuente a conocer sobre estos casos. Lo cierto es que este es el aspecto, de todos los analizados, que probablemente cuenta con una protección más vehemente. Suele ocurrir que cualquier supuesto de afectación no autorizada de la remuneración, bajo el respaldo de la protección constitucional que posee, es rechazado y revertido, no importa cuál sea el sustento detrás. Incluso si este garantiza la subsistencia de la propia relación de trabajo.

Estamos pues, ante un plano sensible para el prestador de servicios, pero también para el empleador, que procura, en muchos casos, el mantenimiento de la empresa para sus propios intereses y, consecuentemente, para intereses de los trabajadores quienes perderían el empleo.

Sobre la **modificación de categoría**, debemos partir por señalar que la Ley no define lo que debemos entender por ella, de modo que surgen una serie de interrogantes sobre si esto se refiere al nivel del cargo dentro de la estructura empresarial o también a las modificaciones radicales sobre las funciones encargadas, aun cuando se mantenga la denominación y el nivel del puesto.

Todo trabajador, al ingresar a laborar²⁸, ostenta un título o posición dentro de la empresa, en función de su calificación profesional y sobre la cual se lo categoriza, más allá de la nomenclatura. De este modo, participa de una clasificación horizontal (cuando se reconocen otras posiciones iguales o equivalentes dentro de la misma categoría) o vertical (cuando se le reconoce un nivel superior o inferior respecto de otros, en una estructura jerárquica)²⁹.

Desde nuestra posición, la denominación (y los cambios respecto de ella) son inocuos y no constituyen o no deberían constituir supuestos de actos de hostilidad. Ello, mientras se respete el nivel asignado y las funciones que, aun cuando pueden variar, deben ser propias de la posición y el nivel que se desempeña (aunque sea totalmente distintas, inclusive).

En este contexto, el ejercicio de la facultad del *ius variandi* es posible; sin embargo, adoptado fuera de los criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad,

²⁸ Con mayor claridad ahora, tras la promulgación de la Ley N° 30709 –Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres- y su Reglamento -aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-TR-, que establecen la obligación de las empresas de contar con un cuadro de categorías y funciones y notificar al trabajador sobre su ubicación en el mismo.

²⁹ ALONSO OLEA, Manuel y CASA BAAMONDE, María. Derecho del Trabajo. Madrid. Editorial Universal Complutense de Madrid, 1995, p. 277.

antes enunciados, constituye un acto de hostilidad; toda vez que la reducción de categoría sin justificación origina un perjuicio al trabajador³⁰.

En efecto, la propia Corte Suprema reconoce y admite la validez de esta posición, rechazando que cualquier variación de funciones configure un acto de hostilidad por reducción de categoría:

“Décimo Primero:

(...) En consecuencia, el retiro de las funciones del demandante como “Secretario de la Notaría Eclesiástica”, para que efectúe su función principal vinculado al control patrimonial de manera más eficiente, de acuerdo al Acta de Reunión de fecha ocho de mayo de dos mil catorce, es una medida que se encuentra al amparo de la facultad de ius variandi que forma parte del poder de dirección de la demandada, la cual ha sido bajo los criterios de razonabilidad y que no afectó los derechos del trabajador.

(...) esto no supone de manera automática que la parte demandada haya incurrido en actos de hostilidad en contra del actor, pues, para que se configure dicho supuesto, es necesario que se acredite la disminución de categoría y, con ello, el perjuicio ocasionado por la rotación; supuestos que no se advierten en autos”³¹.

Lo que se protege, en este caso, aun cuando se respete la remuneración asignada al cargo original, es la dignidad del trabajador con ocasión de una movilidad funcional vertical descendente.

Hasta fines del 2017, la regulación de esta causal, incluida la de reducción de remuneración, indicaba la necesidad de que fuese inmotivada. Sin embargo, dicha referencia fue retirada, dejando abierta la interpretación de que cualquier tipo de reducción podía ser considerada un acto de hostilidad. A nuestro parecer, la eliminación del referido término solo exige que cualquier decisión se adopte con la debida justificación (como ocurre con las demás causales) y no que es imposible aplicar reducciones incluso cuando estas sean indispensables o tengan sustento objetivo y, evidentemente, este no sea perjudicar únicamente al trabajador.

La pregunta es, ¿cómo con esta regulación deficiente o inexistente, podemos medir, con absoluta certeza, las consecuencias de nuestras decisiones? Y esto no solo

³⁰ En ese sentido se pronuncia la Casación N° 1932-98-LIMA, que señala lo siguiente: “(...) La estructura organizativa de una empresa responde a las actividades, objetivas, funciones, número de trabajadores y otros factores (...) la disminución en la categoría como acto de hostilidad no se determina en función de la variación de la remuneración efectiva percibida con la que aparece en la nueva estructura para el cargo reasignado, sino en la carencia de la disminución de la categoría causándole perjuicio al trabajador”.

³¹ Casación Laboral N° 846-2016-JUNIN.

desde el lado del empleador, sino que, principalmente, desde el lado del trabajador, que por considerarse inmerso en una causal renuncia a su fuente de ingresos.

Nuevamente se pone en relieve la importancia que el legislador participe estableciendo los márgenes sobre los que las partes podrán moverse, de modo que se pueda medir el riesgo de aplicar una medida (sin temor a que se imponga luego el pago de la indemnización) o resistirse a una decisión arbitraria del empleador, dándose por despedido (sin correr el riesgo de perder el empleo y no poder cobrar ningún tipo de resarcimiento).

V. PROCEDIMIENTO DE CESE DE ACTOS DE HOSTILIDAD Y RESISTENCIA A LAS ÓRDENES DEL EMPLEADOR – ALGUNOS COMENTARIOS COMPARADOS

Como hemos indicado previamente, en ningún caso se admite que el empleador ejerza modificaciones o cambios en la relación de trabajo de forma arbitraria. Ello constituiría un uso ilegítimo de su poder de dirección.

No obstante, existe la presunción de la legitimidad de las órdenes y actos del empleador, de modo tal que, cualquier cuestión que se ordene debe ser, en principio, satisfecha por el trabajador y posteriormente reclamada (principio de *solve et repete*). No hay, además, salvo los casos de tiempos de trabajo, un plazo para comunicar la modificación, derecho de información mínimo, posibilidad de reuniones entre las partes, etc.

Adicionalmente, el procedimiento está instaurado de modo tal que se debe transitar por una instancia de validación interna en determinados supuestos³² y, solamente ante la persistencia en el mandato supuestamente ilegítimo, se puede acudir a sede judicial (por pago de indemnización por despido arbitrario para actos de hostilidad equiparables al despido) y por controles judiciales directos (para actos de hostilidad no equiparables al despido). Esta separación de actos de hostilidad resulta harto cuestionable, todos deben tener el mismo tratamiento.

La excepción a esta regla, que permite la resistencia del trabajador, no se encuentra expresamente regulada en nuestro sistema jurídico, pero es admisible por los bienes jurídicos que tutela. Su ejercicio se reconoce por vía indirecta y opera cuando el trabajador considera inaceptable el cumplimiento de un mandato por vulnerar alguno de sus derechos fundamentales de forma irremediable, negándose a lo requerido. Frente a ello, el empleador aplicará la sanción que estime pertinente, respecto de la cual el trabajador podrá impugnarla en sede judicial. De obtener un fallo favorable habrá, sin

³² En esta, se notifica al empleador, concediéndole un plazo de 6 días para que explique o enmiende su conducta; luego de los cuales, puede aceptar la respuesta ofrecida por el empleador o darse por despedido si esta no resulta satisfactoria a lo solicitado.

duda, obligado al empleador a variar su mandato, exonerándose de todo tipo de responsabilidad por el incumplimiento efectuado.

Evidentemente, el riesgo que asume el trabajador es elevado pues la judicatura puede resolver validando la modificación de condiciones de trabajo y por eso no puede invocar este derecho de resistencia frente a cualquier mandato del empleador. Los supuestos deben ser, por decir lo menos, claros, para desconocer la relación de subordinación que lo une al empresario. Algunos casos en donde esto sería posible³³:

- Cuando las órdenes atentan contra la dignidad.
- Cuando las órdenes implican la comisión de un ilícito civil o penal.
- Cuando las órdenes generan una afectación a la integridad física o salud del trabajador o terceros.

Cualquiera sea el escenario de emplazamiento (por cese de actos de hostilidad o resistencia a las órdenes del empleador), a la fecha, luego de agotada la vía interna, las partes solo pueden esperar a que un juez determine la posición prevalente; cuestión no solo costosa y engorrosa en nuestro medio, sino que dé respuesta ineficiente para la urgencia de aquello sobre lo que se debate.

VI. CONCLUSIONES

El ejercicio del *ius variandi* no ha sido objeto de modificaciones relevantes a nivel legislativo, como sí lo han sido los supuestos de actos de hostilidad que son su contrapartida. Sumado a ello, la jurisprudencia ha establecido requisitos y condiciones adicionales a considerar, delimitando el accionar del empleador.

No obstante, el diseño del procedimiento exige que los trabajadores tomen la decisión de conocer y valorar los cambios que se producen en la relación de trabajo (que podrían, inclusive, llegar a ejecutarse sin ningún tipo de comunicación previa) para iniciar el proceso de cese de actos de hostilidad. Su tramitación y términos (en caso el empleador no opte por corregir la conducta), no es una garantía de tutela automática para el trabajador, quien deberá transitar por un proceso judicial de indemnización por despido arbitrario, en el que se evaluará si la decisión de darse por despedido fue o no legítima.

Existen diversos supuestos que no se encuentran recogidos en el listado de actos de hostilidad (modificación del tiempo de trabajo o los cambios de condiciones de trabajo que no tienen una intención de causar un perjuicio del empleador). Tratándose de una lista cerrada, no cabe la interpretación analógica para incorporar más escenarios. Esto lleva a que los trabajadores afectados deban evaluar si existen otras vías para hacer valer sus derechos.

Esto determina que los trabajadores se vean obligados a dejar sus empleos, sin ningún tipo de reparación, por considerarse que la decisión de hacerlo recae en su incapacidad de adaptación a las nuevas exigencias (con causa justa) del empleo. En

³³ Comparativamente, en la jurisprudencia española, se fijan otros supuestos tales como: órdenes discriminatorias, abuso de derecho e ilícitos laborales.

estos supuestos, solamente es posible intentar la vía indemnizatoria de daños y perjuicios aplicando el Código Civil supletoriamente.

Existe también la posibilidad de ejercer el derecho de resistencia, aunque constituye una medida extrema y que debe ser utilizada de forma restrictiva dada la relación de subordinación laboral. La actuación del trabajador implica un desacato a la orden del empleador que trae consigo la imposición de una sanción que, en última instancia, será anulada o respaldada en sede judicial. Este proceso, sin embargo, no es solo extenso sino oneroso para el trabajador que impugne las medidas disciplinarias (amonestaciones, suspensiones y hasta el despido).

La propuesta de establecer una regulación de modificación de condiciones de trabajo es necesaria, que fije un aviso previo y derecho de información del trabajador, así como la posibilidad de sostener reuniones entre las partes que eviten o generen cambios menos gravosos para el trabajador. A su vez, tratándose de modificación de condiciones esenciales de trabajo, se debería otorgar al trabajador la posibilidad de extinguir la relación laboral y exigir la indemnización por despido arbitrario como regla; en caso que no exista una justificación sobre la necesidad de introducir el cambio, se debe permitir que el trabajador exija una indemnización por daños y perjuicios.

Finalmente, se debería establecer una lista abierta de actos de hostilidad. En rigor, cualquier acto del empleador que carezca de una justificación objetiva y razonable debería calificar como acto de hostilidad, y otorgar al trabajador la posibilidad de optar entre el cese de dicha hostilidad o el término del contrato de trabajo.

El mercado laboral que regula el Derecho del Trabajo se transforma constantemente. La regulación laboral en materia de condiciones de trabajo no ha cambiado en lo esencial. Se requiere de cambios urgentes, para fijar un procedimiento de modificación de condiciones laborales que reconozca una tutela previa y posterior a los trabajadores, pero, a su vez, que permita la introducción de cambios en la relación laboral cuando existe causa objetiva y responda a una necesidad del empleador. De un lado, hay anomia legal que genera desprotección laboral y, de otro lado, rigidez que resta competitividad para la adecuación a un mercado global y dinámico.