

Voces: IUS VARIANDI - CAMBIO DE LUGAR DE TRABAJO - CONTRATO DE TRABAJO - REDUCCIÓN SALARIAL

Título: Derechos y obligaciones de las partes en la LCT. Nociones y alcances del ejercicio del ius variandi

Autor: Ardoy, Juan José

Fecha: 11-mar-2010

Cita: MJ-DOC-4595-AR | MJD4595

Producto: LJ

Sumario: *I. Introducción: derecho y obligaciones de las partes. II. El poder de dirección. III. Poder de dirección y poder de organización. IV. Contenido del poder de dirección. V. Facultad unilateral del empleador de alterar ciertas condiciones del contrato de trabajo. VI. Derecho comparado. VII. Condiciones del ejercicio del ius variandi. VIII. Efectos del ejercicio del ius variandi.*

Por Juan José Ardoy (*)

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El contrato de trabajo origina una relación jurídica, que se traba en torno al trabajo, por lo común concretado en el seno de la empresa. Este vínculo origina obligaciones recíprocas, pues el trabajador tiene la obligación de poner su fuerza de trabajo (actos, obras, servicios) a disposición del empresario y el derecho de percibir la remuneración. El empresario tiene a su vez el derecho de apropiarse del trabajo y la obligación de pagar el salario. Ambas prestaciones representan el contrato de trabajo en acción y constituyen el eje alrededor del cual giran los demás derechos y deberes de los contratantes (1).

El contrato no agota su contenido obligacional con las prestaciones de carácter patrimonial, pues a la par del trabajo y del salario y como derivados del hecho del trabajo se originan conductas, poderes y deberes que deben ser asumidos o acatados por las partes del contrato. Al ser el contrato de trabajo de tracto sucesivo, implica un trato personal entre las partes, que deben abstenerse recíprocamente de exigencias contrarias a la equidad con un mínimo de tolerancia que está implícito en toda relación humana.

Hay deberes de conducta distintos de los deberes de prestación típica que pueden ser tan importantes como los deberes principales (deber de seguridad, de ocupación, de diligencia e iniciativa, de igualdad de trato, de fidelidad, de no concurrencia y de auxilio o ayudas extraordinarias).

El art.62 LCT establece:

Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no solo a lo que resulte expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

También integran el contenido de la relación, poderes susceptibles de ejercicio respecto de la otra parte, los poderes jerárquicos del empleador o los poderes de disolución de la relación y cargas (documentar la relación) o la de comunicar ciertos actos de disposición (suspensión, causa del despido).

Los términos del contrato y los de la ley encuadran la posición de las partes cuya conducta está también determinada por la existencia y los fines de la organización empresaria y por la consideración del trabajador como persona humana. De esta manera, el contrato establece límites a la actuación del empleador, quien no puede alterar las condiciones básicas (núcleo contractual, la esencia) y la ley prevalece sobre la autonomía individual cuando tiene carácter imperativo.

Algunos deberes son comunes a ambas partes del contrato, mientras que otros la ley los ha previsto exclusivamente a cargo de una de ellas.

Para la obtención de los fines económicos o benéficos de la empresa (art. 5 LCT) los trabajadores se relacionan jerárquicamente con el empresario, obligados a reconocer los poderes jerárquicos de este (art. 86 LCT), a colaborar para el logro de aquellos fines (art. 84 LCT), prestando su trabajo en forma personal y diligente (arts. 4 y 84 LCT), a cumplir con el deber de fidelidad guardando reserva de las informaciones a que tengan acceso (art. 85 LCT) y prestar ayudas extraordinarias en casos especiales (art.89 LCT). Por otra parte, el empresario debe ejercer las facultades de dirección que se le confieren de modo funcional, lo que implica la exclusión de la voluntad arbitraria, debiendo sus actos ser acordes con los fines de la empresa o las necesidades de la producción (requisito de legitimidad conf. art. 65 LCT).

El trabajador, como persona humana, desarrolla la actividad "productiva y creadora del hombre". El ejercicio de las potestades del empresario excluye la posibilidad de causarle perjuicios materiales o morales, siendo deberes propios del empleador: dar ocupación efectiva (art. 78 LCT) y pagar la remuneración (art. 74 LCT), brindar trato igualitario a todos sus dependientes en igualdad de situaciones (art. 81 LCT), garantizar la seguridad del trabajador, mantenerlo patrimonialmente indemne frente a todo gasto en que el dependiente deba incurrir con motivo del trabajo (art. 76 LCT), proteger la vida y bienes del dependiente cuando habite en el establecimiento laboral, entre otras obligaciones legales (art. 77 LCT).

Todos estos derechos, poderes, deberes y conductas deben ser actuados dentro de los límites impuestos por la buena fe, evitando el abuso del derecho. Las partes están obligadas activa y pasivamente no solo a lo que resulte expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo (art. 62 LCT).

1. El deber de prestar trabajo

La prestación "trabajo" consiste en un hacer personal e infungible, o sea, irremplazable por el de otra persona. La tarea concreta a desarrollar dependerá de la calificación contractual (categoría), la que "razonablemente" ha sido objeto del contrato de acuerdo con las circunstancias personales del trabajador y las determinadas por la propia estructura de la empresa. La determinación de la calificación contractual tiene importancia por las limitaciones que comporta el poder de discrecional del empresario como jefe de la empresa, pues el principio es que deben asignarse al trabajador las

misiones para las que se lo ha admitido. Todo cambio de atribuciones que suponga un cambio de calificación y todo cambio de calificación deben considerarse prohibidos.

2. Principio de buena fe

Conforme al art. 62 LCT, el trabajador y el empleador no deben, al interpretar el contrato, el convenio colectivo, el estatuto particular, el reglamento de la empresa ni la ley, atenerse exegéticamente a su letra ni limitarse a dar solo aquello que está escrito y que prometieron, sino actuar siempre con amplitud, de modo de ser solidarios uno con el otro, procurando colaborar con su co-contratante para el mejor desenvolvimiento del contrato y de la relación entre las partes. Este deber genérico es recíproco de conducta solidaria y colaboracionista de ambas partes entre sí.

El principio de buena fe, plasmado en el art. 1198 CCiv y en el art. 62 LCT es reiterado expresamente en el art. 63 LCT, remarcando las importancia de la regla de comportamiento vinculada a la honestidad negocial y contractual.

Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo. Se trata de una pauta general, de la que los jueces harán aplicación según las circunstancias de cada caso de acuerdo a principios de equidad y de justicia considerando que el deudor no solamente está obligado a lo que formalmente esté expresado en los contratos, sino también a todas las consecuencias virtualmente comprendidas en la obligación de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y con previsión, es decir, sin defraudar la confianza de la otra parte (2).

La buena fe es la adecuación de las conductas de las personas al deber de actuar con claridad y lealtad recíproca, durante las negociaciones, al momento de la celebración del contrato, durante su ejecución e incluso en su extinción.

Buena fe significa confianza entre partes, debiendo obrar conforme a ella teniendo primacía la lealtad y la veracidad, adaptando la conducta para que prime la posibilidad de corregir errores en que alguna de las partes pueda incurrir.

La buena fe constituye el medio dentro del cual vive la norma jurídica. A través de ella, la ley se va acercando a la vida del derecho.

La lealtad recíproca de las partes impone a quien debe la prestación hacer cuanto sea necesario para asegurar a la contraparte el resultado útil de la prestación misma (3).

El propósito de la LCT, al incluir al principio de la buena fe y exigir a las partes las conductas sociales tipo, consiste precisamente en flexibilizar la aplicación de diferentes instituciones reguladas por la misma ley para lograr con plenitud el cumplimiento de las finalidades para que han sido previstas.

El trabajador es deudor de una actividad productiva (art. 4 LCT) ordenada en la empresa con la finalidad de lograr fines económicos o benéficos (art. 5 LCT) debiendo: A. observar órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo (art. 86 LCT); B. conservar los elementos y útiles de trabajo (art. 86 LCT); C. actuar con diligencia, puntualidad, asistencia regular y dedicación (art. 84 LCT); D. comunicar sus posibles inasistencias de forma que el empresario pueda ordenar la prestación de los servicios para el cumplimiento del plan de producción; E. omitir toda reticencia que frene el proceso productivo; F. prestar auxilio o ayudas extraordinarias que se le requieran en caso de peligro grave e inminente para las personas o cosas de la empresa (art. 89 LCT); G. abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena que perjudiquen al empresario (art.

88 LCT).

La buena fe del empresario también se manifiesta a través de múltiples conductas a partir del cumplimiento exacto de las obligaciones a su cargo: A. el pago del salario, omitiendo arrancar al dependiente firmas en blanco (art. 60 LCT); B. dándole ocupación efectiva (art. 78 LCT) y en la categoría y actividad contractualmente prevista; C. cumpliendo las obligaciones provisionales y ante los organismos de la seguridad social (arts. 79 y 89 LCT); D. observando las pausas y limitaciones al trabajador establecidas por la ley; E. adoptar medidas para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad del trabajador (art. 75 LCT); F. ejerciendo las facultades de dirección y organización con carácter funcional atendiendo los fines de la empresa (arts. 64, 65 y 66 LCT) y todas sus potestades -disciplinarias-, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales excluyendo todo abuso del derecho (art. 68 LCT).

La violación de cada uno de los deberes y obligaciones expresados constituyen otras tantas causas posibles de rescisión del contrato si por su gravedad no consienten la prosecución de la relación (art. 242 LCT).

II. EL PODER DE DIRECCIÓN

1. Facultades jerárquicas

La doctrina tradicional, principalmente francesa, reconoce al empresario tres facultades o poderes jerárquicos:

- A. poder directivo, como un poder de dar órdenes e instrucciones;
- B. poder reglamentario, como un poder de legislar dentro de la empresa, y
- C. poder disciplinario, como un poder de imponer sanciones laborales (4).

2. Fundamento

A. Teoría contractualista

Las facultades del empresario surgen del propio contrato laboral, que regula los derechos y deberes de las partes. Tales facultades generalmente están reconocidas en la ley o en los convenios colectivos, pero su aplicación surge del contrato individual, pues mediante este, el trabajador acepta el poder jerárquico del empleador (RIVA SANSEVERINO y BARASSI).

B. Teoría institucionalista

La institución (empresa-establecimiento) es una agrupación de personas reunidas en torno a una idea, pudiendo realizar esta mediante una organización permanente. Esta asociación tiene sus leyes, que son los estatutos, y el poder que estos confieren a los órganos de dicha asociación es un derecho-función, que se diferencia del derecho-interés que se manifiesta en las relaciones individuales entre sí, conforme LEGAL y BRETHER DE LA GRESSAYE. DURAND y JAUSSAUD sostienen que el poder disciplinario del empleador no tiene su fuente en el contrato individual, pues se ejerce aun si no ha sido especialmente previsto en él (5). La vida de un cuerpo social estaría comprometida si la autoridad responsable no pudiera sancionar las reglas de conductas impuestas a los miembros del grupo. Por eso, el poder disciplinario se forma espontáneamente en todas las instituciones, públicas y privadas: las familias, las asociaciones, la empresa patronal.

C. Teoría intermedia

El contrato de trabajo constituye una relación duradera de trabajo-remuneración que tipifica la relación de trabajo en torno a la reciprocidad, que permanece como tal después de la incorporación de la empresa (6). Por el mismo contrato de trabajo, el trabajador se incorpora a un grupo altamente organizado, donde se da una autoridad diferenciada, titular de los poderes jerárquicos. Pero la empresa se constituye mediante una pluralidad de contratos individuales de aportación de trabajo. Esta pluralidad hace una organización de actividades humanas expresamente reconocidas y limitadas por los arts. 5, 64, 65, 66, 67 y 68 LCT. El contrato o la pluralidad de contratos individuales sufren alguna modificación que, sin alterar sustancialmente su estructura de cambio, permite constituirlos, al mismo tiempo, en actos de incorporación a un todo colectivo, a este grupo altamente organizado que es la empresa laboral. Al contrato de trabajo individual se sobrepone una relación colectiva. Por ello, JUSTO LÓPEZ afirma que en el negocio básico laboral (contrato de trabajo) hay una conexión a un fin común, que no alterándolo sustancialmente permite constituir, sobre la base de él, ese todo colectivo que es la empresa, con una autoridad diferenciada, titular de los poderes jerárquicos del empresario, cuya buena marcha le interesa al Estado, atendiendo el bien común de la sociedad.

3. Contenido

El poder de dirección constituye el denominador común del derecho que se reconoce al empresario para organizar la empresa, efectuar determinados cambios durante el desarrollo de los vínculos individuales de trabajo y aplicar sanciones. Es omnicomprendivo de las facultades empresariales en toda su extensión (7).

En nuestro país, la empresa es de sus titulares y las leyes no confieren a sus trabajadores participación real en la gestión ni dirección. Es el empleador quien tiene el poder, el derecho o la facultad de organizar la empresa, tanto desde el punto de vista técnico como económico, con la única excepción, al igual que todo derecho, su ejercicio debe ser regular, es decir, conforme a las normas jurídicas, y razonable.

Solamente el empleador puede decidir sobre la organización, la marcha y aun la extinción de la empresa y sobre sus establecimientos y explotaciones, incluyendo las atribuciones jurídicas para determinar las modalidades de la prestación laboral (art. 64).

El empleador es el conductor y director de la empresa, y el empleado, quien debe llevar a cabo las tareas que le asignen, cumpliendo órdenes y directivas que se le impartan con diligencia y fidelidad.

El titular le da una organización a su empresa y luego tiene el derecho de dirigirla, tomando todas las decisiones que sean necesarias para su funcionamiento. Tiene un ancho margen de acción, sin otro límite que la ley, la razón y la funcionalidad, para evitar el abuso del derecho, el capricho o la arbitrariedad.

El art. 65 LCT establece que las medidas tienen que poseer carácter funcional, atendiendo los fines de la empresa, a las exigencias de la producción sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador, excluyendo la arbitrariedad del empleador y evitando producir al trabajador daños materiales o morales.

III. PODER DE DIRECCIÓN Y PODER DE ORGANIZACIÓN

Se reconoce al empleador la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que ha decidido instalar. Esta facultad de organizar la empresa es de contenido general, y se manifiesta comúnmente a través de reglamentos o pautas genéricas relativas a la organización del trabajo (8).

Dentro de este marco general, el principal tiene la facultad de fijar el contenido de los servicios esperados de cada relación individual de trabajo, es decir, tiene la facultad ordenadora de las diferentes prestaciones. Esta posibilidad legal de ordenar en forma particular la prestación de cada trabajador, de acuerdo a su categoría profesional y teniendo en mira las necesidades de la empresa, constituye el poder de dirección.

No siempre la doctrina argentina ha distinguido el poder de dirección del poder organizacional. KROTOSCHIN (9), luego de indicar que el derecho de dirección es el corolario de la dependencia personal en la cual el trabajador se ha colocado, y que el patrono debe y puede indicar la especie de trabajo que el trabajador ha de ejecutar, la manera en que ha de realizarlo, debe y puede fijar el tiempo y el lugar de trabajo, etc., afirma que el derecho de dirección se manifiesta no solamente con respecto a cada uno de los trabajadores individualmente, sino en forma colectiva, en cuanto al orden y la organización de la empresa en general.

Si bien los fundamentos, límites y finalidad del poder de dirección y del poder de organización presentan nota comunes, sobre todo en lo que respecta al sustento en cabeza del empresario de estos poderes, resulta útil distinguir el poder, de contenido general, que este tiene para estructurar la empresa, de la facultad particular que ostenta sobre cada relación de trabajo para dirigir día a día, dentro de los límites fijados por las normas imperativas y por el propio contrato individual de trabajo, el desarrollo de las mismas.

El derecho positivo argentino a partir de la LCT recepta claramente los distintos conceptos, al definir en el art. 64 la facultad de organización, como la posibilidad que se reconoce al empresario de organizar técnica y económicamente la empresa, de la facultad de dirección considerada por el art. 65 LCT.

La facultad de dirigir el trabajo es tan natural y propia de la relación de dependencia, pero debe tener cierto margen de discrecionalidad, dado que no puede ejercerse con arbitrariedad (10), encontrando límites en el propio contrato de trabajo, en el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales (art. 68 LCT) y más genéricamente en los derechos fundamentales de la persona humana.

IV. CONTENIDO DEL PODER DE DIRECCIÓN

El poder de dirección comprende, en primer lugar, la función ejecutoria o decisoria sobre el modo en que se cumplirá el trabajo, y dado que por un lado, el objeto del mismo no se encuentra generalmente definido con total precisión en el momento inicial de contratación, y por lo demás al tratarse de una relación que se prolonga en el tiempo requiere cierto dinamismo, se reconoce al empleador la facultad de introducir modificaciones no sustanciales en el modo de la prestación de trabajo.

Se entiende que forma parte del poder de dirección la facultad de control del modo que en que se realiza el trabajo, lo que incluye la posibilidad de adoptar sistemas destinados a proteger la seguridad de los bienes de la empresa. Se reconoce también como una derivación del poder de dirección, aunque más encaminada a la organización general de la empresa que a la dirección del trabajo individualmente considerado, la facultad del empleador de dictar reglamentos.

V. FACULTAD UNILATERAL DEL EMPLEADOR DE ALTERAR CIERTAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Concepto

A partir del texto legal de 1974 LCT, es posible conceptualizar el *ius variandi* como la facultad

otorgada al empleador para modificar de modo NO esencial las modalidades de prestación del trabajo, por razones funcionales a la organización empresaria.

KROTOSCHIN (11) se refiere a la cuestión como *ius variandi*, ocupándose de las variaciones que el empleador puede efectuar en lo referente a la calificación profesional y su vinculación con el poder de dirección, como así también de lo relativo al cambio de lugar y tiempo de trabajo.

Se trata de un acto unilateral, que como tal tiene plena eficacia ante la exclusiva decisión patronal. No altera (o no debe alterar) elementos esenciales del contrato, pero sí afecta en forma no sustancial el modo en que el trabajador presta servicios, y está reconocido en función del desarrollo de la empresa, no en interés particular, ni mucho menos, exclusivo, del empleador.

También se conceptualiza al *ius variandi* como la potestad de alterar los límites de la relación de trabajo, concepción que comparte con Manuel ALONSO GARCÍA, al aclarar que representa siempre una modificación de las condiciones de la relación de trabajo por voluntad unilateral del empresario (12).

VÁZQUEZ VIALARD (13) prefiere definirlo como una facultad concedida en virtud de la necesidad de la propia comunidad laboral y de la global, que se le reconoce al empleador para introducir todos aquellos cambios relativos a la formas y modalidades de la prestación de trabajo.

JUSTO LÓPEZ (14) hace referencia a la potestad del empleador de modificar unilateral y admisiblemente la relación de trabajo, imponiendo una condición que permite separar el adecuado ejercicio de un derecho del accionar injurioso del dador de trabajo que, en forma abusiva, intenta modificar condiciones laborales.

PLA RODRÍGUEZ (15) lo define como la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador.

En definitiva, se puede calificar al *ius variandi* como un medio técnico receptado por el legislador para facilitar la continuación de la relación de trabajo y posibilitar la permanencia en el empleo del dependiente ante situaciones objetivas generadas por el dinamismo de la empresa moderna, que puede verse compelida a modificar su estructura y esquema productivo por razones económicas y/o técnicas. Ello no justifica el reconocimiento a la patronal de una potestad absoluta que lesionaría el principio protector que inspira nuestra disciplina (16).

Esta facultad del empleador se encuentra plasmada en el art.66 LCT que establece:

«El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

»Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto, la acción se sustanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que estas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva».

2. Justificación del *ius variandi* en el poder de dirección

Si bien esta ha sido la justificación y el fundamento más habitual, debe entenderse como simple manifestación del poder directivo del empresario (17). En el aspecto administrativo, técnico y

económico de su empresa, el patrón debe gozar de una autonomía de dirección únicamente supeditada con respecto a sus subordinados, a la buena fe y equidad que debe reinar entre dirigentes y subordinados.

Esta concepción tan amplia deja de lado un aspecto fundamental del mismo, el cual es que, tratándose de un contrato bilateral y de prestaciones recíprocas, su admisión debe relacionarse siempre, de algún modo, con los intereses de la empresa como entidad distinta al empleador o empresario que la dirige.

3. Justificación en el dinamismo y duración del contrato de trabajo

El contrato de trabajo como regla general es por tiempo indeterminado, no agota su objeto en un solo acto, sino que genera una diversidad de obligaciones que irán cumpliéndose a través del tiempo. Este dinamismo torna necesaria la realización de ajustes periódicos, los cuales son útiles no solo a los intereses empresariales, sino también del propio trabajador, que podrá así conservar la relación no obstante los cambios externos o internos que se presenten y exijan alguna modificación. Lo más característico del contrato de trabajo es que, sin dejar de existir, cambia y se renueva continuamente, y deben admitirse como lícitos y procedentes todos aquellos cambios necesarios para su ulterior cumplimiento o existencia (18).

Esta posición presenta la facultad modificatoria unilateral del empleador ante circunstancias novedosas, que no existían al momento de contratar y ajenas al mero arbitrio de aquel. La comunidad laboral se presenta como un complejo de relaciones dinámicas que se cumplen sucesivamente. Los contratos laborales que la integran son de tracto sucesivo, lo que implica que su ejecución se prolonga en el tiempo.

«Al desarrollarse en el tiempo las prestaciones recíprocas de los distintos contratos de trabajo, que ordinariamente no se agotan una sola vez, es necesario para que puedan subsistir, se vayan adaptando a las nuevas circunstancias planteadas. Sin dejar de existir el contrato de trabajo, cambia y se renueva continuamente y deben admitirse como lícitos y procedentes todos aquellos cambios necesarios para su ulterior cumplimiento o existencia. La comunidad laboral no constituye una realidad estática, sino que muy por el contrario, está sujeta a los cambios que su propia evolución marca.» (19)

4. Justificación del ius variandi como modo de precisar la prestación del trabajador

La prestación del trabajador, a la que se obliga en virtud del contrato de trabajo, es una obligación de hacer y esta se caracteriza sustancialmente por un despliegue de energías o aptitudes de trabajo, realizado por el deudor trabajador a favor del acreedor empleador. Pero el contrato de trabajo no contempla una o varias operaciones a realizarse por el trabajador, sino un complejo indeterminado e infinito de prestaciones. Esta indeterminación crea a favor del acreedor empleador el derecho de determinarlas de vez en cuando.

El empleador puede individualizar los distintos actos de cumplimiento de la misma. Tiene un poder de dirección sobre la actividad del prestador del trabajo, y una de esas manifestaciones de ese poder de dirección es precisamente el ius variandi.

El legislador en el art.37 LCT deja margen para la determinación concreta y circunstanciada del mismo durante el desarrollo del contrato al conceptualizarlo latamente. Ante la necesidad imperiosa de aceptar un cambio no sustancial en el contrato, en base al poder de dirección se ha optado por delegar en aquel, en forma exclusiva y sin sujeción a controles externos la definición y ejecución de la mutación.

Se ha sostenido que

«más allá de la incidencia y proyección que tienen las facultades que la ley sustancial otorga al empleador, su ejercicio está bajo el control jurisdiccional del juzgador, encontrándose la discrecionalidad del empleador sujeta a prueba, a los efectos de meritar el correcto accionar del empleador en la práctica de sus potestades» (20).

Esta justificación del *ius variandi* en el poder de dirección del empresario, y por lo tanto fuera del propio contrato de trabajo, es la que actualmente brinda la doctrina española.

5. Etapas. Evolución

Existen cuatro etapas en la evolución del *ius variandi*:

A. un primer período anterior a la LCT signado por la elaboración jurisprudencial del contenido;

B. una segunda etapa con la LCT 20.744;

C. la tercera con la variación introducida por la reforma a la misma por la Ley 21.297 , y

D. la cuarta, con la modificación introducida por la Ley 26.088 .

A. En el primer período, en el cual no se hallaba específicamente regulada la potestad del empleador de introducir modificaciones no esenciales en la prestación del trabajo, debía hacerse remisión, más allá de los principios generales del derecho del trabajo, a los preceptos del derecho común. Podía considerarse que el trabajador no tenía la obligación de cambiar el lugar de ocupación y sí tiene la obligación de ejecutar su prestación "en tiempo propio" (art.625 CCiv) por lo cual únicamente debe proporcionar al empleador su actividad profesional durante el número de horas que se considere conveniente.

El poder de dirección reconocido al empresario coordinado con el carácter dinámico de la relación de trabajo justificaba la existencia del *ius variandi*; este debía ser ejercido con carácter prudentísimo, teniéndose en cuenta que las normas legales vigentes no pretenden amparar intereses particulares no justificables. Dicha facultad debía cesar cuando era ejercida arbitrariamente, o cuando el cambio era antijurídico o por atentar contra los intereses del trabajador legítimamente tutelados.

B. En la segunda etapa, (Ley 20.744) se lo reconoce legislativamente en el art. 71 como la facultad del empleador para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y las modalidades de la prestación del trabajo, fijándose como límite a tales alteraciones el resguardo a las modalidades esenciales del contrato y la necesidad de evitar perjuicio material o moral al trabajador y ordenándose que el cambio se presente razonable. No fue otra cosa que la consagración legal de los principios elaborados por los jueces.

La norma introduce la solución para el caso de ejercicio abusivo del *ius variandi*, ya que en su segundo párrafo ofrecía al dependiente la opción de considerarse despedido sin causa o accionar mediante una acción sumarísima y sin que se pudiera innovar en las condiciones y la modalidad de trabajo a fin de que fuera reestablecido en las condiciones que se pretendieron alterar.

C. En la tercera etapa, la norma modificó exclusivamente el 2º párr. art. 71, suprimiendo el legislador dicha posibilidad; pero no hay que entender que se haya derogado el derecho del dependiente a accionar por el mantenimiento de sus condiciones anteriores.

D. En la cuarta etapa, la ley se limita a sustituir solo el párr. 2º art. 66, según la versión introducida por la Ley de facto 21.297, en 1976, dejando sin modificación alguna el párr.1º que mantiene la misma redacción que en el texto originario.

VI. DERECHO COMPARADO

En Uruguay, no existe texto legal referido al *ius variandi*, exigiéndose para su procedencia la presencia de necesidades de la empresa -criterio de razonabilidad- y referirse a aspectos secundarios de la relación sin causar perjuicio al trabajador.

En Paraguay, tampoco ha sido receptado por la legislación, pudiendo los trabajadores solo repeler la decisión patronal cuando se afecte su honor o seguridad.

En Brasil, se lo ha regulado en el art. 468 LCT; requiere mutuo consentimiento para cualquier alteración del contrato de trabajo. Solo se admite la modificación unilateral en consideración a necesidades empresarias y limitándose estrictamente al espacio de indeterminación de la prestación laboral del empleado y siempre sin causarle perjuicio. La modificación consensuada debe respetar el orden público laboral. Solo en caso de fuerza mayor comprobada, se permite la reducción general y proporcional de los salarios. Se admite el traslado de localidad en contratos que contengan tal previsión como condición expresa o tácita, o cuando exista una necesidad real de la empresa o cierre de establecimiento. En cuanto a la modificación ilícita, se establece su nulidad absoluta, pero si el empleado deja transcurrir dos años sin oponerse a la alteración incurre en "adhesión abdicativa", convalidando la alteración. Además puede considerarse en situación de despido.

En España, el empresario goza de una real facultad para introducir modificaciones esenciales en las condiciones de trabajo en forma unilateral, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (jornadas de trabajo, horario, régimen de trabajo o turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, funciones). El empleado que se vea perjudicado por la misma puede rescindir el contrato con derecho a determinada indemnización.

VII. CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

1. Límites

Tanto en consideraciones a las pautas jurisprudenciales elaboradas con anterioridad a la vigencia del actual art.66 LCT, las manifestaciones posteriores, los aportes de la doctrina y el expreso texto de dicho dispositivo legal, se observa que son tres los requisitos o límites a que se halla sometido el ejercicio regular del *ius variandi*.

Debe tratarse, en primer lugar, de un ejercicio razonable, no deben alterarse por esta vía modalidades esenciales del contrato y, finalmente, debe evitarse que la modificación cause perjuicio material o moral al trabajador.

Se trata de requisitos o límites que deben observarse en forma simultánea, entendiéndose así que la trasgresión de cualquiera de ellos, aunque no se afecten los restantes, torna abusivo o ilegítimo el ejercicio del *ius variandi*.

«El solo agravio de índole moral justifica la ruptura del contrato de trabajo dispuesta por la trabajadora, ya que las condiciones de legitimidad del ejercicio del *ius variandi*, en orden de evitar que se cause daño material o moral al trabajador no son acumulativas, valen por sí solas cualquiera de ellas, indistintamente» (21),

«por lo que aun cuando no se alteren la categoría, el horario ni el salario mediante el cambio suscitado, si la modificación de tareas obedece a una circunstancia susceptible de ser calificada como sanción, la modificación resulta abusiva toda vez que no fue llevada a cabo con el fin que le asigna la ley, el cual

es cubrir una determinada necesidad de la empresa» (22).

A. Ejercicio razonable

Si el *ius variandi* constituye una de las manifestaciones del poder de dirección del empleador, resulta consecuencia necesaria de ello que se lo ejercite con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, pues con tal alcance el art. 65 LCT reconoce aquel poder.

Se trata, conforme a JUSTO LÓPEZ, de potestades, de poderes concedidos, no en beneficio de su interés individual, sino del interés colectivo de la empresa para la realización de ese fin intermedio, que es el fin común de aquella, de cambio, perseguido por las partes del contrato individual de trabajo. El reconocimiento que se hace a una de las partes de modificar de algún modo la prestación de la otra no puede hallar respuesta en un interés particular de la primera, sino que sólo estará justificado en necesidades propias de la organización empresaria en que se desarrolla aquel contrato.

Hay que compatibilizar, según MONZÓN, el carácter sinalagmático del contrato de trabajo con la facultad unilateral que se otorga al empleador a través del *ius variandi*, encontrando justificación en la necesidad de que el empleador individualice distintos actos de cumplimiento de una prestación prometida de modo genérico.

En consecuencia, la necesidad de invocar en forma circunstanciada cuáles serían las exigencias insoslayables de la empresa para imponer un cambio aparece como un requisito liminar; no presentándose el mismo, el *ius variandi* resultará abusivo, aun cuando no se trate de un cambio esencial o no se demuestre el perjuicio que causa el mismo.

«Independientemente de que el actor haya o no demostrado el perjuicio que le ocasionaba el cambio de horario dispuesto por su empleadora, la sola omisión por parte de esta de acreditar las razones organizativas en las que intentó fundamentar el cambio aludido, torna irrazonable el ejercicio del *ius variandi* por parte de aquella, máxime cuando no existe prueba alguna que acredite que la medida en cuestión se justificara por su relación con el fin común de la empresa.» (23)

El empleador puede modificar unilateralmente la forma y las modalidades de las prestaciones a cargo del trabajador, a condición de que: 1) esté funcionalmente justificado, 2) no altere ninguna modalidad esencial del contrato, y 3) no le cause perjuicio ni material ni moral al empleado. La patronal no justificó ni demostró la necesidad del cambio de horario de la actora, alteró las condiciones del contrato de trabajo y perjudicó a esta respecto a la carrera que había comenzado en 1998 y continuaba en 1999, es decir que la patronal hizo uso abusivo del *ius variandi* (24).

La ausencia de razonabilidad en el ejercicio del *ius variandi* genera, sin más, la violación de la falta de perjuicio al trabajador. Todo ejercicio del poder de dirección empresarial que, so capa de aplicación del *ius variandi* carece de razonabilidad, causa inevitablemente un perjuicio al trabajador (25).

B. No alteraciones de modalidades esenciales del contrato

La introducción de un cambio sustancial en la prestación de tareas, en la forma en que se debe ejecutar el contrato, en modo alguno puede ser objeto del *ius variandi*. Si una de las finalidades del instituto es la preservación del contrato ante circunstancias cambiantes, mal podría admitirse que en base a ello se produjeran cambios fundamentales en las obligaciones a cargo del empleado o en derechos trascendentes de este, pues de ser así lo que aparecería sería, en verdad, un nuevo contrato, feneciendo aquel que se pretendía preservar.

En consecuencia, el *ius variandi* únicamente puede referirse a elementos accidentales, secundarios del

contrato o, si afecta alguna condición sustancial, solamente podrá hacerlo en aspectos mínimos y siempre que no implique un perjuicio para el empleado.

La veda legalmente impuesta a la consagración, vía *ius variandi*, de alteraciones a elementos esenciales del contrato, como lo es la categoría en que se desempeña el actor, no cede siquiera ante la demostración por parte del principal de la modificación organizacional que justifica el cambio.

«Las modificaciones que el empleador pueda hacer de modo unilateral deben recaer sobre aspectos no esenciales de la relación laboral y no deben causar perjuicio material ni moral al empleado (arts.64, 65 y 66 LCT). Por ello, aun cuando se consideren razonables los cambios introducidos por la Universidad teniendo en cuenta la disminución de alumnos de la carrera donde la actora se desempeñaba como decana, la empresa debió adoptar medidas que no le causaran perjuicios morales o materiales, y es evidente que la supresión del cargo y el intento de pasarla como profesora constituye una conducta contraria a derecho.» (26)

«Constituye injuria suficiente para justificar el despido indirecto la actitud de la empleadora que haciendo uso abusivo del *ius variandi* procedió a rebajar el salario básico de la trabajadora. No obsta a tal conclusión el hecho de que se haya procedido a incrementar el porcentaje de comisiones por afiliación, toda vez que la remuneración de la actora quedó sujeta a un alea que variaba sustancialmente de mes a mes, con la posibilidad de disminución debido a la saturación del mercado con la competencia de otras AFJP y el agotamiento paulatino de los trabajadores no afiliados.» (27)

C. No afectación material ni moral del trabajador

Este tercer límite, que ha sido calificado como respeto al principio de indemnidad (28) o como intangibilidad del interés del trabajador (LIVELLARA), exige que en el ejercicio del *ius variandi* no se irroge perjuicio alguno al trabajador, es decir, que no produzca mediante la modificación introducida una afectación patrimonial, como tampoco de índole moral.

El ejercicio del poder de dirección por parte del principal se ejecutará sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador (art. 65 LCT) como también que siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales (art.68 LCT) .

El obstáculo en este aspecto se refiere tanto al aspecto estrictamente económico o material cuanto al agravio moral o espiritual.

«No puede la empleadora, sin previa conformidad expresa de su dependiente, desplazarla a un cargo que, aunque conserva la misma categoría y remuneración, tiene una jerarquía menor pues precisamente en esa desjerarquización reside el perjuicio hacia la trabajadora.» (29)

«Si la modificación dispuesta por la empleadora causó perjuicio a los asonantes, en tanto estos eran redactores deportivos, o sea, que realizaban una tarea para la cual se habían especializado, y fueron destinados a la Sección General, tal circunstancia, aun sin mediar perjuicio económico, implicó una actitud injuriosa que justificó el despido indirecto en tanto afectó en forma indudable una carrera periodística que venía desarrollándose en un ámbito específico y en cuyo desenvolvimiento los actores habían adquirido una determinada capacitación» (30).

D. Imposibilidad de utilizar el *ius variandi* como medida sancionatoria

Ante la diversa finalidad que presentan la facultad concedida al principal para introducir ciertos cambios en el contrato y el poder disciplinario reconocido a este en el art. 69 LCT, establece que no

podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo.

Las sanciones que puede aplicar el empleador, reguladas taxativamente, solo tienen por fin conminar al trabajador, mediante un mecanismo disuasivo, al cumplimiento regular del contrato. Nunca podría efectivizarse este tipo de medidas a través del *ius variandi*, ya que la sanción, por su propia naturaleza, se encuentra limitada temporalmente, lo que no sucede en principio con la modificación contractual introducida a través del *ius variandi*.

La jurisprudencia ha sido categórica al negar la posibilidad de utilizar el *ius variandi* como medida sancionatoria, no admitiéndose siquiera, cuando se pretendió atender por esa vía necesidades de organización de la empresa. «El traslado que pretendió efectivizar la empleadora, fundado exclusivamente en la necesidad de apartar al trabajador del lugar donde había cometido una falta indisciplinaria, no aparece fundado en las exigencias de la organización del trabajo de la empresa y más bien luce como una sanción disciplinaria, proceder que excede el marco del *ius variandi*.» (31)

2. Casuística

Conforme los repertorios jurisprudenciales, cuatro son las principales condiciones contractuales que producen controversia sobre la procedencia de la facultad del principal para reformular unilateralmente los términos del *sinálagma*.

A. Cambio de tareas y categoría laboral

JUSTO LÓPEZ (32) sostiene que la calificación contractual fija para el trabajador la naturaleza de sus derechos y obligaciones frente a la empresa; de la nitidez de sus contornos depende la ejecución del contrato: ella determina la cantidad y la naturaleza de las obligaciones fijadas por el vínculo establecido por las partes. Es entonces un elemento esencial de todo contrato de trabajo. Siendo un elemento esencial, la modificación del mismo también lo será, por lo que cualquier mutación de la categoría laboral excede el ejercicio del *ius variandi*.

El deber de ocupación a cargo del empleador se refiere a la categoría, que no puede cambiarse unilateralmente por afectar uno de los elementos estructurales de la relación (33), y ello aun cuando no exista perjuicio material ni patrimonial, el trabajador tiene derecho a seguir prestando servicios en las tareas que venía cumpliendo (34).

Antigua doctrina plenaria de la CNAT arguye que aun tratándose de un cambio ilegítimo, aceptada la situación, el trabajador no puede luego pretender la percepción de diferencias salariales sustentadas en la remuneración asignada para las anteriores condiciones de trabajo. «Si el actor, al ser cambiado de tareas, sufrió perjuicio patrimonial, pudo haber impugnado el ejercicio del *ius variandi*, pero si admitió la rebaja, no tiene derecho a cobrar la retribución mayor de un cargo que no cumplió.» (35)

Posteriormente la CSJN sostuvo que

«cabe destacar que el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos, no menos cierto lo es que tal principio cede frente a la exigencia de la seguridad jurídica por una parte, en atención a las circunstancias relativas a las personas y, por otra, cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para entender que la situación ha sido consentida» (36).

DE LA FUENTE (37) sostiene que por constituir la medida modificatoria del contrato un acto de nulidad absoluta, la misma resulta inconfirmable, debe tenerse por no realizada, quedando plenamente vigentes las condiciones de trabajo anteriores, posibilitando, por ende, el cobro de diferencias salariales, criterio que fue sostenido en algunos fallos de la Sala VI de la CNAT (38).

B. Rebaja del salario

El art. 66 LCT permite observar que la remuneración del trabajador se encuentra excluida del ámbito del ius variandi. La norma predica que el empleador se encuentra facultado para introducir cambios relativos a la forma y las modalidades de la prestación del trabajo. Constituyendo el salario la prestación a cargo del empleador, no tiene cabida dentro de la expresión prestación del trabajo, que se refiere exclusivamente a los deberes a cargo del empleado.

Atento a la especial significancia que la prestación remunerativa reviste como elemento esencial del contrato, no deben existir dudas sobre la improcedencia de afectar el salario mediante el ejercicio del ius variandi.

Primer supuesto: se presenta cuando la mutación de la remuneración tiene por causa una modificación de la contraprestación del trabajador, por ejemplo, un cambio de categoría o una reducción de la jornada de trabajo. En dichos casos, se ha afectado el núcleo del contrato, ya no solo por no respetarse la categoría laboral, sino también por afectar otro elemento esencial como lo es el salario. Se trata de un ejercicio abusivo del ius variandi, desde el momento en que se disminuye la remuneración, y aún sin necesidad de discutir lo atinente a la categoría.

Distinta es la situación cuando existe un acuerdo explícito entre trabajador y empresario para rebajar hacia el futuro el salario, rebaja que en ningún caso podría afectar el salario mínimo legal o convencional (art. 12 LCT). Tales actos no pueden ser asimilados y analizados a la luz del ius variandi, pues en ellos ha existido, en principio, consentimiento concurrente de las partes, a diferencia de lo que sucede con el ius variandi típico acto unilateral.

En el presente supuesto, no ha habido uniformidad ya que se sostuvo que

«al producirse una reducción del salario, excede el ámbito del ius variandi, pues para las partes significó la modificación solo de una parte de los términos contractuales» (39),

«por otro lado se ha resuelto que mediando un acuerdo de fijación de remuneración no es jurídicamente correcto hablar de ejercicio abusivo del ius variandi, ya que el art. 66 LCT atribuye al empleador una facultad de ejercicio unilateral, la que no se presenta al haber mediado convenio» (40).

Se presenta finalmente el caso en que lo que decide el principal es, lisa y llanamente, la disminución del salario, sin modificar otro elemento contractual y sin requerir el consentimiento del trabajador. La jurisprudencia es pacífica al juzgar la ilegitimidad de tales actos remarcando que:

«no es admisible el ejercicio del ius variandi cuando se refiere a una disminución de la remuneración del trabajador, ni tampoco cabe inferir el consentimiento tácito de este desde que el mismo no puede presumirse conforme lo establece el art.58 LCT» (41).

«Ante la supresión o rebaja de premios y plus acordados al margen del salario establecido por ley o convención colectiva, el trabajador que no disolvió el contrato por injuria tiene derecho a la integración de la remuneración con los rubros excluidos» (42).

Con posterioridad al aludido plenario, en diversos pronunciamientos se entendió que

«ante la falta de reclamos del trabajador por un tiempo prolongado se pierde el derecho a exigir las diferencias de salarios derivadas de la ilegítima modificación» (43).

La controversia quedó zanjada por fallo de la CSJN que sostuvo que

«el argumento de que medió en el caso una novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renunciación a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los art. 12 , 58 y cctes. LCT» (44).

Bien puede afirmarse que el dependiente se encuentra en condiciones de mantener el vínculo y peticionar luego el pago de las diferencias salariales.

«La rebaja injustificada de la remuneración dispuesta unilateralmente es nula, de nulidad absoluta en cuanto viola lo dispuesto por las normas imperativas (art. 66 y 131 LCT). Por ello, cuando haya por parte del trabajador una conformidad expresada de un modo tácito, al no objetar la medida, la decisión patronal sigue siendo nula y se tiene por no realizada desde el instante de su celebración, quedando plenamente vigente las condiciones de trabajo anteriores, esto es las que regían hasta el momento de su sustitución legal.» (45)

El no proceder en la forma indicada constituye una violación al principio de indemnidad consagrado en el art. 66 LCT (46).

«La empleadora rebajó el monto de la remuneración de la actora (al eliminar adicionales), en tanto la prestación de servicios por esta se mantuvo inalterable. No puede la empleadora justificar su proceder mediante el ejercicio del ius variandi puesto que este carece totalmente de aptitud para modificar unilateralmente una modalidad esencial del contrato de trabajo cual es la remuneración, por lo que la demandada no está ejerciendo ningún derecho sino simplemente incumpliendo su obligación de pagar la remuneración acordada. Que el actor no hubiere reclamado no significa que estuviere de acuerdo, de lo contrario implicaría colegir que el silencio del actor conlleva renunciar a sus derechos lo que es legalmente inadmisibile.» (47)

C. Cambio del lugar de trabajo

La modificación del lugar de trabajo suele importar para el trabajador, cuando es perjudicial, un agravio de tipo económico, por incurrir mayores gastos de viáticos, o una afectación de aspectos ajenos a la relación de trabajo, pero que no deben ser desatendidos, por cuanto inciden moral o materialmente en la persona de aquel.

«Si el traslado imposibilita realizar otro trabajo que venía cumpliendo, altera su vida familiar o social, la jurisprudencia ha entendido que el lugar de trabajo es un elemento estructural de la relación laboral, dado que el trabajador se incorpora al ritmo de producción en su sitio determinado de acuerdo al cual organiza su vida familiar y personal, por lo que no se encuentra dentro de las posibilidades del ius variandi.» (48)

Diferente es el caso cuando, por el tipo de actividad desplegada por el empleador y propia de la función para la cual el trabajador fue contratado, el cambio de lugar de trabajo se presenta como natural o admisible. La justificación debe ser objetiva, no resultando suficiente al efecto que el trabajador haya suscripto al momento del ingreso cláusulas de aceptación anticipada de traslados indeterminados, como aquellas tareas en las que la movilidad está en la naturaleza del contrato. Caso de empresa dedicada a la realización de tareas de limpieza en distintos establecimientos que solicitan sus servicios.

«No puede el dependiente negarse a la modificación del lugar de trabajo, aún cuando el mismo le requiera mayor tiempo de traslado.» (49)

«No se configura ejercicio abusivo del ius variandi por cambio de lugar de trabajo en razón del vencimiento de contrato de arriendo del empleador. Si ese traslado a un nuevo establecimiento, aproximadamente a 200 km del anterior, con asignación de vivienda, le significaba al trabajador el desarraigo, que implica mayores costos y gastos, así debió plantearlo a la patronal, mas no incumplir la intimación a presentarse a su trabajo.» (50)

«Si el actor se presentó en su lugar habitual de trabajo, estando ya notificado sobre el cambio de lugar, al conocer su nuevo destino, sin que optara por las conductas correctas y acordes con tal circunstancia: o presentarse en el nuevo lugar o cuestionar -documental mediante- la decisión patronal sobre la modificación del sitio o, en su caso, la naturaleza de las labores, ya que podría haber existido un uso equivocado del ius variandi, según lo dispuesto en la norma del art. 66 LCT. Se entiende que la decisión del actor de rescindir unilateralmente el vínculo, invocando incumplimiento de la patronal del deber de ocupación (art. 78 norma citada) sin haber previamente impugnado la medida empresarial, a efectos de intentar la modificación de tal actitud, y consecuentemente lograr la continuidad del vínculo, implica violación de los principios de buena fe y permanencia del contrato (arts. 10 y 63 LCT) por lo que, el autodespido o despido indirecto (art. 246 Ley 20.744) resulta infundado.» (51)

D. Cambio de horario

La duración de la jornada en la que el trabajador debe prestar servicios constituye también una condición esencial del contrato, por lo que su modificación unilateral resulta inadmisibles. Un cambio de horario puede significar una alteración esencial del contrato de trabajo o por el contrario, conceptualizarse como una modificación accidental (no estructural) de las condiciones de labor, la que ha depender de la magnitud y calidad de la variación impuesta. Así,

«si la empleadora procedió a modificar el horario de trabajo del actor de 8 a 12 y de 14 a 18 horas, en lugar del anterior de 6 a 15 horas y le agregó el día sábado de 8 a 13 horas, se produjo una modificación esencial del contrato de trabajo» (52).

En cambio, no podría hablarse de una alteración estructural del contrato de trabajo cuando se modifique en media hora o quince minutos el horario de ingreso o egreso a la empresa, o en su caso se reduzca o extienda en similares magnitudes, el tiempo de descanso intermedio, concedido por ejemplo, para que el trabajador almuerce. No obstante ello, el cambio accidental (no estructural) debe ser funcional (razones objetivas) y tiene como límite el principio de indemnidad, es decir, sin afectar intereses del trabajador.

«El incremento de la jornada diaria implica una alteración esencial del contrato de trabajo, ya que el horario laboral pertenece a las estructuras de la relación y no puede modificarse unilateralmente, pues dicho horario delimita el denominado tiempo libre, y si la empresa necesita modificarlo deberá requerir el concurso de la voluntad de los afectados, pero no imponerlo unilateralmente.» (53)

«El cambio de horario y de lugar de tareas, aunque cause perjuicios materiales al trabajador, no autoriza la ruptura abrupta y sin intimación previa alguna de su parte, es decir, sin expresar este su disconformidad previa con la medida. Ante el eventual ejercicio abusivo del ius variandi por parte del empleador, el trabajador puede y debe reclamar el mantenimiento de las condiciones anteriores. Dentro del contenido del deber de buena fe del trabajador, aparece como la conducta indicada el reclamo previo antes de accionar judicialmente y optar por la resolución del contrato. La valoración de las circunstancias del caso constituye una cuestión de hecho y prueba ajena al recurso de casación. Se rechaza el recurso.» (54)

VIII. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

1. Ejercicio regular del ius variandi

Cuando la modificación que introduce el principal resulta razonable -por la funcionalidad de la empresa-, no afecta elementos esenciales del contrato y no perjudica moral ni económicamente al trabajador se trata de un ejercicio regular del ius variandi. Ante ello, el trabajador debe acatar la medida, ya que se trata por parte del principal de un recurso legal que debe ser aceptado por el dependiente.

2. Ejercicio irregular del ius variandi. Acciones de que goza el trabajador

Si mediante la utilización del ius variandi se afecta alguno de los límites a los cuales se sujeta su ejercicio, el empleado tiene las siguientes opciones:

A. Acción del empleado para considerarse despedido

Antes de que existiera texto legal expreso referido al ius variandi, se sostenía que, por aplicación de las normas de derecho común, no contaba el trabajador con la posibilidad de peticionar el restablecimiento de las condiciones anteriores de trabajo. Ante el incumplimiento del empleador de su obligación de hacer de dar trabajo en las condiciones pactadas, no encontraba el trabajador remedio con respaldo normativo como para conminarlo al cumplimiento de su débito, restándole exclusivamente la opción de rescindir el contrato bilateral por incumplimiento de la otra parte (55).

Actualmente el art. 66 LCT predica que cuando el empleador disponga medidas vedadas por el artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin causa, es decir, colocarse en situación de despido indirecto (art. 246 LCT), previa intimación fehaciente dirigida al empleador, como aplicación práctica del principio de buena fe, si la medida dispuesta por este constituye una inobservancia contractual que configura injuria de tal gravedad que no consintiere la prosecución de la relación laboral (art. 242 LCT). Es una suerte de causal autónoma de despido: comprobado que se trata de un ejercicio abusivo del ius variandi, no existe controversia sobre la procedencia del despido indirecto y el consiguiente derecho del empleado a ser indemnizado.

B. Acción del trabajador para exigir el restablecimiento de las condiciones de trabajo afectadas

La LCT en su primera redacción -2º párr. art. 71-, otorgaba al trabajador ante el ejercicio abusivo del ius variandi la opción de considerarse despedido sin causa o iniciar una acción sumarísima persiguiendo el restablecimiento de las condiciones afectadas. Disponía la prohibición de Innovar hasta que hubiese recaído sentencia definitiva en las condiciones y modalidades de trabajo. Pero la Ley 21.297, eliminó del texto legal la opción por la acción sumarísima dirigida al restablecimiento de las condiciones ilegítimamente afectadas, posibilidad que nuevamente cobra vigencia con la sanción de la Ley 26.088.

Teniendo en cuenta que quien puede adoptar el comportamiento más gravoso, como lo es resolver el contrato, bien podría requerir una solución más atenuada -quien puede lo más puede lo menos-, que la ley específicamente no prohíbe una acción en tal sentido, máxime cuando uno de los principios básicos de la disciplina es la continuidad del contrato (56).

FERNÁNDEZ MADRID expresaba antes de la última reforma que, ante la modificación ilegítima, el trabajador cuenta con tres alternativas:

disolver el contrato y reclamar la indemnización tarifada;

reclamar el cumplimiento del contrato absteniéndose de efectuar su prestación en tanto no se restituya

el mismo a sus términos iniciales, manteniendo su remuneración porque el empleador incumple la obligación del art. 78 LCT y él se encuentra a disposición (art. 103 LCT), reclamando a su vez los daños y perjuicios;

acatar la modificación y reclamar los daños y perjuicios que le ocasiona la medida en los términos de los arts.519 a 522 CCiv.

VÁZQUEZ VIALARD por su parte sostenía antes de la última reforma que no era aplicable el art. 505 CCiv en el derecho del trabajo, que posibilitaría el restablecimiento de las condiciones anteriores, porque no compatibilizaría con el régimen de estabilidad impropia que lo caracteriza. La jurisprudencia posterior a 1976 ha sido en general contraria a la aceptación de acción en cabeza del trabajador para exigir el restablecimiento de las condiciones ilegítimamente alteradas por el principal.

«No es posible pretender la reposición por vía judicial a la categoría funciones anteriores.» (57)

Esta solución restrictiva no tendrá cabida cuando el elemento afectado es la remuneración. La CSJN en PADIN CAPELLA sostuvo que ante la disminución unilateral del salario, el dependiente se encuentra en condiciones de mantener el vínculo y petitionar luego el pago de las diferencias salariales.

Actualmente, puede el trabajador, previa intimación al empleador, por la vía sumarísima, perseguir el restablecimiento de las condiciones alteradas. En tal caso, la norma dispone -y el trabajador podrá petitionarlo como medida cautelar al juez interviniente- que no sean innovadas las condiciones y modalidades de trabajo existentes antes de la modificación dispuesta por el empleador -salvo que las medidas dispuestas sean generales para el establecimiento o sección-, hasta que no recayere en la causa sentencia definitiva. La vía sumarísima indicada está regulada por el art. 484 CPCCER. Cuando el empleador haya dispuesto una modificación contractual vedada por el artículo, por las exigencias del deber de buena fe que rigen la ejecución del contrato de trabajo art. 63 LCT, el trabajador debe comunicar que no acepta la medida adoptada, requiriendo su revisión en un plazo determinado, bajo el apercibimiento que considere oportuno escoger según las opciones que la ley le otorga.

C.El ius variandi y la excepción de incumplimiento

FERNÁNDEZ MADRID expresa que, ante el ejercicio abusivo del ius variandi, el trabajador tendría derecho a resistir la modificación invocando la llamada exceptio non adimpleti contractus (art. 1201 CCiv.).

La excepción de incumplimiento no puede ser vista como un fin en sí misma, sino como un medio otorgado para que aquel que, en un contrato con prestaciones recíprocas, no halla satisfacción a su débito, quede por un lado, eximido de cumplir el propio ante la morosidad del otro -habría una razón de equidad-, y que por otra parte, conmine de tal modo al cumplimiento de las obligaciones retraídas.

Admitir la excepción de incumplimiento ante el ejercicio abusivo del ius variandi debe significar necesariamente aceptar que el trabajador cuenta con acción para demandar por restablecimiento de las condiciones anteriores.

D. Acatamiento del cambio ilegítimo y reclamo de daños y perjuicios

Es posible que el empleado, siendo por cierto la más habitual, la vinculada con la necesidad de mantener el trabajo, acate una modificación de las condiciones de trabajo introducida en forma unilateral por el empleador que implica, por transgredir sus límites, un ejercicio abusivo del ius variandi. Tal aceptación no impide el posterior reclamo, en caso que se produzca con la modificación un real perjuicio, de los daños que la medida genere -mayores gastos por traslados, diferencia de

remuneración por tener que cumplir una jornada más extensa o una diferencia salarial cuando el elemento alterado es el salario-.

E. La medida de no innovar durante la tramitación del proceso

En primer lugar, al establecerse en forma imperativa la imposibilidad de innovar en las condiciones y modalidades de trabajo durante la tramitación de la causa, pareciera que dicha medida no está sujeta a petición expresa del trabajador, sino que incluso podría ser dictada por el juez en la primera providencia. Adviértase que el texto da cuenta de la imposibilidad de innovar y no de la posibilidad de solicitar tal medida por parte del trabajador.

Sin embargo, más allá de la interpretación literal de la norma, no parece razonable que la mera denuncia del trabajador de un cambio en sus condiciones laborales pueda habilitar el dictado de una medida de no innovar sin que exista de parte del juez un mínimo análisis de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora para dictar la prohibición de innovar, pues de lo contrario se podría arribar a una utilización abusiva de la figura.

- (1) BARASSI, Ludovico: Tratado del derecho del trabajo, Buenos Aires, Alfa, 1953, p. 249.
- (2) BORDA, Guillermo: Tratado de derecho civil, "Obligaciones", t. I.
- (3) MONZÓN, Máximo: "Contrato de trabajo, deberes de prestación y de conducta", DT 1982-1292.
- (4) VÁZQUEZ VIALARD: Tratado del derecho de trabajo, t. III, pp. 618 y ss.
- (5) Ib., p. 622.
- (6) JUSTO LÓPEZ, citado ib., pp. 624 y ss.
- (7) ROMÁN, María D.: Tratado del derecho del trabajo, Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 791.
- (8) GUISTADO, Héctor: "Opciones del trabajador frente al ejercicio abusivo del ius variandi", DT 1985-B-1133.
- (9) KROTOSCHIN, Ernesto: Tratado práctico de derecho del trabajo, Depalma, vol. I, 1981.
- (10) FERNÁNDEZ MADRID, Juan C.: Ley de Contrato de Trabajo comentada, 1978, t. I, p. 366.
- (11) KROTOSCHIN, Ernesto: Tratado práctico del derecho del trabajo, Depalma, 1962, p. 203.
- (12) PÉREZ BOTIJA, Eugenio: Curso del derecho del trabajo, p. 166.
- (13) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio: Derecho del trabajo y de la seguridad social, p. 235.
- (14) LÓPEZ, Justo: Fundamento y límite del ius variandi, LT XV 15-65.
- (15) PLA RODRÍGUEZ, Américo: "Ius variandi", Estudios sobre derecho individual del trabajo en homenaje del Profesor Mario L. Deveali, p. 203.
- (16) POSE, Carlos: Manual práctico del ius variandi, p. 18.

- (17) FERNÁNDEZ MADRID: op. cit. nota 10.
- (18) DE FERRARI, Francisco citado en Carlos Livellara, Tratado de derecho del trabajo, Vázquez Vialard, dir., Astrea, 1982, t. III, p. 640.
- (19) STJ Río Negro, "Cañumil Alicia c/ Sanatorio San Carlos S.A. s/ cobro de haberes y despido", 11/2/2000, N° 12758/99 Res. 125.
- (20) CNAT, Sala II, "Mapis César Ariel y otro c/ Techint S.A.", 16/4/1997, Sent. 80.859.
- (21) Id., Sala VII, "Bellati c/ Soc. Protectora del Hogar Militar", 20/9/1995.
- (22) Id., Sala X, "Kolodij c/ Editorial La Capital", 28/6/2002.
- (23) Id., Sala IV, "Paz c/ OSPLAD", 16/6/1996.
- (24) Cam. Apel. Paraná, "Digiovani Patricia R. c/ Supermercados Norte S.A. s/ cobro de pesos", 6/2/2002, PANNUTO, REVIRIEGO, MUZIO.
- (25) Id., "Descamps Gustavo c/ Laboratorios Tuma S.R.L. s/ cobro de pesos", 16/11/1995, Reviriego, Nardin, Muzio.
- (26) CNAT, Sala III, "Oliver c/ Asociación Universidad del Salvador", 6/11/2001.
- (27) Id., Sala II, "Rigo c/ Activa AFJP", 9/10/1998.
- (28) FERNÁNDEZ MADRID, Juan C.: Tratado práctico del derecho de trabajo, 1993, t. II, p. 1014.
- (29) CNAT, Sala I, "Calvin c/ YPF", 28/9/1990.
- (30) Id., Sala III, "Folgueira c/ La Razón", 19/3/1990.
- (31) CNAT, Sala II, "Bueno c/ El Hogar Obrero Coop.", 9/10/1989.
- (32) LÓPEZ, Justo citado en Diego Tosca, Tratado de derecho del trabajo, Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 812.
- (33) CNAT, Sala VI, "Benítez c/ Castiñeira", 26/10/1998.
- (34) CNAT, Sala VI, "Salvo c/ Banco Río", 6/2/1996.
- (35) CNAT, Sala V, "Landeira c/ la Agrícola Cía. Arg. de Seguro", 30/11/1988.
- (36) CSJN, "Zorzín Víctor R. c/ YPF S.A. s/ recurso de hecho deducido por la demandada", 11/6/1998, en TySS, 1999-1652, Fallos 310:558.
- (37) DE LA FUENTE citado en Tosca o. cit. nota 32, p. 814.
- (38) CNAT, Sala VI, "Inzaurraga c/ Estado Nac.DGI", 27/4/2001; "Velazco c/ Celulosa Jujuy S.A.", 14/10/1998 .

- (39) Id., Sala III, "Herrera c/ Bergomi y Maccarinelli", 30/4/1998.
- (40) Id., Sala VIII, "Martínez c/ Impomotor S.A.", 11/8/1998.
- (41) Id., "Martínez c/ SEGBA S.A.", 18/5/1987.
- (42) Id., Fallo Plenario 161 "Bonet c/ SADEMA S.A.".
- (43) SCJBA, "Beretta c/ Drago Beretta", 31/7/1984, en TySS 1985-123.
- (44) "Padin Capella c/ Litho Formas", TySS, 1987-790.
- (45) CNAT, Sala VI, "Tocalini c/ Carta Franca S.A.", 9/10/2000.
- (46) Sala V, "Moreyra c/ Transportes Ferroviales S.A.", 20/8/1986.
- (47) Cám. Apel. Paraná, "Elcura De Ortiz Dora Graciela c/ Centro de Viajantes de Entre Ríos", 13/4/2004, Reviriego, Brodsky De Petric, Muzio.
- (48) CNAT, Sala VI, "Palacio c/ Vasile y Cía.", 13/8/1996.
- (49) Id., Sala II, "Escobar c/ Emilio Romano y Cía.", 18/6/1986.
- (50) Cám. Apel. Paraná, "Mendoza Juan Ramón c/ Los Dos S.A. s/ apelación de sentencia", 30/6/2004, Brodsky De Petric, Muzio, Reviriego.
- (51) Cám. Apel. C. del Uruguay, "Sittner, Carlos Javier c/ Granjas y Criaderos Línea Avícola S.A. s/ diferencias, indemnización y despido", 30/11/1998; Bugnone - Cazzulino - Fervenza,
- (52) CNAT, Sala VIII, "Pozzi c/ Chloride S.A.", 25/9/1981.
- (53) Id., Sala I, "Sierra c/ Casa de la Moneda", 22/8/1996.
- (54) STJER, Sala Laboral, "Ballista Rubén Darío c/ Mesaglio Juan José s/ cobro de pesos", RIL, 6/8/2001, Salduna, Spinelli, Carlomagno.
- (55) CARCAVALLO, Hugo: "Reformas introducidas por la Ley 20.744", TySS 1973/74-853, citado en Mario Ackerman, Tratado de derecho del trabajo, t. II, Rubinzal-Culzoni, p. 822.
- (56) LIVELLARA: op. cit. nota 18.
- (57) CNAT, Sala IV "Puriles c/ Banco Credicoop", 26/2/1982, en DT 1982-A-725.
- (*) Abogado, UNL. Posgrado en Derecho Laboral y en Derecho Comercial. Secretario Titular de la Sala del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Entre Ríos.