

# Modificación de la prestación de trabajo<sup>(\*)</sup>

## Un estudio sobre las modificaciones sustanciales

Elmer G. Arce Ortiz<sup>(\*\*)</sup>

### 1. Determinación de la prestación y poder de variación del empresario: el conflicto de intereses

La prestación de servicios que constituye objeto del contrato es física y jurídicamente posible, lícita y determinada (artículo 219 del Código Civil peruano). La determinación, como se ha dicho, depende fundamentalmente del acuerdo de partes, sobre todo en el caso de las condiciones de lugar y funciones, y en menor medida depende de normas (leyes, convenios colectivos, decisiones unilaterales del empresario de contenido general, costumbres, etcétera), como puede suceder en el caso de las condiciones de tiempo.

Esta fotografía que supone la validez del contrato de trabajo ha de someterse también a las reglas generales que regulan los actos jurídicos en el Código Civil peruano. Es por ello que, en puridad de términos, el poder de dirección debe respetar escrupulosamente lo pactado en el contrato, en virtud de la aplicación del principio *pacta sunt servanda* (artículo 1361 del Código Civil). Además, no se puede olvidar que el poder de dirección tampoco podrá alterar las condiciones de la prestación de servicios que vienen determinadas por normas (leyes, convenios colectivos, costumbres, etcétera), en la medida que el principio de jerarquía normativa así lo impide.

Sin duda, una aplicación estricta del *pacta sunt servanda* o del principio de jerarquía normativa se traduciría en el ámbito laboral en una protección del interés del trabajador a la estabilidad en el empleo. Además, junto a ella, han de tutelarse otros intereses

sociales y profesionales específicos de cada condición. Por ejemplo, en el caso de la determinación de lugar de la prestación se tiene la pertenencia a un sindicato, el lugar de residencia, la familia, etcétera.

Sin embargo, el problema viene cuando nos damos cuenta de que el contrato de trabajo es un contrato de duración y de "tracto sucesivo". A diferencia de muchos contratos civiles, el de trabajo tiene un cumplimiento más o menos prolongado e ininterrumpido en el tiempo, lo cual provoca permanentes alteraciones de circunstancias<sup>(1)</sup>. He aquí, precisamente, el interés contrapuesto del empresario por contar con mecanismos de flexibilidad que le permitan adaptar su organización productiva a las nuevas circunstancias.

Como se sabe, dentro del trípede de facultades que encierra el poder de dirección, el empresario ostenta la de organizar la prestación de servicios del trabajador<sup>(2)</sup>. Ahora bien, lo difícil será lograr un equilibrio entre los intereses en juego: poder organizativo del empresario y estabilidad del trabajador.

Es evidente que este conflicto de intereses no tiene mayor relevancia cuando los sujetos sociales lo superan por la vía de un nuevo acuerdo (novación contractual). No obstante, somos conscientes de la dificultad a la que se enfrenta el legislador en esta materia cuando no hay acuerdo de partes, dado que el conflicto de intereses no siempre tendrá la misma entidad e intensidad. Me explico, las modificaciones a las condiciones ya determinadas pueden afectar a un solo trabajador, a varios o a la totalidad de trabajadores;

(\*) Al negro Moncho, quien sigue tocando el bombo en la trinchera norte.

(\*\*) Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España.

(1) CRUZ VILLALON, Jesús. *La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal*. En: *Revista de Política Social*. Número 125. 1981. p. 83.

(2) Sería un exceso de nuestra parte identificar automáticamente el poder de organización del empresario con el poder de adaptación de la prestación de servicios. Sin duda, el primero engloba al segundo, en la medida que junto a la posibilidad de adaptar la prestación debida a las necesidades empresariales, el empleador también organiza cuando dicta órdenes con carácter general o cuando fusiona dos empresas, por ejemplo. Sobre el particular véase VIDA SORIA, José y otros. *Manual de derecho del trabajo*. Granada, 2006. p. 446. A los efectos de este trabajo utilizaremos el poder de dirección como fundamento del poder de adaptación o modificación de condiciones que tiene el empresario.

pueden ser modificaciones permanentes o accidentales; pueden ser modificaciones de condiciones establecidas por normas o por contratos; en fin, pueden ser modificaciones de aspectos esenciales de la condición ya determinada o de aspectos no esenciales.

## 2. Noción de *ius variandi*

Toda vez que una condición de la prestación de servicios (lugar, funciones y tiempo) ya fue determinada, el empleador podrá variarla unilateralmente solo si la legislación laboral lo permite. Repárese que de no ser así el empleador podría variar o modificar toda condición sin límite alguno. Si el poder empresarial no se somete a la ley, la empresa se convertiría poco menos que en una zona franca apartada de la sociedad, donde los intereses de los trabajadores no tienen significado alguno.

Ahora bien, no voy a clasificar el poder organizativo del empleador en nomenclaturas que poco o nada aclaran la cuestión, pues la doctrina durante mucho tiempo ha denominado *ius variandi* a casi todo poder de variación unilateral del contenido de la prestación debida<sup>(3)</sup>. Y ello, sin reparar que la variación de las condiciones ya determinadas de la prestación de servicios algunas veces se origina en conflictos de intereses de poca o nula importancia, mientras otras veces en conflictos de intereses de gran envergadura. Por ejemplo, no se puede llamar de la misma forma al poder que decide un cambio de puesto dentro del mismo centro de trabajo, que al poder que permite el traslado de un trabajador a otro centro de trabajo ubicado a 300 kilómetros. Del mismo modo, no se repara usualmente en que las variaciones pueden motivarse en necesidades permanentes o necesidades temporales.

Me parece que lo más razonable sería formular una tipología que divida el poder organizativo por tramos, atendiendo a la intensidad del conflicto de intereses laborales/patronales existente en cada tramo. De este modo, el *ius variandi* tendrá distintos nombres según la naturaleza del conflicto en que opera:

a) Variaciones no esenciales de las condiciones de la prestación de servicios ya determinada; aquí hay que entender incluidas las variaciones accesorias o secundarias con el objeto de adecuar la prestación a la actividad normal y rutinaria de la empresa. El empleador solo especifica o concreta los términos contractuales o normativos que fundamentan la determinación de la prestación, en

uso de su poder organizativo. En este tramo el poder organizativo es conocido como *ius variandi* ordinario, común, habitual, etcétera.

b) Variaciones esenciales de las condiciones de la prestación de servicios ya determinada de carácter permanente; son todas aquellas variaciones que sobrepasan los límites razonables. De allí su mayor magnitud e impacto sobre los intereses de los trabajadores, a efectos de adecuar la prestación a las necesidades normales de la empresa. El empresario transforma la relación jurídica en otra distinta, al afectar sustancialmente las condiciones determinadas con anterioridad, con carácter permanente. Por ejemplo, si el horario de trabajo se extiende entre las 8 de la mañana y las 2 de la tarde, luego de la variación se extiende entre las 2 de la tarde a las 8 de la noche. El poder organizativo en este tramo es llamado *ius variandi* sustancial, radical, esencial, etcétera.

c) Variaciones esenciales de las condiciones de la prestación de servicios ya determinada de carácter temporal; en estas también se sobrepasan los límites razonables con el fin de adecuar la prestación a las necesidades normales de la empresa, solo que ello ocurre de modo temporal. Por ejemplo, el abogado consultor de una gerencia de asuntos jurídicos que debe reemplazar temporalmente a su jefe (director) por razones de vacaciones. Obsérvese que aquí las razones son técnicas, organizativas o de producción, en la medida que las necesidades imprevisibles entran en el grupo siguiente. Nuevamente, *ius variandi* sustancial, radical, esencial, etcétera.

d) Variaciones esenciales de carácter extraordinario o de emergencia, fundadas en circunstancias imprevistas; aquí se debe incluir las variaciones de gran magnitud con el objeto de adecuar la prestación a un hecho imprevisible. Es decir, no se motiva en necesidades normales y rutinarias de la empresa, sino en situaciones inesperadas (externas a la empresa) que necesitan de una respuesta inmediata o urgente. Por ejemplo, se accidenta el experto encargado de manejar una máquina textil en el centro de trabajo de Cusco, por lo que uno de los dos expertos del centro de Lima tendrá que ir a reemplazarlo hasta que se recupere. A este tramo del poder organizativo se denomina *ius variandi* excepcional o de emergencia.

## 3. El *ius variandi* en el Perú

De lo dicho se deduce que cada legislación laboral regulará el poder de variación empresarial atendiendo

(3) Para una descripción de esta confusión terminológica véase CRUZ VILLALON, Jesús. *Modificaciones de la prestación de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 1983. p. 85.

a los efectos conflictivos que genere. De un lado, en los más intensos, el *ius variandi* podrá ser condicionado a una autorización administrativa previa, a un acuerdo con los representantes de los trabajadores o, incluso, podrá ser prohibido. De otro, en los conflictos menos intensos y con efectos poco gravosos para los trabajadores, el poder de variación normalmente será admitido sin otra condición que la expresión de la voluntad unilateral por parte del empresario.

En todo caso, el objeto de este epígrafe es determinar si todos los tipos de *ius variandi* mencionados, cuentan con fundamento jurídico en el Perú. Eso sí, en este momento hay que recordar que de no existir fundamento jurídico que respalde el poder de variación, este no podrá ser utilizado por el empleador. Repetimos, el *ius variandi* es un poder excepcional<sup>(4)</sup>.

### 3.1. El *ius variandi* común o habitual: fundamento contractual

El artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) señala que “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”. Como se ve, el poder de dirección en el ordenamiento peruano está compuesto de tres facultades: (i) organización; (ii) supervisión o control; y, (iii) sanción.

Asimismo, en el segundo párrafo del mismo artículo 9 se hace una referencia expresa al poder de adaptación, modificación o *ius variandi* del empleador. Se dice 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”.

Me parece que si se mira bien el artículo 9 de la LPCL salta a la vista que el verdadero fundamento del poder de dirección se encuentra en el contrato de trabajo y no en la ley. Y esto es fácilmente demostrable en la medida en que si no hay relación jurídico laboral

entre trabajador y empresario, no habrá derecho para que este último dirija la actividad del primero<sup>(5)</sup>. Será el contrato de trabajo el que faculte al empleador a organizar, supervisar y sancionar la actividad del trabajador<sup>(6)</sup>.

Del mismo modo, creo que el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL tampoco constituye el fundamento directo de la facultad de variación o modificación del empleador, por lo que su presencia no era del todo necesaria. Y ello, por dos razones principales. De un lado, porque el fundamento original del poder de variación está en el contrato de trabajo y no en la ley. Y de otro, porque bastaba el primer párrafo del artículo 9 para entender mencionada la facultad de variación. Es decir, al reconocer al empresario la facultad de reglamentar unilateralmente las labores del trabajador (ya imponiendo nuevas reglas o ya modificando las ya existentes), la ley ya se ocupa de la misma.

Creo más bien que la trascendencia del artículo 9 de la LPCL hay que encontrarla en los límites que se impone al poder de dirección, en general, y al poder de variación unilateral del empresario, en particular. Sobre este tema, volveremos en un momento.

Ahora bien, si el fundamento del *ius variandi* común o normal lo encontramos en el contrato y la LPCL solo lo reconoce y lo regula, de ello es fácil deducir básicamente dos cosas en torno a sus límites. Primero, que la facultad de variación de las condiciones de trabajo por voluntad unilateral del empresario no puede derogar normas jurídicas, por su mayor jerarquía (artículo 51 de la Constitución). Hay que tener presente que muchas jornadas u horarios de trabajo se fijan por convenios colectivos, por ejemplo. El poder de adaptación de la prestación que goza el empresario no puede modificar, ni siquiera de manera accesoria, condiciones de trabajo determinadas en leyes, decretos legislativos, convenios colectivos, etcétera.

Segundo, cuando la determinación de la prestación se lleva a cabo a través del contrato de trabajo, hay que anotar que su límite viene pautado por el mismo. Dicho de otra forma, la facultad para introducir los cambios o las modificaciones a que se refiere el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL solo abarca cambios accesorios o secundarios de las condiciones de la prestación de servicios ya

(4) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Modificación de las condiciones de trabajo por el empleador*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 56.

(5) CRUZ VILLALON, Jesús. *Op. cit.*; pp. 105 y 106.

(6) Respaldo el fundamento contractual del poder de dirección, se ha dicho que “es esa doble perspectiva la que de alguna manera late tras las dos notas caracterizadoras del contrato de trabajo: por una parte ese elemento organizativo, de necesaria coordinación de actividades que se manifiesta en la especificación continua del trabajo y que da lugar a la dirección de este por una voluntad que no es la del trabajador, configurando todo ello, genéricamente hablando, la nota de dependencia. Y por otra parte esa finalidad última del empleador en 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 la ajenidad”. ROMAN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Graphis, 1992. p. 87.

pactada (por ejemplo cambios de puestos de trabajo que no exceden del centro de labores o cambios de funciones dentro de la misma categoría)<sup>(7)</sup>. Es una facultad de especificación, de individualización, de concreción de la condición determinada con anterioridad en el contrato<sup>(8)</sup>. Por más determinada que esté la prestación de trabajo, la vida de la relación jurídica y las necesidades organizativas de las empresas obligan a reconocer al empleador un poder de adaptación permanente.

De este modo, toda vez que se suscriba un contrato de trabajo, el empresario tendrá derecho a modificar unilateralmente las condiciones ya previstas teniendo como límites la razonabilidad de la medida y las necesidades del centro de trabajo (segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL).

### 3.2. El *ius variandi* sustancial o esencial

Una vez admitido que el fundamento del poder de dirección, y por ende, de la facultad de variación de la prestación debida (*ius variandi* normal o habitual), radica en el contrato de trabajo, se debe descartar que el mismo contrato sirva de fundamento a las variaciones sustanciales o esenciales. Y ello por dos motivos fundamentales. En primer lugar, admitir que el empresario pueda llevar a cabo variaciones unilaterales que desconozcan las cláusulas que determinan la prestación de servicios sería como restar toda importancia al acuerdo de partes entre trabajador y empleador. Me explico, ¿para qué se han determinado las condiciones de la prestación si luego se pueden variar unilateralmente por el empresario? Contra este sinsentido hay que oponer el pacto o contrato como límite al poder empresarial. En segundo lugar, si el fundamento de la facultad de variación nace en el contrato de trabajo, entonces es imposible admitir que tal facultad pueda operar contra condiciones de trabajo determinadas en normas jurídicas. Es que sería ilógico creer que el empresario dentro de la empresa puede modificar unilateralmente las normas del Estado (leyes, decretos legislativos, etcétera) y/o las normas convencionales (convenios colectivos)<sup>(9)</sup>. El principio de jerarquía normativa no admite excepciones (artículo 51 de la Constitución).

Repárese que el *ius variandi* no es una facultad empresarial que se fundamenta solo en la titularidad

de la empresa, en cuyo caso se podría extender el fundamento al *ius variandi* sustancial o esencial, sino que es una facultad cuyo fundamento jurídico ha de encontrarse en el propio contrato de trabajo. Como ya se dijo, el solo hecho de tener una empresa no da derecho al ejercicio del poder de dirección sobre el trabajador, pues será necesario que exista un vínculo jurídico: el contrato de trabajo.

Ahora bien, descartada la idea de que el *ius variandi* sustancial o esencial tenga su fundamento jurídico en el contrato de trabajo, resta analizar si las normas peruanas admiten la licitud de las modificaciones sustanciales o esenciales. De este modo, hay que buscar si las normas, no así el contrato, sirven de fundamento jurídico a este tipo de *ius variandi*.

Es aquí, precisamente, donde se ha planteado un debate doctrinal de gran envergadura. Como se sabe, el artículo 9 de la LPCL en su segundo párrafo señala 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. Pues bien, a partir de esta disposición un sector doctrinal ha entendido que “el artículo 9 de la LPCL 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”<sup>(10)</sup>. Esta postura, además, ha sido recogida sin mayor crítica por la Corte Suprema de la República en cuanto ha señalado que el artículo 9 de la LPCL “debe ser interpretado en concordancia con el artículo nueve del Decreto Legislativo 757 -Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada-, en cuanto dispone que toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente” (sentencia de la Corte Suprema de la República del Perú publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de julio de 2004 recaída en el Expediente de Casación 624-2002).

Me parece que la opción interpretativa tanto de parte de la doctrina como de la jurisprudencia resulta, además de peligrosa, antidemocrática. Para empezar, el sobredimensionamiento del poder de modificación lo único que logra es convertir la

(7) En este mismo sentido, se ha dicho que “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 refieren a la forma, manera o modo de realizarse el trabajo -la prestación de trabajo-”. ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*; p. 34.

(8) El profesor Cruz Villalón llega a decir que se “debe separar radicalmente, en sede teórica, las facultades unilaterales de modificación de la prestación y las meras facultades de modalizar la ejecución del contrato”. CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Op. cit.*; p. 104. Esto es, ni siquiera considera como parte del *ius variandi* a lo que venimos llamando *ius variandi* normal o habitual.

(9) El peligro de que ello implique una abdicación absoluta del Estado a favor de las facultades del empleador ya fue puesto de manifiesto por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005. p. 200.

(10) *Ibid.*; p. 212.

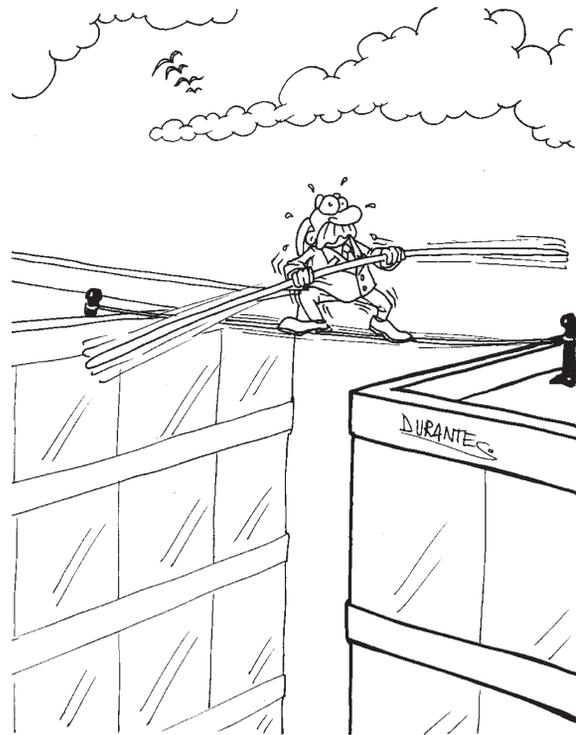
empresa en una “zona franca” donde solo se escucha la voz del empresario. El nivel de autoritarismo es tal que niega toda importancia a los intereses sociales y profesionales de los trabajadores. Pero, no solo eso, pasa por encima de la propia libertad constitucional de contratación (artículo 2.14 de la Constitución), por cuanto la determinación del objeto del contrato de trabajo puede ser desconocido unilateralmente por el empleador<sup>(11)</sup>, sino que arremete contra el propio principio de jerarquía normativa (artículo 51 de la Constitución), en la medida que el empresario puede organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente. La Corte Suprema, en vez de sustentar su postura en la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, debió hacer un análisis de constitucionalidad de su propia interpretación.

Sin embargo, la crítica a esta interpretación no es solo de principios inspiradores, sino que va mucho más allá. Creo que esta interpretación abierta y amplia del artículo 9 de la LPCL adolece de serias deficiencias técnicas. Vamos a enumerarlas.

Primero, el artículo 9 agota su contenido en el contrato de trabajo ya que se ubica en el capítulo que lleva por título “normas generales del contrato de trabajo”. De este modo, una norma dedicada al contrato de trabajo no puede servir de fundamento para modificar de modo sustancial o esencial el propio contrato. Según el método sistemático por ubicación, las normas deben interpretarse dentro del grupo normativo al que pertenecen.

Segundo, el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL impone al *ius variandi* sus propios límites. Obsérvese que se señala: “dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”. Si nos atenemos a una interpretación literal de este artículo, entonces solo pueden llevarse a cabo modificaciones o variaciones de las condiciones de la prestación cuando existan necesidades del “centro de trabajo”. Al no mencionar la palabra “empresa”, solo caben modificaciones dentro de cada centro de trabajo. De este modo, no pueden existir modificaciones del lugar del cumplimiento de la prestación que excedan el centro de trabajo. Dicho de otra forma, no caben las modificaciones sustanciales o esenciales para la literalidad del artículo 9 de la LPCL.

Por si fuera poco, esta interpretación que proponemos fue la misma que utilizó el legislador cuando en 1992 se emitió el Decreto Ley 25921, que



establecía el procedimiento de facultades del empleador. Este Decreto Ley, que al poco tiempo fue derogado, señalaba en su artículo 3: “Con excepción de los casos mencionados en el artículo 1 (entre otros, modificar turnos, días u horas de trabajo y ‘modificar, suspender o sustituir prestaciones de orden económico y condiciones de trabajo’) el empleador podrá, de acuerdo a su poder directivo, introducir cambios en la forma y modalidad de la prestación de trabajo, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”. Es decir, se excluía del poder directivo a las modificaciones, suspensiones o sustituciones de condiciones de trabajo, precisamente porque el Decreto Ley quería ocuparse de la regulación de estas modificaciones sustanciales o esenciales. Desde este punto de vista, el criterio de razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo funcionaban en esta norma como límite al poder directivo, o acaso al que hemos llamado *ius variandi* normal o habitual, y en ningún caso como límite a la facultad de variación sustancial

(11) En una reciente y magnífica tesis de licenciatura, Martín Candela ha advertido que una interpretación amplia del artículo 9 de la LPCL sería inconstitucional, pues “otorgar al empleador la facultad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo significa la creación de una nueva relación jurídica laboral sin que el trabajador haya tenido la libertad para determinar con quién trabajar (libertad de contratar) y participar de la fijación del contenido de la obligación (libertad contractual), lo cual genera la vulneración del derecho constitucional del trabajador a la libertad contractual”. CANDELA ROSAS, Martín. *Las modificaciones de las condiciones de trabajo*. Lima: Tesis para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. pp. 182- 183.

o esencial de condiciones<sup>(12)</sup>. Es más, la derogación del Decreto Ley 25921 en 1995 no enerva la posibilidad de utilizarlo como un antecedente interpretativo importante a efectos de aclarar el significado del segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL.

Tercero, si el artículo 9 de la LPCL permite, según la jurisprudencia, toda clase de modificaciones de las condiciones de la prestación de servicios ya determinadas (incluso, las sustanciales o esenciales), la pregunta es ¿por qué el legislador laboral peruano se ha preocupado por regular cierta clase de modificaciones sustanciales? ¿No era suficiente el artículo 9 de la LPCL? Así, el artículo 2 del Texto Único Ordenado (en adelante TUO) de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, se refiere a los “procedimientos para la modificación de jornadas, horarios y turnos”. O, ¿por qué en el procedimiento de extinción colectiva de contratos por causas objetivas (artículo 48.b de la LPCL) se permite que el empresario acuerde con los representantes de los trabajadores la disminución de turnos, días u horas de trabajo o la modificación de las condiciones de trabajo, como paliativo de la medida extintiva? ¿Es que en este caso no sería suficiente que el empresario tome medidas unilateralmente? ¿No se puede pensar, acaso, que el legislador busca que las modificaciones sustanciales se pacten colectivamente y no sean un ejercicio unilateral del empresario? Creo que estas opciones legislativas solo revelan que las modificaciones sustanciales decididas por el empresario son lícitas cuando el legislador admite expresamente su juego.

En suma, el artículo 9 de la LPCL no constituye fundamento jurídico del poder de variación sustancial o esencial. De este modo, si el *ius variandi* sustancial no cuenta ni con un fundamento contractual ni con un fundamento legal, entonces su ejercicio siempre será ilícito. Salvo, claro está, en los casos de modificaciones sustanciales de la condición de tiempo, en cuyo caso la propia ley funciona como fundamento jurídico y regula su actuación. A ello, precisamente, nos referiremos más adelante.

Para realizar una modificación sustancial o esencial, el empresario deberá acudir al contrato de trabajo como instrumento de novación contractual.

### 3.3. El *ius variandi* excepcional o de emergencia: la tutela de intereses superiores

Por último, resta el análisis del fundamento jurídico del *ius variandi* excepcional o de emergencia.

Si bien se ha dicho que en este tipo de modificación de condiciones de la prestación debida se reproducen modificaciones sustanciales o esenciales, también se ha dicho que son decisiones empresariales tomadas en situaciones extraordinarias, excepcionales o de emergencia. Son decisiones que han de tomarse con rapidez o urgencia a efectos de evitar grandes males inminentes o remediar accidentes sufridos<sup>(13)</sup>.

Estas medidas excepcionales que debe tomar unilateralmente el empresario no encuentran su fundamento jurídico ni en el contrato de trabajo ni en la ley, sino en la tutela de intereses superiores con trascendencia social<sup>(14)</sup>. Por ejemplo, se puede admitir la modificación sustancial de lugar (traslado fuera del centro de trabajo) o de funciones (cambio de categoría profesional), siempre que de no tomarse esta decisión se afecte el derecho a la vida de otras personas. O cuando la modificación sustancial de condiciones evitaría la paralización de la actividad empresarial, con los riesgos y costes que ello implica. O cuando la modificación sustancial de condiciones permite que el servicio de limpieza o saneamiento público (servicio público esencial) se siga prestando. En suma, la trascendencia del interés colectivo obliga a sacrificar el interés a la inamovilidad del trabajador individual.

La eventual omisión legislativa no lo convierte en ilícito en nuestro marco normativo. Como ya se dijo, el fundamento jurídico de esta facultad excepcional de variación de condiciones no está en un reconocimiento expreso de la ley o el contrato, sino en la tutela de intereses superiores.

Eso sí, el carácter excepcional de este tipo de *ius variandi* obliga a los jueces a tener especial cuidado al momento de evaluar la licitud de estas decisiones unilaterales del empresario. En términos generales, hay que tener presente cuatro cosas fundamentales: (i) debe existir una causa no imputable a las partes ni a la actividad normal de la empresa que justifique la toma de una decisión empresarial. En otras palabras, ha de ser imprevisible; (ii) la causa debe ser urgente, esto es, que requiera una decisión rápida y efectiva; (iii) debe existir un riesgo inminente contra derechos fundamentales de otras personas o, con matices, contra la continuidad de la actividad productiva de la empresa. En este requisito, los jueces han de ser muy rigurosos, con el fin de no convertir “lo excepcional” en regla general; y, (iv) la decisión empresarial de variar las condiciones debe durar un tiempo breve, el necesario como para que el

(12) En el mismo sentido, BOZA PRO, Guillermo. *La modificación sustancial del las condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano, breves notas al Decreto Ley 25921*. En: *Asesoría Laboral*. Lima, marzo de 1994. p. 17.

(13) Véase PLA RODRIGUEZ, Américo. *Curso de Derecho Laboral*. Tomo II. Volumen I. Montevideo: Acalí, 1978. p. 178. Véase, además, ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*; p. 56.

(14) BAYON CHACON, G. y E. PEREZ BOTIJA. *Manual de Derecho del Trabajo*. 8va edición. Volumen I. Madrid: 1972-1973. p. 403.

empresario tome otro tipo de decisiones. Aquí, el juez tendrá que hacer uso del criterio de razonabilidad.

#### 4. Regulación de las modificaciones sustanciales en el Perú

En contra de la interpretación que la jurisprudencia construye a partir de la lectura del artículo 9 de la LPCL, que estima lícitas las modificaciones empresariales de carácter unilateral y sustancial, desde la lógica del razonamiento expuesto en este trabajo llegamos a la conclusión inversa. La explicación es muy simple: el artículo 9 de la LPCL regula y limita el *ius variandi* normal o habitual, mas no alcanza a regular el *ius variandi* sustancial o esencial.

Muy bien, al concluirse que el *ius variandi* sustancial o esencial no tiene fundamento jurídico en el artículo 9 LPCL, se tiene que concluir por fuerza que todo uso de este por parte del empresario resulta en principio ilícito. Las únicas excepciones a esta conclusión han de encontrarse en las modificaciones sustanciales que cuentan con un fundamento jurídico específico en nuestro ordenamiento (como las modificaciones sustanciales de tiempo y modificaciones sustanciales excepcionales o extraordinarias). Es por esta razón que, desde nuestro punto de vista, el uso del *ius variandi* sustancial o esencial, fuera de las excepciones mencionadas, estaría prohibido.

Ahora, planteado así el problema de las modificaciones sustanciales en el ordenamiento peruano, me parece que el análisis de éstas debe perseguir dos líneas muy claras. En primer lugar, se debe reflexionar acerca de la opción legislativa que prohíbe el uso de modificaciones sustanciales de lugar y funciones motivadas en razones organizativas de las empresas, más todavía cuando en términos generales la ley reclama mayor flexibilidad de la gestión de mano de obra. Una regulación flexible impediría, a lo mejor, que la jurisprudencia tenga que forzar la interpretación de la ley hasta límites que lindan con lo absurdo. En segundo lugar, es necesario penetrar también en las regulaciones que admiten las modificaciones sustanciales a efectos de evaluar el talante protector de los intereses de los trabajadores. Pues, no basta que se creen procedimientos de modificaciones sustanciales de condiciones, si no que deben ser eficaces en la protección de los intereses de ambos sujetos laborales.

Antes de detenernos en estos dos importantes temas, debemos empezar preguntándonos: ¿qué es una modificación sustancial de condiciones?

#### 4.1. ¿Qué es una modificación sustancial de condiciones? como cuestión previa

Antes de calificar una modificación como sustancial el juez tendrá que analizar hasta dónde se extiende la facultad de variación común o habitual. Y ello resulta de gran importancia porque, como ya se dijo, de la distinción entre *ius variandi* normal o habitual y *ius variandi* sustancial o esencial dependerá la licitud o, acaso, ilicitud de la orden empresarial.

Es decir, importa delimitar la frontera para desenmascarar órdenes ilícitas (modificaciones sustanciales), tras la apariencia de órdenes lícitas (modificaciones no sustanciales).

En la medida que los límites de lo que se puede considerar sustancial o no son normalmente elásticos y flexibles, el legislador apela al criterio razonable del juez para determinar la frontera en cada caso concreto. Como ya se dijo, las modificaciones no sustanciales conforman precisamente las facultades unilaterales del empleador en base a su poder de dirección que ejerce en el marco de lo ya pactado; mientras, las sustanciales, sobrepasan lo determinado en el contrato, convirtiendo el mismo en un acuerdo distinto. Aunque en teoría quede claro que una modificación sustancial hay que medirla por sus efectos, tanto así que afecte el núcleo esencial de la materia que sea<sup>(15)</sup> o que transforme el contrato de trabajo en otro distinto (novación contractual)<sup>(16)</sup>, en los hechos confluyen otras circunstancias que requieren un análisis de conjunto. Por ejemplo, habrá que analizar si se trata de una condición principal o accesoria del contrato, de una afectación individual o colectiva, de una de tipo temporal o permanente, de un perjuicio moral o económico, etcétera. El análisis por fuerza ha de ser caso por caso y de ahí la necesidad de recurrir a la razonabilidad del juez.

Ahora bien, supongamos que el juez decide que la modificación unilateral de condiciones de la prestación de servicios por parte del empresario se ha efectuado fuera de las fronteras del contrato de trabajo, es decir, declara la ilicitud de la medida. Recién en este momento se podrá decir que nos hallamos frente una modificación sustancial.

#### 4.2. La necesaria regulación del *ius variandi* sustancial o esencial

##### 4.2.1. La búsqueda obligatoria de acuerdos y las necesidades organizativas

La ilicitud de las modificaciones sustanciales en clave de opción legislativa significa que el empresario ha de buscar forzosamente el acuerdo con los trabajadores o sus representantes. Me

(15) ROMAN DE LA TORRE, María Dolores. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*. Granada: Comares, 2000. p. 14.

(16) CRUZ VILLALON, Jesús. *Op. cit.*; pp. 224 y siguientes.

explico, si están prohibidas las decisiones de *ius variandi* sustancial, entonces la única vía que le queda al empresario para realizar cambios que sobrepasen los términos del contrato de trabajo será la de firmar un nuevo contrato, ámbito individual, o llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, ámbito colectivo.

Esta opción legal, como es de suponer, implica una pérdida de flexibilidad empresarial, en la medida que ralentiza los tiempos en la toma de decisiones. Dado que en la actualidad las empresas buscan adecuar rápidamente sus objetivos y sus organizaciones a los continuos cambios del mercado, es lógico que la imposibilidad suponga un perjuicio a su competitividad. Hoy en día, en medio de la sociedad globalizada, de nuevas tecnologías, de mercados saturados por la competencia, etcétera, resulta anacrónico ignorar este interés empresarial por satisfacer necesidades técnicas, organizativas y productivas; no obstante, ello se debe equilibrar con la tutela de los intereses sociales y profesionales de los trabajadores.

El principal obstáculo dogmático que hay que superar para admitir las modificaciones sustanciales o esenciales con fundamento jurídico legal es el de entender que el contrato de trabajo se encuentra inserto en la propia actividad empresarial. Es decir, aunque el contrato de trabajo debe respetarse como un negocio jurídico independiente de la empresa, no puede negarse que aquel nace precisamente para cumplir los fines de esta<sup>(17)</sup>. Eso sí, aunque aceptemos que el contrato de trabajo puede adaptarse a las necesidades organizativas empresariales, se debe diferenciar el tratamiento legislativo del *ius variandi* normal o habitual y el del *ius variandi* sustancial o esencial.

Una cosa más. A manera de reflexión integral del tema, esto es, la necesidad de regulación de las modificaciones sustanciales en el ordenamiento laboral peruano, hay que tener presente que una acción legislativa seria y profunda impediría interpretaciones absurdas del artículo 9 de la LPCL como las que promueve la jurisprudencia de los tribunales laborales. No obstante, creo que el culpable de la situación es el legislador y no el juez que aplica la ley. Me explico, el juez sabe que las necesidades organizativas empresariales en el mundo actual son indispensables para la productividad y por eso fuerza la interpretación de las leyes anacrónicas. Si hubiera leyes modernas no tendrían por qué alterarlas. El problema de ello es que los pronunciamientos judiciales, dado que no tienen poder legislativo, solo reconocen el poder de

variación empresarial sin tener opción a imponerle límites. He ahí su contradicción. Es por eso que la acción legislativa debería tener dos fines principales: (i) de un lado, dotar de fundamento jurídico al *ius variandi* sustancial o esencial (y, con ello, a los pronunciamientos judiciales que las admiten); y, (ii) de otro lado, establecer ciertos límites a su uso (cuestión que, obviamente, omiten los pronunciamientos judiciales).

#### 4.2.2. Pautas para una regulación del *ius variandi* sustancial o esencial

La primera regla a la que se somete cualquier regulación del *ius variandi* sustancial o esencial es la de encontrar su fundamento jurídico en la ley. A diferencia del *ius variandi* normal o habitual que encuentra su fundamento en el propio contrato de trabajo, las modificaciones sustanciales, por sobrepasar la frontera contractual, requieren de un respaldo legal para su implementación. Como ya se dijo, sería ilógico que una de las partes (el empresario) tenga el poder suficiente para desconocer las condiciones pactadas o la determinación del objeto de la prestación de servicios.

La segunda regla a la que se somete la regulación del *ius variandi* sustancial o esencial es la de contar con ciertos límites legales. Nuevamente, a diferencia del *ius variandi* normal o habitual donde el poder de dirección empresarial se ejerce libremente en la medida que se encuentre dentro de las fronteras del contrato de trabajo, las modificaciones sustanciales requieren siempre del cumplimiento de un procedimiento determinado. El hecho de que las modificaciones sustanciales impliquen una novación del propio contrato obliga a procedimentalizar la iniciativa del empleador. No existe, ni puede existir, facultad de variación de carácter sustancial fundada en la sola voluntad unilateral del empleador.

Ahora bien, ¿con qué garantías cuenta normalmente un procedimiento de modificaciones sustanciales? Me parece que si el objetivo del procedimiento es eliminar la arbitrariedad del empresario, sin lugar a dudas una garantía a cumplimentar es la de alegar una “causa justa” para llevar a cabo la modificación sustancial. Y esta causa, precisamente, no puede ser otra que las necesidades organizativas empresariales. En consecuencia, el empresario deberá probar que su decisión de modificar sustancialmente el contrato de trabajo se basa en la presencia de motivos organizativos, técnicos y productivos de la empresa<sup>(18)</sup>. De otra parte, la iniciativa empresarial de modificación

(17) *Ibid.*; p. 123.

(18) Es importante resaltar que en ordenamientos jurídicos laborales como el español, la “ley configura como razones modificativas de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, no tanto determinadas vicisitudes de la situación de la empresa, sino el efecto

sustancial debe “consultarse previamente a los trabajadores”, pero, con el fin de llegar a acuerdos conjuntos y no con el ánimo de cumplir nada más que un trámite formal. Es por eso que una eventual regulación del tema debe otorgar incentivos a las modificaciones sustanciales pactadas, donde ambas partes comprendan que dentro de una negociación hay que ceder una parte de sus intereses<sup>(19)</sup>. Si, a pesar del fomento legal no se llegara a un acuerdo entre el empleador y los representantes de los trabajadores, no queda más remedio que otorgar facultades de variación unilaterales al empresario. Creo que esta última salida es preferible al sometimiento de la modificación sustancial a la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo, puesto que la toma de decisión seguiría siendo lenta. Por lo menos, muy lenta en comparación con la intensa dinámica de los cambios en el mercado. Eso sí, al tiempo que se flexibiliza este aspecto, engrosando el poder empresarial al interior de la empresa, deberán instituirse mecanismos procesales rápidos y efectivos para la impugnación de las modificaciones sustanciales abusivas o arbitrarias.

La tercera regla a la que se somete la regulación del *ius variandi* sustancial o esencial es la de respetar las mismas prohibiciones absolutas a las que se somete el *ius variandi* normal o habitual. Esto es, respeto de las condiciones determinadas en normas jurídicas, respeto a los derechos constitucionales y prohibición del fraude de ley.

La cuarta regla consiste en crear medios de protección procesal adecuados y eficaces frente a las modificaciones sustanciales abusivas o arbitrarias. Por ejemplo, debería prohibirse el despido de un trabajador alegando incapacidad sobrevenida (artículo 23 de la LPCL) o bajo rendimiento (artículo 25.b de la LPCL) cuando la causal se ha configurado

a raíz de la propia modificación sustancial implementada. O deberían crearse vías procesales específicas y céleres para la impugnación de decisiones empresariales que impliquen variación de condiciones de la prestación, sin descuidar la necesidad de utilizar medidas cautelares innovativas a efectos de tutelar la posición jurídica del trabajador.

Por último, la quinta regla relevante en la regulación del *ius variandi* sustancial o esencial es la de diferenciar los casos en función de los perjuicios causados al trabajador. Por ejemplo, no es lo mismo regular una disminución de categoría que un cambio a categoría superior. En el primer caso habrá perjuicio, mientras en el segundo normalmente habrá beneficio<sup>(20)</sup>. Creo que esta sería una buena ocasión para regular el tema de los ascensos dentro de las empresas, sobre todo en lo que toca a determinar los límites de la discrecionalidad empresarial cuando corresponde ascender a un trabajador o no, o hasta dónde el empresario puede encargar a un trabajador el desempeño de funciones de una categoría mayor sin estar obligado a reconocerle formalmente su ascenso. ¿Es lo mismo que esta situación se extienda por dos meses a que se extienda por un año continuo? En fin, como ya dijimos, son problemas que nuestra norma no ha abordado y que requieren de una respuesta adecuada<sup>(21)</sup>. También habría que diferenciar una modificación sustancial permanente respecto de otra de carácter temporal.

#### 4.3. El *ius variandi* sustancial o esencial en la condición de tiempo

Como se sabe, el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo 007-2002-TR, regula los procedimientos especiales para implementar modificaciones sustanciales de jornada y horario de trabajo. De esta forma, la propia ley sirve al mismo

beneficioso de las medidas propuestas por el empresario sobre la organización de los recursos empresariales”. CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *La modificación de las condiciones de trabajo*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994. p. 57. Es decir, no basta la existencia de motivos organizativos sino que es preciso que estos tengan por finalidad la mejora de la competitividad de la empresa y su mejor capacidad de respuesta a las exigencias del mercado.

- (19) Me parece que las medidas legales, o acaso los acuerdos alcanzados a través de convenios colectivos, deberían determinar las formas en las que deba comunicarse la decisión modificativa a los representantes de los trabajadores, fijar la imposición de comisiones de participación en la decisión empresarial, obligatoriedad en la entrega de información relevante e, incluso, instaurar procedimientos arbitrales cuando se trata de modificaciones de carácter colectivo.
- (20) No obstante, incluso los ascensos muchas veces pueden ser perjudiciales para ciertas categorías de trabajadores. Por ejemplo, pensemos en el caso de un dirigente sindical que es “ascendido” a un puesto de dirección o de confianza con el fin de que pierda la protección del fuero sindical (artículo 30 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). En este caso, opinamos que en defensa de la libertad sindical del trabajador, este podría oponerse a una promoción. En el mismo sentido, véase TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Op. cit.*; p. 223.
- (21) Quizás una regulación en este sentido borre de la jurisprudencia atisbos de autoritarismo empresarial que abren la puerta a eventuales actos arbitrarios. Es sintomático de esta tendencia judicial la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación recaída en el Expediente 575-97-ICA, considerando cuarto), donde se señala claramente que “mientras no existan instrumentos normativos expresos, la organización interna del centro de trabajo es facultad exclusiva de la parte empleadora, incluyendo la promoción de trabajadores o sus ascensos”. A pesar de que la Corte Suprema puede imponer límites a todo poder de variación empresarial cuando este sea abiertamente fraudulento o contrario a derechos fundamentales, este órgano judicial prefirió dar un paso al costado y señalar en el considerando siguiente de la misma sentencia: “no es posible que mediante una sentencia se obligue a una empresa privada a reconocer a un trabajador en un puesto distinto al que le ha asignado su principal en tanto no exista, como se ha dicho, norma, contrato o convenio que disponga lo contrario”.

tiempo de fundamento y de límite al *ius variandi* sustancial o esencial.

Para empezar, y entrando de lleno a los procedimientos de modificaciones sustanciales regulados en el TUO de la Ley de Jornada y Horario, me parece que una crítica a los cambios de jornada es la relativa a la inexistencia de causa justa para el cambio propuesto por el empresario. El artículo 2 de la Ley, en su primera parte, solo se dedica a describir los tipos de modificaciones sustanciales de jornada que mediante el cumplimiento del respectivo procedimiento se pueden llevar a cabo. Mientras, en la segunda parte, el mismo artículo regula los pasos a seguir dentro del procedimiento. De esta forma, se omite la obligación del empresario de alegar y probar una causa relacionada con la organización de su empresa. Creo que esta omisión legal comporta un alto riesgo debido a que según el procedimiento de la Ley, el que veremos a continuación, es posible que el empresario decida unilateralmente la modificación sustancial en caso fracase la negociación con los representantes de los trabajadores. La exigencia de causa, precisamente, evitaría la arbitrariedad del empresario.

Con referencia a los procedimientos en sí, vamos a estudiar, en primer lugar, el referido a modificaciones sustanciales de jornada y, en segundo lugar, el referido a horario de trabajo.

En cuanto al primero, el de jornada, hay que señalar que el artículo 2 de la Ley faculta al empresario a “reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal de trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo” o, más genéricamente, “modificar la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal”. Eso sí, en caso se reduzca el número de horas de la jornada no podrá originar una reducción en la remuneración que el trabajador haya venido percibiendo, salvo pacto expreso en contrario (artículo 3 del Reglamento del TUO de la Ley de Jornada y Horario).

Ahora bien, el empresario propone la medida de modificación al sindicato, a los representantes de los trabajadores o, a falta de estos, a los trabajadores afectados (artículo 2.2 de la Ley). Luego de pasados tres días desde la comunicación de la medida, los trabajadores pueden solicitar al empleador una reunión para proponer una medida alternativa a la modificación sustancial de jornada. Sin embargo, en caso no se llegue a un acuerdo en la mencionada reunión, el empresario está facultado para introducir unilateralmente la medida. Nótese que la propia Ley no fomenta el acuerdo, al contrario, lo margina a la consideración de un trámite más. Quizá, en este punto, donde la medida ya fue ejecutada por el

empleador, hubiera sido importante crear mecanismos de impugnación judicial rápidos y eficaces, a efectos de evitar un resarcimiento inmediato de los trabajadores contra actos arbitrarios y abusivos. Desgraciadamente, no fue esta la opción legislativa y el legislador peruano se inclina por derivar la impugnación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante AAT), para que se pronuncie en diez días sobre la procedencia de la medida que ya se está aplicando en la empresa. Me parece criticable esta opción por dos motivos fundamentales. Primero, la AAT no puede exigir una causa justa que fundamente la modificación en la medida que la ley no impone al empresario la obligación de motivar su decisión, con lo cual cualquier causa o motivo, hasta la más inverosímil, será suficiente. Segundo, en el procedimiento administrativo que se abre ante la AAT no es posible recurrir a medidas procesales que tutelen inmediatamente los derechos de los trabajadores perjudicados. No se podrán solicitar medidas cautelares a favor de los trabajadores (medidas innovativas) y la impugnación judicial se llevará a cabo por un contencioso administrativo.

En relación a la modificación del horario de trabajo, también el TUO de la Ley de Jornada y Horario instaura un procedimiento especial para llevar a cabo modificaciones sustanciales en los horarios de trabajo. Eso sí, el procedimiento de modificación legal solo debe ser cumplido en el caso de una modificación colectiva de horario mayor a una hora y siempre que la mayoría de trabajadores afectados no estuviera de acuerdo con la medida (artículo 12.a del Reglamento del TUO de la Ley de Jornada y Horario). Por tanto, se admite que el empresario ejecute unilateralmente su medida y solo en caso los trabajadores no estén de acuerdo podrán recurrir a la AAT para impugnar la medida que ya fue ejecutada. A parte de la imprecisión terminológica de la que adolece el artículo 6, en cuanto no define qué se entiende por carácter colectivo (¿dos, tres, cuatro trabajadores o a todos?), hay que criticar la actuación marginal de la AAT. Recién, con posterioridad a la ejecución de la medida empresarial, la AAT evaluará la causa justificante alegada por el empleador. Aquí, al menos, se respeta el principio de causalidad para una modificación sustancial, no obstante subsiste la limitación de los procedimientos administrativos para tutelar inmediatamente el perjuicio causado a los trabajadores.

Para las modificaciones sustanciales de horario de carácter individual y que exceden de una hora, el trabajador podrá acudir al poder judicial por la vía de un procedimiento de cese de hostilidad, tal como lo regula el artículo 30 de la LPCL. Es decir, el trabajador antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador para que este efectúe sus

descargos o enmiende su conducta. Lo curioso es que no se dice qué causal o qué acto de hostilidad servirá de fundamento para la impugnación. La discusión no es baladí, puesto que el juez no tendrá un marco de referencia para distinguir entre una modificación que hostilice al trabajador de otra que no lo hace. ¿Se podrá entender que la sola modificación de los términos pactados en el contrato es ya un acto de hostilidad? No creo, porque ello implicaría prohibir las modificaciones unilaterales de horario sin excepción alguna. Creo más bien que, en este ámbito, el juez solo se limitará a declarar lo que ya fue decidido por el empresario, lo cual ya es bastante criticable.

Por último, la instauración de un procedimiento legal de modificaciones sustanciales plantea la pregunta de si mediante esta vía se pueden realizar derogaciones a normas jurídicas. Utilizando una terminología más práctica: ¿se puede modificar mediante el procedimiento legal una jornada o un horario pactado en convenio colectivo? Me parece que la respuesta será “depende”. Y es que, a mi juicio, depende de la forma en que se ponga fin al procedimiento de modificación sustancial. Por un lado, si el procedimiento culmina con un acuerdo con los representantes de los trabajadores o los trabajadores afectados, entonces procederá la modificación sustancial. Estamos hablando de que por medio de un convenio colectivo, aunque extraordinario<sup>(22)</sup>, se está modificando otro convenio colectivo. Aquí, se estaría haciendo un ejercicio amplio del derecho de negociación colectiva (artículo 28 de la Constitución). De otro lado, si el procedimiento culmina con la ejecución unilateral de la medida por parte del empleador, entonces no procederá la modificación sustancial, ni no sustancial, del convenio colectivo. Aunque el fundamento jurídico de las modificaciones sustanciales se encuentre en la ley, no se puede olvidar que el convenio colectivo tiene su fundamento jurídico en el derecho constitucional a la negociación colectiva (artículo 28 de la Constitución). Solo a través de un nuevo convenio colectivo se podrá modificar la condición de tiempo determinada. Coincidimos con Toyama cuando señala que “la fuerza vinculante o normativa del convenio colectivo de trabajo se erige como un límite a la potestad del empleador para modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, pese a la existencia de la consabida razonabilidad y resultar necesaria la modificación para adecuarla a las necesidades de la empresa”<sup>(23)</sup>.

#### 4.4. El *ius variandi* excepcional o extraordinario

Otro supuesto de modificaciones sustanciales admitidas en nuestro ordenamiento jurídico son las producidas en circunstancias especiales, excepcionales o críticas. El *ius variandi* excepcional, aunque no tenga fundamento jurídico expreso en la legislación laboral peruana, debe admitirse en supuestos en los que por razones ajenas al trabajador o al empresario (imprevisibles) se pone en riesgo un bien jurídico de trascendencia social. Como ya se dijo, estos intereses superiores son, entre otros, la protección del derecho a la vida, la continuidad de la producción en la empresa o la prestación de servicios públicos esenciales. Muchas veces, una decisión rápida y adecuada del empresario, aunque suponga modificaciones sustanciales de condiciones, puede evitar peligros o desastres.

Obviamente, lo que diferencia al *ius variandi* excepcional del *ius variandi* sustancial no es la entidad de la modificación, que en ambos casos será de gran entidad (sustancial), sino la inexistencia de procedimiento para utilizar el primero (decisiones directas e inmediatas) y la existencia de procedimiento para usar el segundo.

¿Dónde encontrar el fundamento jurídico de estas decisiones unilaterales empresariales de carácter excepcional? Sin duda, en los intereses superiores que tutela y protege el ordenamiento constitucional. Por ejemplo, derecho a la vida (artículo 2.1), interés social de la empresa (artículo 59), derecho a la salud (artículo 7), etcétera. Entiéndase, no son decisiones de gestión o administración normal de la empresa, sino decisiones que se toman en momentos imprevistos y extraordinarios.

Precisamente, el artículo 7 del Reglamento del TUO de la Ley de Jornada y Horario ha incluido un supuesto de este tipo. Señala que “de ocurrir un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que haga indispensable introducir alguna de las modificaciones previstas en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley, será suficiente para proceder a ellas, contar con la aceptación escrita del o los trabajadores involucrados”. De esta forma, en este supuesto, la modificación sustancial de la jornada de trabajo está exonerada de cumplir el procedimiento legal. No obstante, las críticas a este artículo reglamentario vienen por el lado de la inexistencia de límites. Entiéndase, dado que se está entregando un poder de variación de modificaciones sustanciales al empresario, de

(22) En la legislación y doctrina española se ha bautizado a estos acuerdos con el nombre de “acuerdos de empresa”. Se les reconoce una naturaleza distinta a los convenios colectivos, pero se admite igualmente su fundamento constitucional en el derecho de negociación colectiva. Por lo demás, hoy en día es doctrina pacífica el reconocerles un poder derogatorio de los convenios colectivos. Sobre el particular, ROMAN DE LA TORRE. María Dolores. *Op. cit.*; pp. 51- 60.

(23) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Op. cit.*; p. 220.

carácter casi unilateral, debería regularse de modo riguroso las fronteras que ha de tener. Es cierto que se menciona el caso fortuito o de fuerza mayor como motivo de procedencia del *ius variandi* excepcional, pero nada se dice respecto a la urgencia de la causa ni a la temporalidad de la medida. Nada se dice, además, de la relación del motivo con la protección de intereses relevantes del ordenamiento. En suma, un caso fortuito o de fuerza mayor puede ser utilizado para realizar modificaciones sustanciales, incluso permanentes, en casos en los que no hay ninguna urgencia.

Ahora bien, si esto sucede en las modificaciones sustanciales de jornadas de trabajo, donde hay una regulación, huelgan los comentarios para los casos de modificaciones sustanciales de lugar o funciones. Aquí, los límites vendrán dados por la aplicación del principio de razonabilidad que haga el juez que evalúe la procedencia de la medida. Esto, claro está, si el trabajador se atreve a impugnar la medida empresarial excepcional. Y pongo en duda la capacidad de impugnación del trabajador no tanto por una falta de actitud beligerante, sino por la falta de medios procesales que el ordenamiento pone a su disposición. Así, el único medio procesal de defensa que contiene suficientes garantías para el trabajador es el proceso de cese de hostilidad (artículo 30 de la LPCL). Si bien hemos dicho que a las modificaciones no sustanciales no se les aplica este artículo por su escasa gravedad y que a las sustanciales tampoco se les aplica por estar, en principio, prohibidas, el ámbito de operatividad natural del artículo 30 serán las modificaciones sustanciales de carácter excepcional. En esta línea, no procede la disminución de categoría que no se funda en un motivo imprevisible, urgente o de crisis ni tampoco procede un cambio de centro cuando el motivo es

uno muy distinto al motivo imprevisible, urgente o de crisis (causar perjuicio al trabajador). Como se ve, son dos casos aislados de conducta fraudulenta empresarial.

Finalmente, en cuanto a los límites del *ius variandi* excepcional hay que decir dos cosas. Primero, cuando se produzca un conflicto entre derechos constitucionales e intereses superiores del ordenamiento, el juzgador tendrá que conciliar la subsistencia de ambos. No se trata de preservar uno a costa de la marginación total del otro. Por ejemplo, cuando el legislador señala que los representantes de los trabajadores que gocen del fuero sindical no serán trasladados a otros establecimientos de la empresa, salvo que exista justa causa debidamente demostrada (artículo 30 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), no está prohibiendo necesariamente el traslado. Al contrario, lo admite como una excepción. El derecho de libertad sindical cede ante la presencia de los intereses superiores, como sucede en el caso del *ius variandi* excepcional<sup>(24)</sup>. Segundo, considero que a diferencia del *ius variandi* normal o habitual y del *ius variandi* sustancial o esencial, el *ius variandi* excepcional sí podría modificar normas jurídicas de mayor rango (leyes estatales o convenios colectivos), siempre que se respete rigurosamente la garantía de excepcionalidad, de temporalidad y de urgencia en el motivo. Creo que la tutela de bienes jurídicos superiores en peligro es lo que sustenta esta postura. De todas formas, si esta puerta se abre a las decisiones unilaterales del empleador, hay que ser concientes de que deben crearse paralelamente mecanismos procesales rápidos y eficientes que admitan impugnaciones inmediatas a efectos de detectar en vía judicial cualquier atisbo de arbitrariedad por parte del empresario. <sup>AB</sup>

(24) Quizá el tema que queda por discutir aquí es el de hasta dónde el dirigente sindical puede exigir que su traslado se realice solo si es rigurosamente necesario. Es decir, si existen 4 trabajadores en las mismas circunstancias de posible traslado y uno de ellos es dirigente sindical, ¿por qué habría que trasladar al dirigente si no es necesario? ¿Por qué en uso del *ius variandi* excepcional el empresario no traslada a uno de los otros tres trabajadores? En este caso, el análisis del criterio de necesidad es fundamental para tutelar el derecho de libertad sindical, más aun si no causa perjuicio al interés superior. Cuestión distinta sería si solo hay un trabajador en las circunstancias del posible traslado y este trabajador es a su vez dirigente sindical con fuero.