



# **El *Ius variandi* en el Perú: entre la amplitud normativa y los imprescindibles condicionantes para su ejercicio<sup>(\*)</sup>**

*The *Ius variandi* in Peru: between the breadth of the legal formula and the essential conditions for its exercise*

**Alfredo Villavicencio Ríos<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** El estudio aborda la potestad de los empleadores de modificar las condiciones de trabajo previstas en un contrato de trabajo en el Perú. Se aborda el marco general, imprescindible para darle contexto a esta facultad, y luego se desarrolla sus alcances ampliamente consagrados en la ley, diferenciándola de la potestad del empleador de establecer modificaciones accesorias o secundarias. A continuación, se trata el tema de sus límites vinculados con los requisitos de causalidad y proporcionalidad establecidos por la norma legal. Finalmente, se analiza el caso de los límites en el caso en que se trate de una modificación del tiempo de trabajo, dado que este tema presenta una regulación específica.

**Palabras clave:** *Ius variandi* - Flexibilidad interna - Modificación ordinaria y sustancial de condiciones de trabajo - Tiempo de trabajo – Derecho Laboral - Perú

**Abstract:** This study discusses the power of employers to modify the working conditions established in an employment contract in Peru. It addresses the general framework, essential to give context to this power. Then it develops its scope broadly enshrined in the law, differentiating it from the employer's power to establish accessory or secondary alterations. Next, it addresses the limits linked to the requirements of causality and proportionality set by law. Finally, it analyzes the limits regarding the case working time modifications, given its specific regulation.

**Keywords:** *Ius variandi* - Internal flexibility - Ordinary and substantial change of working conditions - Working hours – Labor law - Peru

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 9 de octubre de 2024 y su publicación fue aprobada el 11 de diciembre de 2024.

(\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Doctor en derecho por la Universidad de Sevilla (Sevilla, España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5364-9861>. Correo electrónico: alfredo.villavicencio@pucp.edu.pe.



## 1. Introducción

El ordenamiento jurídico-laboral peruano ha sufrido un cambio radical de modelo desde el inicio de los años 90, a partir de los cuales se implementó una reforma laboral desreguladora y flexibilizadora en todos los campos imaginables del sistema de protección de los trabajadores (sustantivo, procesal, individual, colectivo, administrativo, seguridad social, entre otros). Y en lo que aquí interesa, el nuevo modelo implicó amplias potestades de flexibilidad externa (despido libre indemnizado y libertad casi plena de contratación temporal) y de flexibilidad interna (amplios poderes empresariales para introducir variaciones en las prestaciones a cargo de los trabajadores, desplazando el control estatal previo, en estos casos, hacia un control posterior y de carácter judicial).

Esta situación, que se entendió inicialmente como ilimitada, ha ido encontrando con el tiempo un conjunto de límites, derivados de los criterios de razonabilidad y causalidad, mencionados en la norma que la consagra y que, con la recuperación de la democracia en los albores de este siglo, han ganado mucha presencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la judicial y, finalmente, la administrativa. Al estudio detallado de esta nueva situación se dedican las líneas que siguen.

## 2. El necesario marco general del *ius variandi*

Partiendo del contexto de intensa desregulación y flexibilidad laboral externa e interna, existente en el Perú desde el inicio de los años 90, queremos dejar constancia de que las facultades del empleador de alterar el contenido de la prestación laboral devinieron en muy amplias tras la derogación del Decreto Ley 25921, que se denominó Ley de Facultades del Empleador, y que reguló el procedimiento administrativo al que deberían someterse las iniciativas del empleador dirigidas, entre otros, a modificar turnos, días u horas de trabajo y modificar, suspender o sustituir prestaciones de orden económico y condiciones de trabajo.

A tal regulación le sucedió el párrafo final del artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que, simplemente, establece:

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Estas amplísimas posibilidades de modificación son consistentes con unas reglas tan exigüas que han merecido el reclamo de toda la doctrina por su insuficiencia. Sirva de ejemplo la opinión de Toyama (2023) cuando sustenta la norma en:

La naturaleza de las reformas laborales que se han implementado en el sistema peruano, caracterizadas por una desregulación, un retiro del Ministerio de Trabajo en su rol de ente fiscalizador de los actos del empleador y una abdicación inicial para que el empleador pueda incorporar las modificaciones que estime convenientes. (p. 336)

La amplitud del mandato general anotado, que luego analizaremos con detalle, ha evidenciado y sigue evidenciando grandes vacíos, lo que resulta disfuncional en muchos terrenos. Esto conduce a la búsqueda de soluciones forzadas, basadas en normas previstas en otra lógica, como la brecha salarial, impulsa el incremento de la conflictividad siempre presente en un tema tan sensible; lleva a la judicialización de cualquier decisión empresarial o a la aceptación de decisiones unilaterales injustas, por carecer, en muchos casos, de un cierto contrapeso o equilibrio.

Como tantas otras, la revisión de esta norma es una asignatura pendiente que, lamentablemente, no podrá llevarse a cabo, porque en el Perú hemos sido capaces de restaurar la democracia política, tras la exposición pública de la corrupción del fujimorismo, pero no hemos podido recuperar cierto equilibrio en las relaciones laborales, dado que el núcleo de poder económico sigue siendo el mismo. Valida esta reflexión, los dos proyectos de Ley General del Trabajo (2002 y 2012), que se quedaron en tales a pesar de haber sido elaborados por comisiones de expertos muy plurales y, en uno de los casos, ratificado por los actores sociales en un 90%.

Como segundo elemento general, debemos dejar sentado que el *ius variandi* no puede utilizarse para relativizar o dejar sin efecto normas imperativas estatales, autónomas (e incluso derivadas de la costumbre).

Estamos ante un poder de modificación que debe sujetarse a las reglas básicas de respeto a la ley y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. En el primer caso, en tanto la norma no permita su disponibilidad, cualquier afectación desde la autonomía privada será inválida. En el segundo, lo previsto en un convenio colectivo solo puede modificarse por otro producto de la autonomía colectiva que tenga competencia al respecto.



En este último terreno, la amplitud de la fórmula prevista en el artículo 9 generó algunas interpretaciones y aplicaciones empresariales que llevaron a modificar incluso disposiciones previstas en convenios colectivos. De modo que se hizo necesaria una definición estatal al respecto, que se dio a través del Decreto Supremo 013-2006-TR. Este, en su artículo 2, dispuso que el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, “LPCL”), “no puede ser interpretado en el sentido que permita al empleador modificar unilateralmente el contenido de convenios colectivos previamente pactados, u obligar a negociarlos nuevamente, o afectar de cualquier otra manera la libertad sindical”.

La consagración constitucional de la fuerza vinculante de los productos de la negociación colectiva (artículo 28.2) debió ser una barrera suficiente para el respeto de lo convenido colectivamente, mucho más cuando el principio *pacta sunt servanda* también está detrás del cumplimiento de buena fe de los términos de lo acordado en sede colectiva. Pero la debilidad de nuestro proceso de constitucionalización hizo necesario un heterodoxo juego normativo por el que un decreto supremo establece ciertos alcances de una ley y rompe, de esta manera, la jerarquía entre ellos, pero con el fin de hacer realidad lo previsto constitucionalmente.

En tercer lugar, y muy cercanamente a lo que se acaba de señalar, debemos dejar sentado que las modificaciones bilaterales, en sede individual o colectiva, serán siempre posibles en tanto respeten los parámetros de validez. Es decir, que las posibilidades de modificar la prestación de trabajo, para volverla más adaptable, más dúctil, tienen un amplio abanico en la autonomía privada individual y colectiva; hemos de acentuar inmediatamente que, dado que siempre es posible establecer un acuerdo individual novatorio, la sede natural de modificación es la negociación colectiva (Baylos, 2011, p. 231). En sede colectiva encontraremos que la reclamada adaptabilidad se acompaña de la imprescindible consideración de los intereses de los trabajadores, lo que dota a lo convenido de una calidad muy superior frente a lo impuesto legal o unilateralmente.

Además de lo dicho, es necesario dejar en claro que en el ordenamiento peruano la regla general frente al ejercicio del *ius variandi* es la de cumple y después reclama (*solve et repete*), en tanto que el derecho de resistencia queda para situaciones extremas en las que se pone en riesgo la vida o la salud del trabajador. Esta situación reclama una atención especial a la utilización de las facultades empresariales, para no causar daños de imposible o muy difícil reparación (la frustración de estudios en curso, por un cambio de turno u horario del trabajador, para no referirnos a un traslado).

Finalmente, también es necesario tener en cuenta que la inexistencia de grupos y categorías profesionales predeterminados en las empresas peruanas, aunada a la

negociación colectiva de rama solo en dos sectores económicos, plantea dificultades para el ejercicio ponderado del *ius variandi*. Si bien esta situación ha comenzado a modificarse desde la promulgación de la Ley 30709 - Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, en diciembre de 2017, todavía hay mucho camino que recorrer para salvar la laguna anotada al principio del párrafo. El artículo 2 de la ley antes citada se ordena la instauración de cuadros de categorías y funciones en todas las empresas, a las que se asignarán las remuneraciones correspondientes, de manera que se tenga elementos objetivos que permitan luchar contra la brecha salarial de género.

Esta situación se encuentra en progreso, aunque de manera deficiente, ya que se ha dejado únicamente en manos del empleador una tarea para la cual las virtudes de la negociación colectiva (equilibrio, adecuación, acatamiento mayor) son por todos conocidas. Se ha pasado de una regulación sobre el contenido de la prestación pactada en sede individual a otra totalmente unilateral, la empresarial. Pero, por lo menos, empezamos a contar con parámetros objetivos que podrán utilizarse para evitar la posible arbitrariedad absoluta que genera su ausencia. Está claro, además, que esta regulación surge y se aprueba para luchar contra la discriminación salarial de género y no para llenar el vacío existente en el ámbito de la variación de las prestaciones laborales.

Así, y nuevamente, habrá que adecuar los cuadros de categorías y funciones a la lógica de variación del contenido de las prestaciones a cargo de los trabajadores, con la inestabilidad que implica este constante acomodamiento a reglas próximas, pero no específicas.

### **3. La potestad ordinaria de realizar modificaciones accesorias o secundarias y el *ius variandi***

Habida cuenta de la diversidad de modelos normativos y doctrinales respecto de las modificaciones unilaterales de la prestación laboral, consideramos imprescindible dedicar



unas cuantas líneas a definir las categorías que utilizaremos para la presentación del régimen jurídico de *ius variandi* peruano.

El punto de partida es el contrato de trabajo, que no deja de ser un contrato a pesar de los muchos elementos dinamizadores que presenta y que a continuación señalaremos; ellos reclaman particular atención, pero no poseen entidad suficiente para transformar este tipo de contrato en otro negocio jurídico. De allí que debemos comenzar indicando que a este contrato de trabajo se le aplican los principios generales de su género, entre los que se encuentran los de autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*; estos principios permiten y obligan a las partes al establecimiento y cumplimiento obligatorio de los términos del contrato (y que le generan la denominada "protección novatoria"), que han de tener vigencia en tanto no sean modificados por las mismas partes que los pactaron.

A partir de esta consideración, debemos traer a colación que la relación laboral surgida del contrato de trabajo es de trato sucesivo, de duración prolongada, con obligaciones de actividad más que de resultado; se lleva a cabo en condiciones de subordinación, pero presenta una pluralidad de fuentes reguladoras, y en un contexto productivo y organizativo cambiante. Así, la relación laboral es desarrolla en una situación dinámica en la que hay que llevar adelante diversos procesos de ajuste, cambio o transformación de su contenido, procesos a los que, por cierto, hay que prestar particular interés (agreguemos que en la actualidad se permite no solo al empleador, sino también a los trabajadores, tomar la iniciativa en modificaciones originadas en sus intereses, a la luz de las reglas de conciliación de la vida familiar y laboral, por ejemplo).

Sobre la base contractual y a la luz de los elementos dinamizadores de la relación laboral, podemos dejar sentado que la regla general es la del cumplimiento de la prestación en los términos pactados, en tanto que la excepción será permitir al empleador alterar el marco bilateral, siempre que cumpla con las reglas que el ordenamiento jurídico haya establecido para tales fines. Veamos, entonces, un breve cuadro de posibilidades, alcances y caminos en las modificaciones de las prestaciones laborales.

En el ejercicio ordinario de su poder de dirección, el empleador está facultado a materializar cambios secundarios (por contraste de los relevantes, sustanciales o esenciales), que se derivan de su función ordinaria de acomodar, concretar o ajustar las prestaciones pactadas, sin efectuar una novación contractual. El poder directivo del empleador goza de un ámbito de autonomía en lo que se denomina el ejercicio regular de las facultades de dirección. Se trata, en los términos de Cruz Villalón (1983):

[De cambios] respecto a los cuales el empresario ostenta un poder originario para ordenarlos sin más limitaciones que las propias

del respeto a la legalidad vigente, la moral y las buenas costumbres. De hecho, se trata de cambios accesorios que no llegan a formar parte de la institución de la modificación de la relación laboral (p. 27).

En realidad, no deben calificarse como cambios porque no implican novación alguna, sino tan solo la utilización por el empleador de la facultad de optar entre las posibilidades que le da la prestación debida por el trabajador. No obstante, se trata de modificaciones sustanciales; en este sentido, Giugni, citado por Cruz Villalón señala que "el campo *ius variandi* comienza donde el poder directivo finaliza" (1983, p. 24).

Entonces, hablar propiamente de cambios unilaterales de la prestación laboral involucra de lleno a la institución del *ius variandi* y deja de lado la potestad ordinaria de efectuar variaciones accesorias o secundarias que no alteran esencial o sustancialmente el contenido contractualmente pactado.

Por ello, ubicados ya en el campo de la modificación de la prestación laboral por voluntad del empleador, debemos apostillar que más que la condición de trabajo es la intensidad del cambio lo que lleva a que el ordenamiento jurídico vuelque los ojos hacia esta alteración. Lo que marca el ingreso a la esfera de las decisiones ordinarias o excepcionales del empleador es la importancia del cambio. Nos encontraremos en el terreno propio del *ius variandi* si la decisión empresarial está dirigida a transformar la relación jurídica en otra distinta, pues afecta sustancialmente las condiciones determinadas con anterioridad, según los términos de Arce (2021, pp. 556-557).

Dejamos anotado, además, que la importancia del cambio marca la pauta incluso por encima de la temporalidad de la alteración, cuando la causa de la variación obedece a causas originadas en esfera empresarial (organización de la gestión, económicas, técnicas, productividad, etcétera). Si estamos ante una modificación que va más allá del poder ordinario del empleador, sea temporal o permanente, nos hallamos también en el ámbito del *ius variandi*.



## 4. Límites al *ijs variandi*: una potestad modificatoria unilateral pero fuertemente condicionada

Como ya se ha dicho, el proceso radical de desregulación-flexibilización que se vivió en el Perú en el primer lustro de los años 90, fue omnicomprensivo, de manera que involucró también a la flexibilidad interna. Así, como ya hemos mencionado, en 1995 se derogó la Ley 25921, el cual regulaba el procedimiento administrativo del uso de los poderes empresariales, y fue sustituida por un párrafo de tres líneas agregado al artículo 9 de la LPCL (en el que se definía los alcances de la subordinación) que, hasta la fecha, dice:

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Esta regulación se produce en un contexto en el que ya se había eliminado el último baluarte de negociación colectiva sectorial o de rama (construcción civil); la afiliación sindical y la cobertura de la negociación colectiva cayeron por debajo del 5% de los asalariados; no existía ningún instrumento normativo que estableciera categorías o grupos ocupacionales y los reglamentos internos de trabajo solo eran obligatorios para empresas con más de cien trabajadores. Así, esta facultad novatoria se ejercía y ejerce en un universo laboral en el que el contrato de trabajo era (y es, aún) el instrumento principalísimo para la regulación del contenido de la prestación laboral, con los problemas de asimetría de poder que esto entraña.

Esta situación puede explicar, en alguna medida, la escasez e insuficiencia de la regulación legal, que subsume un tema de grandes proporciones en tres renglones, y deja así desatendidas un significativo número de situaciones, con consecuencias graves en materia de parcialidad, inseguridad jurídica y conflictividad. Basta recordar las siete páginas que ocupan los artículos 39, 40 y 41 del Estatuto del Trabajadores de España, que regulan movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, para saber que estamos ante una regulación absolutamente exigua.

Esta realidad ha sido criticada por toda la doctrina porque, además de su exigüedad, el artículo 9 de la LPCL representaría “una abdicación del Estado en favor de las facultades del empleador, en la medida en que se dispone, de manera general, la posibilidad de modificar -de manera sustancial o no- las condiciones de trabajo sin más límites que la razonabilidad y la necesidad de la empresa de variar la prestación de servicios del trabajador, y sin que se establezcan mecanismos previos de control al ejercicio de tales facultades” (Toyama, 2023, p, 321). A partir de ello, Toyama (2023) concluye que el artículo 9 de la LPCL es la norma que regula la potestad del empleador de realizar modificaciones ordinarias y sustanciales “de tal

manera que el legislador reemplazó un control administrativo previo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (Ley 25921) por un control posterior en la medida en que el acto del empleador no sea razonable o no se ajuste a las necesidades del centro de trabajo” (p. 336).

Por su generalidad y amplitud, Arce (2021, pp. 564 y ss.) ha cuestionado radicalmente esta posición, señalando que el artículo 9 de la LPCL solo puede comprender las modificaciones producto del ejercicio regular del poder directivo (que no afectan lo dispuesto por el contrato de trabajo), de esto se deduce que los términos del *ijs variandi* en la regulación peruana solo pueden referirse al ejercicio extraordinario de este poder en casos imprevisibles, en tanto que su ejercicio como *ijs variandi* sustancial o esencial deviene en ilegal por romper el principio *pacta sunt servanda* y el equilibrio contractual sin justificación jurídica válida.

Es evidente que el artículo 9 de la LPCL no prevé la intensidad de las modificaciones, su carácter temporal o permanente, su impacto individual o colectivo, el origen de la regulación a modificar, etcétera. Estamos, por cierto, ante una regulación claramente insuficiente, pero no podemos cerrar los ojos ante una disposición que, si bien opta por un modelo de flexibilidad interna “máxima”, elimina cualquier tipo de requisito control *ex ante* frente al ejercicio del *ijs variandi*, no deja el tema librado únicamente al arbitrio empresarial, a la sola decisión del empleador.

La norma deja en claro, indubitablemente, que se trata de una potestad unilateral pero no discrecional ni mucho menos arbitraria, sino fuertemente condicionada puesto que está sujeta a los principios de razonabilidad y de causalidad, bajo cuyo manto deberán analizarse los hechos concretos en el proceso judicial en que se cuestione la decisión empresarial. Si se puede, y se debe, exigir a los tribunales que, como estamos ante un cambio unilateralmente decidido, al que debe agregarse el control *ex post* y las diversas barreras de acceso a la justicia laboral, apliquen rigurosamente los principios de causalidad y razonabilidad, de modo que se pueda otorgar al trabajador una tutela que



compense el desequilibrio y dé una respuesta adecuada a los valores e intereses en juego. Se trata de la culminación del proceso de construcción de un andamiaje jurídico-judicial que elimine cualquier vestigio de arbitrariedad y abuso, hasta que se apruebe una normativa que dé cuenta cabal del tema.

Al respecto, las exigencias de causalidad y razonabilidad deben girar únicamente alrededor de la situación de la empresa (en materias económica, técnica, organizativa, etcétera), lo que traza un amplísimo abanico de posibilidades de justificación. Como señala Sanguineti (2010, p. 136), respecto de un supuesto similar:

Se debe estar en condiciones de acreditar, antes que nada, la existencia de carencias, dificultades o una situación que afecte alguna de las dimensiones antes aludidas", y agrega que "tales situaciones sean reales y objetivas, además de independientes de la pura voluntad de quien las alega, es decir, deberá tratarse siempre que causas externas con entidad propia y claramente objetivables.

Todo ello dentro del marco legal que impone que la justificación de las medidas debe responder a las necesidades del centro de trabajo (artículo 9 LPCL).

En tal sentido, cualquier alteración enmarcada en el *ius variandi* debe darse en el marco de una ponderación entre medios y fines, puesto que así será evaluada su decisión por los órganos jurisdiccionales. Y con esto ingresamos de lleno en el ámbito de la razonabilidad exigida legalmente a la decisión modificatoria sustancial. En tal sentido, Pérez de los Cobos y Roqueta (1997) señalan la necesidad de un control de razonabilidad:

Sobre la adecuación de las medidas propuestas a las causas que las provocan. Acreditada la concurrencia de causas hay que argumentar la adecuación de las mismas a las medidas propuestas, de acuerdo a las finalidades tuteladas por la ley. La gravedad exigida por la ley en las causas es proporcional a las medidas a adoptar, mas la ponderación a realizar, en primera instancia por el empresario y en última por el juez, es la misma (p.44).

De este "*juicio de razonabilidad de la decisión*" (Lorente, 2011, p. 217), exigido por el carácter excepcional de la facultad modificatoria del empleador, se desprende, en palabras de Sanguineti (2012, p. 139):

La exigencia de que las medidas a introducir sean, de entre todas las posibles, aquellas que se presenten razonablemente como las más idóneas para conseguir los objetivos que se pretenden, con el menor gravamen para los sujetos que las padecen. Es decir, aquellas que resulten, nuevamente desde la perspectiva de la razonabilidad, como las más eficaces para, con el menor perjuicio en el empleo y las condiciones de trabajo, lograr que la empresa resulte competitiva.

En tal sentido, y mencionando siempre la proporcionalidad al lado de la razonabilidad, se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo de España:

[La] razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se acomode idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegar, incluso, a lo que se ha llamado "dumping" social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede, sin más y por elemental justicia, ser admisible en cualesquier términos (Tribunal Supremo de España 639/2016, Sala Cuarta, 7 de julio de 2016).

Y agrega lo siguiente:

Siendo función de los órganos judiciales controlar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, en orden a determinar si la decisión empresarial es adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo (Tribunal Supremo de España 746/2020, Sala Cuarta, 9 de septiembre de 2020).

Para este órgano jurisdiccional se trata de excluir "en todo caso, como carentes de "razonabilidad" y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores" (Tribunal Supremo de España, Sala cuarto, recurso de casación 158/2013, 26 de marzo de 2014).

Volviendo a la regulación peruana, es preciso señalar que la amplitud de las causas materiales lleva a potenciar la rigurosidad en la aplicación de los requerimientos de causalidad y razonabilidad. Al respecto, se debe comenzar señalando que si bien el segundo principio (razonabilidad) subsume al primero, la referencia expresa permite dar por indubitable que la causa debe ajustarse estrictamente a las necesidades del centro de trabajo, concebido como el establecimiento o ámbito en el que preste servicios el trabajador. Por tanto, debe haber una conexión directa y objetiva entre la causa habilitante y las condiciones que se modifican.

Al respecto debemos señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema requiere la exigencia motivación o justificación por



parte del empleador, e indicios y medios de prueba aportados por el trabajador, que permitan advertir una afectación al principio de razonabilidad<sup>(1)</sup>. En tal sentido, el Recurso de Casación No. 3942-2015 ha afirmado lo siguiente:

Si la modificación de funciones se encuentra dentro de la razonabilidad, y las labores no son diametralmente distintas, sino complementarias a las propias funciones que suple teniendo en cuenta la finalidad de las labores de la demandada, pues el Poder Judicial tiene como fin la administración de justicia; lo que conlleva a establecer la existencia de ponderación, dentro de un contexto de balance de razonabilidad entre las labores por las que se contrató y las labores adicionales que se le encomendó (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Finalmente, la Casación No. 5491-2012-San Martín, buscando consolidar la doctrina jurisprudencial establece lo siguiente:

El ius variandi se puede ejercitar siempre y cuando se respeten los siguientes límites: i) razonabilidad, es decir, que la modificación no sea arbitraria; ii) funcionalidad, lo cual implica que la modificación obedezca a un motivo atendible; y, iii) indemnidad del trabajador, lo cual exige que a este último no se le provoque menoscabo patrimonial o moral, o un perjuicio material que no le sea compensado. (Corte Suprema de Justicia, s/f).

El Tribunal de Fiscalización Laboral, de reciente creación (que es la última instancia a la que se puede recurrir, de forma extraordinaria, para cuestionar las sanciones impuestas por la inspección laboral, por la comisión de faltas muy graves), ha dado un paso más en el camino de fortalecer el principio de razonabilidad acogido por el artículo 9 de la LPCL, y encabeza su análisis citando los alcances del mismo previstos por el Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional<sup>(2)</sup>.

Y agrega a esto, en la Resolución 087-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala:

Para la aplicación del acotado principio rector en el plano laboral, la decisión del empleador sobre las condiciones de trabajo deberá ser instrumentalizada de manera tal que persiga una finalidad lícita y/o legítima, ya sea para la debida atención de sus necesidades comerciales, o, no cabe duda, para evitar escenarios de mayor lesividad a sus colaboradores. (Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL, 2021)

Tratando de esquematizar el contenido de la razonabilidad, Toyama (2023, p. 325) acoge los tres sentidos de este principio, planteados por Luque Parra (i) debe existir una motivación en el acto del empleador, es decir una justificación objetiva de la medida implementada; (ii) la motivación debe ser suficiente o proporcional; y (iii) la motivación debe ser coherente, es decir, debe verificarse una relación directa entre la causa y la modificación de la condición de trabajo.

Planteadas así las cosas, vemos que la razonabilidad exigida para la modificación de la prestación laboral guarda una enorme proximidad con su formulación en sede jurisdiccional constitucional. Así, buscando dar una aplicación efectiva en la realidad al principio de razonabilidad, la Corte Constitucional colombiana ha señalado lo siguiente en la Sentencia C-022-96:

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente solo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (Corte Constitucional de Colombia, 23 de enero de 1996)

(1) Al respecto, véanse las Casaciones No. 505-2010-Lima, No. 9792-2012-Junín, No. 11770-2013-Callo y No. 7409-2016-Moquegua.  
(2) Para mayor información, véanse las resoluciones de la primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral 198-2021-SUNAFIL/TFL, 128-2021-SUNAFIL/TFL, 125-2021-SUNAFIL/TFL.  
(3) Para mayor información, véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 0016-2002-AI (2003, 15 de mayo), 0008-2003-AI (2003, 14 de noviembre), 0048-2004-AI (2005, 01 de abril) y 02437-2013-AA (2014, 16 de abril), entre otras.



En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional<sup>(3)</sup>

De allí que consideremos de particular importancia que los jueces y el Tribunal de Fiscalización Laboral aprovechen lo avanzado sobre el contenido constitucional del principio de razonabilidad para que la amplitud en la determinación de la prestación y las inmensas posibilidades de flexibilidad interna, acogidas por nuestro ordenamiento jurídico, se lleven a cabo previo test de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ello permitirá soluciones de mayor calidad por la ponderación de intereses que trae consigo, mejorará el clima laboral y reducirá los cuestionamientos judiciales al ejercicio del *ius variandi*.

## 5. Los actos de hostilidad como límites específicos

En el ordenamiento laboral peruano la potestad modificatoria de la prestación laboral carece de control *ex ante*, con excepción del caso de tiempo de trabajo que se verá luego de este acápite. Sin embargo, además de las obligaciones de causalidad y razonabilidad, existen límites específicos en el Capítulo IV de la LPCL, dedicado a la extinción del contrato de trabajo, cuyo artículo 30 regula los actos de hostilidad equiparables al despido.

Se trata de afectaciones graves de la relación laboral, derivadas de incumplimientos u otras conductas del empleador, que hacen insostenible su continuidad. Estamos pues, ante la institución del “despido indirecto”, consagrada en los diversos ordenamientos jurídicos, por lo general con una lista enumerativa y abierta de causas, que procura otorgar al trabajador la posibilidad de resolver el contrato de trabajo, con una justa causa, dando origen a una indemnización similar a la obtenida frente a un despido improcedente o arbitrario (Blancas, 2007, pp. 399 y ss.).

Y hemos puesto énfasis en la calificación jurídica de esta forma de terminación de la relación laboral porque en el Perú se presenta existe coincidencia de cierto sector de la doctrina y la totalidad de jurisprudencia judicial y administrativa, en definir los actos de hostilidad como “los límites legales al poder directivo del empleador”, a pesar de que luego reconocen que todas las conductas calificadas como actos de hostilidad no implican un uso excesivo del *ius variandi*.

La ubicación y coherencia del artículo 30 con el capítulo de extinción de la relación laboral, así como la incongruencia vista en el párrafo anterior, nos llevan a objetar la equiparación de conductas que pueden originar un “despido indirecto” con los límites de la potestad empresarial de modificar significativamente la prestación laboral, aunque algunas de sus trasformaciones, decididas unilateralmente por el empleador, sean de gravedad tal que han merecido su calificación como

actos de hostilidad. Tenemos, entonces, dos tipos de modificaciones esenciales: las que son consideradas como actos de hostilidad y, por tanto, son causales de despido indirecto, y las que no lo son.

Como regla común a los ocho supuestos del artículo 30, se establece que los trabajadores concernidos, antes de utilizar la vía judicial para pedir el cese del acto de hostilidad o reclamar la indemnización derivada del despido indirecto, deberán emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad y otorgándole un plazo de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. Concluido este plazo sin enmienda y con o sin descargo, queda habilitada la vía judicial a los trabajadores, en los términos acabados de mencionar. En el caso en que la variación cuestionada no sea considerada como un acto de hostilidad, quedará al trabajador únicamente la posibilidad de demandar judicialmente la anulación del cambio cuestionado.

Si ingresamos al tema de los límites al *ius variandi* a partir de conductas que también gozan de la condición de actos de hostilidad del empleador, debemos señalar que de los ocho actos listados en el artículo 30, solo cuatro pueden entrañar modificaciones en la prestación laboral: (i) la reducción de la categoría y de la remuneración; así mismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador (literal b); (ii) el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio (literal c); (iii) los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquiera otra índole (literal f); y, (iv) los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador (literal g). Los otros cuatro son incumplimientos (el no pago de la remuneración, por ejemplo) o conductas (actos de violencia o faltas graves de palabra) que no ostentan la doble condición de actos de hostilidad que se manifiestan a través del recurso al *ius variandi*.

Como “gorro general”, antes de ocuparnos específicamente de cada supuesto, debemos



señalar que a todos ellos se les aplican las exigencias de razonabilidad y causalidad, ya analizadas previamente, previstas con carácter general por el artículo 9 LPCL.

De los cuatro supuestos que implican variación de la prestación del trabajador, queremos señalar que el primero de ellos (la reducción de la remuneración o la categoría) se ha visto rigidizado con una reforma del año 2017, que retiró el carácter inmotivado de la disminución (Ley 30709). Ahora se podría entender que basta con que objetivamente haya menoscabo en la retribución o la categoría para que el acto sea considerado hostil. Sin embargo, esta conclusión debe considerarse como la regla general y dar cabida, como reglas especiales, a aquellos casos en que los principios de razonabilidad y causalidad justifiquen suficientemente la decisión tomada. En todo caso, la reciente obligación legal de contar con un cuadro de categorías y funciones facilitará la identificación de supuestos de movilidad funcional, sobre todo descendente, que son los que califican como actos de hostilidad.

Dicho esto, se pueden señalar algunas líneas de la jurisprudencia que recogen adecuadamente el tratamiento del tema. Ha sido admitida como válida la modificación de las categorías, en función de procesos generales de reestructuración general del escalafón, como suele suceder en el caso de fusiones empresariales; esto se debe a que su lógica no es individualizable, sino que responde a una reforma global del tema y, por tanto, no carece de justificación como lo ha identificado la Corte Suprema en la Casación No. 624-2002-Lima. Lo mismo sucede con el retiro de complementos salariales vinculados con la función que se deja de ejercer al desaparecer el fundamento para tal pago como también señaló la Corte en la Casación No. 10534-2012-Lima.

En el segundo supuesto, la movilidad geográfica “con el propósito de ocasionarle perjuicio”, lo que se enfatiza en el artículo 50 del reglamento de la LPCL es la exigencia de que el propósito de causarle perjuicio al trabajador sea deliberado. Hay mucha y variada jurisprudencia que bucea en busca de la motivación dañina, con todas las dificultades que eso entraña. Está por demás decir que nos encontramos ante un caso de prueba diabólica de la voluntad de causar daño que los jueces, dada su dificultad, deberían hacer reposar mucho más en el empleador, quien demostrando la necesidad objetiva y la razonabilidad del traslado, quedaría libre de responsabilidad.

En el tercer supuesto, los actos de discriminación pueden o no entrañar una modificación de condiciones de trabajo; de allí que en este caso tenemos que constreñirnos a aquellas conductas empresariales que llevan al uso del *ius variandi* a partir del sexo, la raza, la religión, la militancia sindical, etcétera. El foco tiene que ponerse en analizar si el acto discriminatorio está en el centro de la modificación de la prestación, para entenderlo como un límite al *ius variandi*.

Finalmente, en el caso de modificaciones de la prestación laboral que afecten la dignidad del trabajador, debemos señalar que este límite del *ius variandi* actúa, por ejemplo, cuando se vacía de contenido su prestación y se le mantiene sin ocupación efectiva, o se llevan a cabo otras medidas que afectan sus obligaciones laborales y generan un entorno negativo en cuanto al lugar de trabajo (un sótano, un lugar aislado o en un pasillo de cara a la pared), en función de su labor sindical o su carácter de reinstalado judicialmente, por ejemplo.

## 6. Los límites específicos en materia de modificación de jornada y horario de trabajo

Dentro de la dispersión normativa que caracteriza al Derecho del Trabajo peruano, la regulación del tiempo de trabajo se encuentra establecida en el artículo 25 de la Constitución, que dispone que la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas diarias y 48 semanales como máximo, y en el Texto Único Ordenado de la Ley sobre jornada, horario y trabajo en sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo 007-2002-TR y reglamentado por el Decreto Supremo 008-2002-TR.

Los parámetros regulativos que estas normas establecen son muy amplios, aun cuando se hayan previsto dos procedimientos bastante simples para modificar jornadas y turnos, o cambiar horarios de trabajo. En la comparación de procedimientos, la diferencia principal radica en que en el caso de los horarios no hay necesidad de plantear una consulta previa a los trabajadores o sus representantes.

En el caso de una variación de jornadas (ordinaria, variable, acumulativa o atípica) o turnos, el artículo 2 del Decreto Supremo 007-2002-TR establece un procedimiento de consulta previa, sobre la medida a adoptarse y los motivos que la sustentan, a la organización sindical o, a falta de esta, con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, con los trabajadores afectados. Para estos efectos, la comunicación del empleador debe hacerse por lo menos con ocho días de anticipación a la puesta en marcha de la modificación, plazo dentro del cual la parte laboral concernida puede



solicitar una reunión con el empleador para plantear una medida distinta a la propuesta. Las partes deben reunirse y buscar un acuerdo, a falta del cual concluye la estación de consulta y el empleador queda facultado legalmente para introducir la medida propuesta. Si la parte laboral no está de acuerdo con ella, puede cuestionarla administrativamente, dentro de los diez días siguientes a la implementación de la medida. La autoridad administrativa debe resolver esta controversia, en base a los argumentos y evidencias que aporten las partes, en un plazo máximo de diez días hábiles.

En el caso de una modificación de horarios de trabajo, siempre que sea colectiva, superior a una hora y la mayoría de los trabajadores estuvieran disconformes con este cambio, ellos pueden impugnar la decisión empresarial ante la autoridad administrativa de trabajo, quien, con base en los argumentos y evidencias, deberá resolver la disputa en el término de diez días hábiles; esta resolución administrativa es apelable. En el caso de una modificación individual de horarios, se faculta a que el trabajador impugne judicialmente la decisión empresarial, sin que el cuestionamiento impida la ejecución de la variación.

Como se puede deducir del tratamiento legal, las posibilidades de alteración en materia de tiempo de trabajo son bastante amplias, siempre y cuando estemos frente a regulaciones unilaterales de esta materia. Aunque la norma no las excluya específicamente, si existe regulación colectiva de estas materias, debe buscarse un acuerdo colectivo en el que se introduzca el cambio, tanto por la fuerza vinculante del convenio como porque se exige voluntad colectiva incluso en los casos de crisis empresarial, que reclama de una modificación de lo pactado para evitar una reducción de personal.

## 7. Conclusiones

En un mundo laboral en cambio constante, los empleadores poseen una potestad de modificación unilateral e incondicionada de las condiciones de trabajo accesorias o secundarias. En cambio, cuando se trata de condiciones de trabajo sustanciales o esenciales, los ordenamientos jurídicos establecen reglas para cuidar todos los intereses en juego, que van desde controles *ex ante*, los más rigurosos, hasta *ex post*, los más flexibles.

En el Perú, se otorgan facultades muy amplias a los empleadores para modificar las condiciones de trabajo sustanciales o esenciales, pero se condiciona su ejercicio, en primer lugar, a que tales condiciones no hayan sido impuestas por normas imperativas estatales o autónomas (convenios colectivos), e incluso derivadas de la costumbre; y, en segundo lugar, a las reglas de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden dar lugar a cuestionamientos judiciales en los casos en que los trabajadores consideren que

las decisiones empresariales han vulnerado tales condiciones.

Así lo viene entendiendo la jurisprudencia judicial y administrativa, aunque se hace necesario mayor rigurosidad en la aplicación del test de proporcionalidad, para equilibrar una regulación normativa de muy amplios contornos.

La exigüedad e insuficiencia de la regulación legal, que subsume un tema de grandes proporciones en tres renglones, deja así desatendidas un significativo número de situaciones, con consecuencias graves en materia de parcialidad, inseguridad jurídica y conflictividad. Obliga, además, al recurso a la regulación de otras instituciones (como los actos de hostilidad), que al estar previstos para situaciones diferentes no proporcionan una respuesta legal adecuada.

En materia de modificación de jornada y horario de trabajo, hay reglas procedimentales de control previo que deben ser seguidas por los empleadores.

Resulta imperativo establecer una regulación que aborde adecuadamente y en su integridad el importante tema de la variación de las condiciones de trabajo.

## Referencias bibliográficas

- Arce, E. (2021). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias* (3.<sup>a</sup> ed.). Palestra Editores.
- Baylos, A. (2011). Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio. En A. Baylos (Coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*. Bomarzo.
- Blancas, C. (2007). *El despido en el derecho laboral peruano*. Ara Editores.
- Casación No. 3942-2015-Tacna (2016, 10 de marzo). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación No. 10534-2012-Lima (2013, 13 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación No. 624-2002-Lima (2013, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación No. 5491-2012-San Martín (s/f). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Cruz Villalón, J. (1983). *Las modificaciones de la prestación de trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.



- Cruz Villalón, J. (2010). La flexibilidad laboral interna en la reforma laboral de 2010. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, (2), 173-202. <http://hdl.handle.net/11441/41910>
- Decreto Supremo 003-97-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 27 de marzo de 1997.
- Decreto Supremo 007-2002-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo. 04 de julio de 2002.
- Decreto Supremo 008-2002-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo. 04 de octubre de 2002.
- Ley 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. 27 de diciembre de 2017.
- Lorente, A. (2011). Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En J. L. Monereo Pérez y otros (Coords.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Comares.
- Resolución 087-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 12 de julio). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.
- Resolución 125-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 22 de julio). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.
- Resolución 128-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 22 de julio). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.
- Resolución 198-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 13 de agosto). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.
- Roqueta, R. (2012). Flexibilidad interna. En A. Blasco y otros (Coords.), *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012* (1.<sup>a</sup> ed. Vol.1). Tirant Lo Blanch.
- Sanguineti, W. (2012). La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes. *Revista de Derecho Social*, (57), 125-144.
- Sentencia 639/2016 (2016, 07 de julio). Tribunal Supremo de España.
- Sentencia 746/2020 (2020, 09 de septiembre). Tribunal Supremo de España.
- Sentencia 158/2013 (2014, 26 de marzo). Tribunal Supremo de España, Recurso de casación.
- Sentencia C-022/96 (1996, 23 de enero). Corte Constitucional de Colombia.
- Toyama, J. (2023). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico* (3.<sup>a</sup> ed.). Gaceta Jurídica.