



Manifestaciones del *ius variandi* durante el trabajo remoto

Cynthia Vanessa SILVA SOLANO*

Se define al *ius variandi* como la facultad relativa, funcional y unilateral del empresario de modificar o alterar las condiciones de trabajo no sustanciales dentro de la relación laboral. En tal sentido, en el presente artículo la autora desarrolla las manifestaciones de dicha facultad empresarial y las limitaciones a las que se encuentra sujeta durante la ejecución del trabajo remoto. En esa línea, propone alternativas aplicables en el trabajo remoto a fin de evitar contingencias futuras para las empresas.

PALABRAS CLAVE: Trabajo remoto / Tecnologías de la información / Poder de dirección / *Ius Variandi* / Condiciones de trabajo.

Recibido : 05/08/2020

Aprobado : 28/09/2020

INTRODUCCIÓN

La alerta mundial pronunciada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a causa de la pandemia causada por el COVID-19 desde noviembre del 2019, exigió medidas inmediatas por los estragos que ocasiona hasta la actualidad. En efecto, el Gobierno peruano tomó diversas medidas drásticas a fin de evitar la propagación del COVID-19, entre ellas, en materia laboral, se incorporó al forzado trabajo remoto bajo ciertas especificaciones legales, complicando a las organizaciones empresariales con las

nuevas formas de trabajo en aplicación del *ius variandi* generando entrampamientos en su implementación.

Al tener la premisa de que el trabajo remoto llegó para quedarse, en el presente trabajo se analiza la regulación del *ius variandi* para su aplicación adecuada, identificando los límites de sus manifestaciones dentro del contexto actual generado por el uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC), considerando acciones no solo en la modificación de la jornada de trabajo y horario de trabajo sino otros factores que inciden en la nueva organización interna sin considerar posibles contingencias futuras del empleador. En efecto, se propone alternativas que apoyen las decisiones del empleador frente a las condiciones laborales en el trabajo remoto dentro de los parámetros de razonabilidad y necesidad empresarial.

* Abogada titulada por la Universidad Nacional de Trujillo, con estudios especializados en Derechos Humanos por la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresada de la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo. Abogada sénior laboral del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados. Sucursal Trujillo.

I. FACULTAD DEL *IUS VARIANDI* EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1. Definición: Facultad o poder disuasivo

La subordinación como elemento de toda relación laboral se materializa mediante la regulación de normas internas y establecimiento de condiciones de trabajo en ejercicio del *ius variandi*, habilitando al empleador en imponer sanciones en caso de incumplimiento.

Para efectos de la definición, según Cabanellas (1992) "(...) Jus Variandi es la facultad patronal de modificar, por necesidades convencionales o conveniencias de la empresa, las prestaciones del trabajador." (p. 625). Por su parte Alonso (1995), citado por Blancas (2013), precisa que se trata de la facultad de modalizar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y a los cambios de perfeccionamiento en la cualificación profesional del trabajador (p. 654). Para Sanguinetti (2013), "es el instrumento a través del cual el empleador hace efectivo su derecho de disposición sobre la actividad laboral del trabajador, organizándola y dirigiéndola hacia la consecución de los objetivos perseguidos por él en cada momento (...)" (p. 124).

El poder de dirección del empresario para Palomeque, citado por De la Flor (2017), al no tratarse de un poder absoluto, categórico o arbitrario, siempre deberá ajustarse a los límites concretos, que vendrán determinados por cuatro perspectivas, siendo estas la constitucional, legal, la de los convenios colectivos y la del contrato de trabajo, las

cuales tienen las consideraciones de límites externos.

«Si bien la libertad del empresario es organizar su estructura interna y normar las relaciones laborales con sus empleados, se deberán asumir decisiones adecuadas para la continuación del negocio sin afectar la dignidad del trabajador».

De lo antes analizado, podemos concluir definiendo al *ius variandi* como la facultad relativa, funcional y unilateral del empresario en modificar o alterar las condiciones de trabajo no sustanciales dentro de la relación laboral, con la finalidad de satisfacer las necesidades empresariales transitorias producidas por cambios organizacionales o factores externos, permitiendo la sostenibilidad y el cumplimiento de objetivos empresariales.

2. Regulación normativa del *ius variandi* en el Perú

La protección constitucional a las diferentes formas de organización empresarial se garantiza con el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú, a través del cual se consagra no solo la facultad de constituir empresas, sino también el poder de decisión en su organización interna. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el fundamento 15 de la sentencia expedida en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC¹, que la libertad de empresa no solo

1 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>

garantiza la libertad de decisión de creación y actuar en el mercado, sino también libertad en su organización, dirección y planificación, así como su libertad de salida del mercado.

Sin embargo, si bien la libertad del empresario es organizar su estructura interna y normar las relaciones laborales con sus empleados, se deberán asumir decisiones adecuadas para la continuación del negocio sin afectar la dignidad del trabajador. En este sentido, existe un equilibrio normado en el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL) que señala: "(...) 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". En efecto, la flexibilidad que muestra el equilibrio del *ius variandi* resultó para Blancas (2013, p. 655) necesaria en razón de su propia naturaleza y de la inconveniencia de concebirla rígidamente, sin admitir cambios respecto a la forma de ejecutar las prestaciones del trabajador, en tanto aquellos no modifiquen perjudicialmente para este sus condiciones de trabajo.

En consecuencia, esta facultad no es absoluta, en tal sentido Toyama (2003) manifiesta que la potestad del empleador se encontraría limitada debido a que no está legalmente prevista, de manera general, la posibilidad de modificar, unilateralmente, ciertas condiciones de trabajo en forma sustancial ni establecido un procedimiento para ello. Por otro lado, el trabajador también se vería afectado ante la falta de regulación adecuada que, finalmente, ocasiona una situación de indefensión (p. 21).

Si bien las modificaciones están permitidas y limitadas, deben ser realizadas lícitamente por el empleador, con objetividad en

la medida y que no suponga un actuar arbitrario. Si resultase el ejercicio abusivo del *ius variandi*, nuestra legislación ha previsto considerarlo como un acto de hostilidad equiparable al despido, configurándose como despido indirecto, según se expresa del artículo 30 de LPCL; facultando al trabajador accionar por el cese de acto hostil o en su caso, el cobro de la indemnización por despido arbitrario, previa imputación al empleador por un plazo no menor de seis días calendarios para su descargo.

3. Las limitaciones del *ius variandi*: razonabilidad y proporcionalidad

Las acciones del empleador que en virtud del *ius variandi* pretendan modificar las condiciones laborales del contrato de trabajo originario, no podrán alterar sus cláusulas esenciales, pues la razonabilidad de la medida debe justificar la necesidad empresarial. Así lo reconoce Plá, citado por Velásquez (2011), quien nos dice que: "El *ius variandi* no puede alterar límites, sino que tiene que sujetarse a límites. Dicho de otra manera: no está por encima de los límites sino por debajo de ellos" (p. 184).

Toyama (2009, pp. 120-154) agrupa los límites en dos categorías: los conceptuales y los funcionales. Los primeros se refieren a determinadas materias que no podrían ser abordadas de forma unilateral por el empleador; por su parte, los funcionales se dirigen a proporcionar ciertas pautas generales que el empleador debe atender:

- 1) Conceptuales o temáticos: Estos límites, como regla, no pueden ser de actuación por parte del empleador. De este modo tenemos a las variaciones radicales no legitimadas sobre la remuneración, la naturaleza laboral de los servicios subordinados, los derechos constitucionales o inespecíficos del trabajador (en razón a su carácter imperativo e incluso constitucional), etcétera. Un caso adicional es

el relativo a las modificaciones de condiciones laborales que se derivan de un convenio colectivo de trabajo en donde el carácter normativo, vinculante y bilateral de esta fuente de derechos laborales impediría que sea modificado mediante un acto no normativo del empleador.

- 2) Funcionales o generales: Los límites funcionales obligan al empleador a observar ciertos criterios cuando ejerza sus facultades de dirección: razonabilidad, objetividad, previsibilidad y proporcionalidad.

Bajo este análisis, el principio de razonabilidad es un primer límite de la discrecionalidad absoluta ante una decisión subjetiva, por ello reviste de ciertas características propias; como expresa Pilotto (2004, p. 469), por ejemplo, una de las más importantes, es su elasticidad, el cual le permite tener un alcance amplio, con una variedad indefinida de formas de aplicación. Asimismo, podemos señalar que siempre tiene cierta carga emocional subjetiva, dependiendo del análisis que se haga de los antecedentes y las circunstancias que los acompañaron, para comprender si ha sido correctamente aplicado o no. Sin embargo, a pesar de esto, a través de la razonabilidad se busca eliminar la aplicación de criterios caprichosos o arbitrarios.

«Las limitaciones legales y jurisprudenciales exigen al empleador evitar la generación de políticas o decisiones que tengan por finalidad prestaciones de servicios en condiciones laborales inadecuadas».

Las modificaciones trascienden cuando se trasgreden aspectos sustanciales del contrato

de trabajo cuya afectación sea acreditada como falta de pago y/o rebaja remunerativa, categoría profesional, lugar de trabajo, medidas en seguridad y salud en el trabajo –en adelante SST–, violencia, discriminación, hostigamiento sexual y dignidad del trabajador; sin embargo, cada situación es analizada según sea el caso, pues las formas en cómo se presenta el acto hostil dependerán de la situación fáctica en que se ha configurado, conforme al artículo 30 de la LPCL, que muestra un sistema taxativo para definir los incumplimientos del empleador.

Asimismo, la verificación del principio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida resulta necesaria por ser complementaria en su definición y aplicación, siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional bajo el test de proporcionalidad. En materia laboral, en aplicación de la razonabilidad corresponde acreditar principalmente la causa objetiva de la medida, la necesidad funcional y que no tenga como propósito causar perjuicio al trabajador. Ampliamente se ha desarrollado este principio en la jurisprudencia nacional, en determinados casos, como el recaído en la Casación N° 2456-2014-Lima, donde se ha señalado que:

la decisión del empleador sobre las condiciones laborales de un trabajador debe ser considerada sobre la base insustituible del factor humano y de las circunstancias en medio de las cuales actúan los poderes discrecionales, sin soslayar naturalmente los preceptos y derechos reconocidos en la Constitución.

De igual forma, la Casación N° 10839-2014-Ica establece que el empleador puede determinar el traslado del trabajador siempre que tenga razones justificadas para ello y no se desmejoren las condiciones del trabajador. Sobre este aspecto, los jueces insisten en que todo traslado debe originarse de una

condición objetiva que lo justifique². Por último, el traslado no debe atentar contra el ejercicio de las actividades sindicales³ del trabajador.

En consecuencia, las limitaciones legales y jurisprudenciales exigen al empleador evitar la generación de políticas o decisiones que tengan por finalidad prestaciones de servicios en condiciones laborales inadecuadas. Cada decisión será evaluada previamente, teniendo en cuenta lo siguiente: i) Los recursos económicos no son limitaciones para ejercer el *ius variandi* adecuado; ii) implementar un sistema de evaluación por cambios de condiciones laborales; iii) actualizar las descripciones de puestos, según modificación de actividades y comunicar al trabajador; iv) analizar los riesgos laborales en seguridad y salud en el trabajo y su modificación de la Matriz IPERC (Identificación de Peligros, Evaluación de Riesgos y Medidas de Control).

II. LAS CONDICIONES LABORALES EXIGIBLES EN EL TRABAJO REMOTO

1. Antecedentes normativos y su actual regulación del trabajo remoto

En nuestro país el denominado trabajo a distancia se materializa en las tres figuras: trabajo a domicilio, teletrabajo y trabajo remoto; esta última como alternativa de los empleadores a fin de evitar el contagio y propagación del COVID-19. Sin embargo, es necesario un replanteo y cambios normativos que colaboren con su implementación.

La definición del teletrabajo se encuentra expresada en el artículo 2 de la Ley

N° 30036 – Ley del Teletrabajo, vigente desde el 05.06.2013, donde se establece que:

el teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado “teletrabajador”, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores.

En consecuencia, se define al teletrabajo como la moderna figura de flexibilización laboral producida por la desconcentración productiva que exige efectuar la prestación de servicios fuera del ámbito habitual, necesariamente con la utilización de medios de comunicación tecnológicos e informáticos, cuya implementación presenta cambios en la organización por incremento de producción.

“Se define al teletrabajo como la moderna figura de flexibilización laboral producida por la desconcentración productiva que exige efectuar la prestación de servicios fuera del ámbito habitual, necesariamente con la utilización de medios de comunicación tecnológicos e informáticos”.

Sin embargo, según data del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-MTPE⁴, su

2 Cas. N° 98-99-Lima.

3 Exp. N° 8330-2006-PA/TC y Exp. N° 02318-2007-PA/TC.

4 En entrevista de fecha 24.07.2020 el exministro de Trabajo, Martín Ruggiero, en el canal TV Perú expresó: “El teletrabajo ya era una institución que se encontraba regulada en el ordenamiento jurídico peruano a través de una ley y un reglamento.

utilización resulta ser solo 2200 trabajadores a nivel nacional a febrero 2020, por la rigidez e incentivos precarios. En efecto, según su regulación, se exige un acuerdo de partes, compensar económicamente al trabajador por el uso de sus propias herramientas, capacitar sobre las TIC y normas sobre seguridad y salud en el trabajo, manteniendo todos sus derechos laborales y jornada de trabajo; es decir, la fiscalización si bien se permite, trae complicaciones para los empleadores.

Siendo la productividad relacionada con este tipo de contrato por exigir empleo de herramientas como medios tecnológicos para su efectividad. En efecto, se aprecia que, según el informe del primer año realizado en el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y Propiedad Intelectual (Indecopi⁵), sobre la aplicación del piloto teletrabajo, la productividad mejoró en un 30 % al mes y ahorran 47 horas en traslados para dedicarlas a sus familias. Además, parte de las conclusiones de incrementar el número de teletrabajadores, informó lo siguiente:

La modalidad de teletrabajo permite a los colaboradores del Indecopi que participan en ella, prestar sus servicios con la misma calidad y eficiencia desde fuera del centro de labores, pero siempre bajo supervisión, a fin de que la institución pueda asegurar el cumplimiento del trabajo asignado, así como el cumplimiento de los objetivos institucionales trazados.

Frente a nuestra realidad laboral, se pronunció Bueno (2020), especialista de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Oficina de la

Organización Internacional del Trabajo para el Cono Sur de América Latina, en una entrevista de fecha 23.06.2020 para la revista electrónica *El Cronista*, donde concluye:

Por último, no podemos olvidar que el contexto en el que se ha dado en este nuevo impulso al teletrabajo y al trabajo a distancia hace que en su origen ya no haya un acuerdo o pacto entre las partes sino decisión sanitaria decretada en el marco de estados excepcionales motivados por la pandemia. Este carácter forzoso implica que habrá que considerar una nueva categoría que podría denominarse “trabajo remoto excepcional y obligatorio”, la cual apenas ha sido normada y requeriría una especial atención en los nuevos marcos regulatorios.

En nuestro país, el trabajo remoto nace con el Decreto de Urgencia N° 026-2020 y reglamentado mediante el Decreto Supremo N° 010-2020-TR, caracterizado por ser más flexible que el trabajo a domicilio y el teletrabajo para facilitar su implementación en medio de la coyuntura. No obstante, su aplicación dependerá del estado de emergencia sanitaria, siendo necesario regular esta alternativa por los riesgos que evidenciaremos en los trabajadores e inclusive la distorsión de la estructura y puestos de trabajo de la organización.

En la regulación del trabajo remoto se dispone que su implementación puede ser unilateral por parte del empleador, con la sola comunicación estableciendo duración, medios o mecanismos para desarrollar las labores, asignación de labores, forma de supervisión, la parte responsable

⁵ Es una norma que no tuvo acogida. En el Perú a febrero del presente año existían 2,200 teletrabajadores*.

5 <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7098/NP%20190905%20Teletrabajo%20en%20el%20Indecopi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

de proveerlos y las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. No obstante, el vínculo no puede afectarse bajo esta figura ni las condiciones de trabajo, salvo aquellas relacionadas con el traslado siempre y cuando no requiera su ejecución. En caso de que se exija el uso de otros medios tecnológicos que no haya utilizado el trabajador, deberá el empleador capacitarlo. En suma, situaciones similares al teletrabajo.

“En la regulación del trabajo remoto se dispone que su implementación puede ser unilateral por parte del empleador, con la sola comunicación estableciendo duración, medios o mecanismos para desarrollar las labores, asignación de labores, forma de supervisión (...)”.

En el Sector Público se desarrolló mediante la Guía para la aplicación del trabajo remoto aprobado por Resolución Ministerial N° 072-2020-TR (25.03.2020), estableciendo como obligaciones del empleador: i) Mantener la relación laboral con las condiciones económicas, salvo aquellas relacionadas a la asistencia al centro de trabajo; ii) comunicar al trabajador todas las condiciones de trabajo como lugar de prestación, tiempo de duración, medios y mecanismos para su desarrollo, condiciones de seguridad y salud en el trabajo, distribución, canales de comunicación; asignar funciones y mecanismos de supervisión y reporte de jornada laboral, capacitar y facilitar acceso a sistemas, plataformas u otros de comunicación, bajo reglas de confidencialidad y uso de datos personales.

2. El uso de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) y Seguridad y Salud del Trabajo

Existen numerosas definiciones en relación con las tecnologías de la información y la comunicación. Algunas de ellas: a) Se denomina tecnologías de la información y la comunicación al conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de información en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. Las TIC incluyen la electrónica como tecnología base que soporta el desarrollo de las telecomunicaciones, la informática y el audiovisual (Rosario, 2005); b) las TIC son las tecnologías que se necesitan para la gestión y transformación de la información, en particular las computadoras y los programas que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información (portal de la sociedad de la información de Telefónica de España) y c) las TIC se conciben como un universo con dos conjuntos, representados por las tradicionales tecnologías de la comunicación, principalmente radio, televisión y telefonía convencional, y por las tecnologías de la información, caracterizadas por la digitalización de las tecnologías de registro de contenidos (OIT, 2011).

El director de Innovación para el Desarrollo Mundial de las TIC del Banco Mundial, Chris Vein, manifestó que “Las TIC están influyendo en el empleo tanto por tratarse de una industria que crea puestos de trabajo como por ser una herramienta que permite a los trabajadores acceder a nuevas formas laborales, de una manera novedosa y más flexible (...)” (Banco Mundial, 2013). Para maximizar el impacto positivo de las TIC en el empleo, recomienda que los responsables de la formulación de políticas presten atención a cinco sistemas de apoyo, combinándolos

y adaptándolos de acuerdo al contexto de cada país: a) Sistemas de capital humano, b) sistemas de infraestructura, c) sistemas sociales, d) sistemas financieros y e) sistemas regulatorios.

En este contexto, Vargas, citado por Issa (2016, p. 40), contempla que son dos los principales ámbitos en los que las nuevas tecnologías han impactado en el trabajo humano. El primero tiene que ver con su incidencia en la configuración de las organizaciones y el segundo toca con los perfiles de competencia. En efecto, expresa Chiavenato:

En un mundo en cambio dinámico, con la globalización de la economía y con la profunda influencia de la tecnología de la información, los programas de remuneraciones no pueden quedar al margen. Ellos también se caracterizan por profundas transformaciones. Las organizaciones no pueden aumentar indefinidamente los salarios en determinados porcentajes cada año para acompañar los aumentos del costo de vida sino tener un aumento correspondiente de desempeño y productividad. Por tal motivo, muchas organizaciones optan por sistemas de remuneración orientados al desempeño y abandonan los métodos tradicionales de una remuneración fija. Los nuevos sistemas incluyen planes de remuneración flexible, que se basan en alcanzar las metas y objetivos establecidos de forma consensuada, y la remuneración por equipos. (p. 253)

Por otro lado, existe cierta limitación para el ejercicio de la fiscalización a cargo del empleador apoyado en las TIC, es decir fiscalización electrónica. La fiscalización electrónica dentro del contexto del teletrabajo puede deberse a dos motivos: i) El primero,

basado en un mecanismo de control y seguridad del flujo de la información al ser este un activo tan importante como otros activos de la empresa, teniendo un valor para la organización que requiere de una protección adecuada y ii) el segundo, como política de control del recurso humano, que busca garantizar el adecuado desarrollo de la prestación laboral y la reducción de las horas de ocio dentro del horario de trabajo.

«El empleador deberá cuidar la planificación de la seguridad y salud en el domicilio del trabajador, pues el trabajo remoto no lo exime de dicha obligación menos delimita qué tipo de responsabilidad puede acarrear en esta modalidad».

En cuanto a la salud integral de los trabajadores, advierte Bueno:

(...) Al temor del contagio, miedo de perder el trabajo, y la tensión para aplicar los protocolos de seguridad y salud, se suma, en el caso de las personas que trabajan en su domicilio, la falta de interacción social, la sensación de aislamiento, las largas jornadas laborales, el **desdibujamiento** de los límites entre el trabajo y la vida familiar, la doble carga de los padres que trabajan, la falta de información adecuada o el exceso de información, e incluso la violencia y el acoso.

Por su personalidad hay trabajadores obsesivos con su trabajo, llamados en inglés *workaholic* (Beltramino, Ingaramo, Yennerich,

y Gazzaniga, 2015), que se podría traducir como **trabajólico**, que hacen girar su vida alrededor del trabajo. El teletrabajo (como el trabajo remoto) perjudica a estas personas, porque al tener el trabajo en su domicilio, es más fácil que estén la mayor parte del día conectados para trabajar, dejando la vida familiar y personal de lado. Muchas veces la ansiedad está relacionada con trastornos de alimentación, se suele calmar la ansiedad con la ingesta, en estos casos tampoco es recomendable el teletrabajo, ya que, al estar en su casa, es más fácil visitar la heladería que si se está en la empresa.

En consecuencia, el empleador deberá cuidar la planificación de la seguridad y salud en el trabajo en el domicilio del trabajador, pues el trabajo remoto no los exime de dicha obligación menos delimita qué tipo de responsabilidad puede acarrear en esta modalidad. Aún existen vacíos necesarios a regular pues esta situación excepcional exige análisis adecuado; no obstante, el Seguro de Salud se mantiene activo y cubre toda contingencia por validarse al hogar como centro de trabajo.

Finalmente, los riesgos asociados con el trabajo remoto ante una inevitable extensión de la emergencia sanitaria nacional o en todo caso ante la necesidad empresarial para su sostenimiento por efecto del COVID-19, serán parte del análisis en materia de seguridad y salud de cada empleador y un gran reto, pues cada decisión está íntimamente relacionada con la implementación y ejecución del Plan para la Vigilancia, Control y Prevención del COVID-19 en el Trabajo, en adelante Plan COVID.

III. ALTERNATIVAS FRENTE A LAS MANIFESTACIONES DEL *IUS VARIANDI* DURANTE EL TRABAJO REMOTO EN TIEMPO DEL COVID-19

1. De las actividades del trabajador

Los cambios o modificaciones de las actividades de los puestos de trabajo serán analizados en función del Plan COVID-19 del empleador, debiendo informarse inmediatamente a la autoridad correspondiente, es decir al Censopas⁶. En efecto, el empleador tiene la facultad de modificar las actividades de los puestos de trabajo bajo una causa objetiva de necesidad empresarial y no por un simple capricho pues el contenido esencial del contrato de trabajo no puede distorsionarse; por lo contrario, debe pasar por un análisis previo de reorganización y estructuras de puestos de trabajo, que aterrice la necesidad de generar o reducir actividades que ayuden a los objetivos de la organización, sin afectar los derechos ni obligaciones de ambas partes en la relación laboral. Asimismo, precisa Vásquez (2011, p. 260), que la finalidad para la que se contrata a un trabajador no puede entenderse como la adscripción permanente a una determinada función, sino que se encuentra condicionada a los fines de la empresa y el *ius variandi*, el que se presenta como “una consecuencia de la facultad de dirección que habilita a disponer dicha capacidad según las exigencias de la producción”.

Respecto al traslado del trabajador por necesidad de servicio, a un lugar diferente en el que habitualmente efectuaba sus labores, se sugiere reorganizar la distribución de trabajo, gestionar las condiciones del servicio como habitación, alimentación, jornada de trabajo u otro, mantener la remuneración por

6 Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Medio Ambiente para la Salud-CENSOPAS, actual administrador y fiscalizador posterior del PLAN COVID-19.

desplazamiento, invocar acuerdos voluntarios; agotando los aspectos previos, puede el empleador disponer que el trabajador se desplace a brindar servicios cuidando su salud e integridad conforme a su Plan COVID. En este caso, por más cuestionamiento del trabajador, la medida adoptada por el empleador –cuidando los detalles de las nuevas condiciones laborales– no podría considerarse un acto hostil, por eliminar todo riesgo intencional del empleador en pleno ejercicio razonable del *ius variandi*.

“Respecto al traslado del trabajador por necesidad de servicio, a un lugar diferente en el que habitualmente efectuaba sus labores, se sugiere reorganizar la distribución de trabajo, gestionar las condiciones del servicio como habitación, alimentación, jornada de trabajo u otro (...).”

En este panorama, sería prudente para el trabajo remoto o teletrabajo que el empleador decida implementar comunicar sus nuevos objetivos empresariales, la reinención de las herramientas de gestión como la descripción de puestos o Manual de Organización y Funciones (MOF), apoyándose con resultados de encuestas virtuales a los trabajadores vía correo electrónico o cualquier medio análogo, con la finalidad de identificarlos e integrarlos en la organización. Compartir con los trabajadores los nuevos objetivos no limitará las facultades del empleador; por el contrario, permite encontrar distorsiones que puedan ayudar a mejorar la organización y delimitar responsabilidades en el Reglamento Interno de Trabajo.

2. De la remuneración

La remuneración es “sagrada”, como muchos podrían alegar; por el contrario, su regulación permite un abanico de formas tanto para negociar o modificarse unilateralmente por el empleador en determinados casos permitidos, sin causar perjuicio al trabajador. Según Chiavenato (2011), para las organizaciones, el salario representa un costo y al mismo tiempo una inversión. El costo por el producto o del servicio final y la inversión por que representa el dinero aplicado a un factor productivo (el trabajo) por rendimiento mayor a corto o mediano plazo. En efecto, al no estar la remuneración en razón de criterios objetivos, se observa una gran cantidad de trabajo no remunerado, frente a cambios exigidos por el empleador; estos cambios, que implican mayor cantidad de tiempo de trabajo, no son remunerados.

Otra situación no verificada en la mayoría de casos se presenta cuando se decide implementar una reorganización interna temporal de los puestos de trabajo, la misma que no implica una rebaja de la categoría, pues las modificaciones pueden válidamente aceptarse dentro de los puestos, cargos y funciones de la misma categoría. En efecto, realizar un cambio deliberado sin analizar previamente esta situación, podría configurar acto hostil, dependiendo de cada caso concreto. En este panorama, lo más aceptable es remunerar por trabajo efectivo realizado, siendo preciso valorizar el tiempo en función de producción y metas alcanzadas según parámetros de las bandas salariales existentes, considerando un sistema de compensaciones actualizado con las necesidades del mercado moderno: salario, prestaciones, incentivo, equidad interna, equidad externa, descripción de puestos, sistemas de valoración de puestos y motivación laboral.

En tanto, en tiempos de pandemia muchos intentaron efectuar rebajas remunerativas

por necesidad empresarial, situación que no es ilegal en la medida que sea de mutuo acuerdo, negociado y dentro de los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, en contexto de acuerdos donde prima la buena fe de las partes. Sin embargo, frente al trabajo remoto, el empleador puede limitar determinados conceptos otorgados en calidad de condición de trabajo, liberalidad u otro, como gastos de viáticos, transporte por asistencia al centro de trabajo, liberalidades, bienes de producción, alimentación como condición de trabajo sea en especie o valor, riesgo de caja, uniformes u otros. En caso de que existan convenios sindicales, sería prudente la suspensión de toda actividad de negociación, acumular los pliegos de reclamos a fin de conseguir objetivamente una negociación en mejores condiciones, situaciones válidas y aceptadas por nuestra normativa. Por último, si la falta de liquidez es considerable para el pago de remuneraciones, se sugiere alcanzar acuerdos de fraccionamiento temporal de remuneraciones en un periodo razonable, por ejemplo, de 6 meses o menos; o en su caso, reorganizar labores y jornada de trabajo equivalente con el valor hora proporcional.

3. De la jornada de trabajo

La implementación del trabajo remoto superó toda expectativa por ser la figura más acogida durante la pandemia, tanto para empleadores como trabajadores, lo que no significa que sea exitosa su ejecución en la relación laboral; pues esta nueva "normalidad" presenta ciertas complicaciones en la reacción del empleador.

La mayoría de empleadores no establecieron la distribución equitativa de la jornada de trabajo para esta modalidad, administrando su misma jornada laboral, entendiendo que el trabajador debe estar disponible durante las 8 horas de trabajo conforme suscribió su contrato laboral inicialmente. Esta decisión

inicial trae consecuencias negativas en la organización, pues el trabajo presencial se diferencia del no presencial en que se basa exclusivamente en la presencia física del trabajador dentro del centro de trabajo, donde las alteraciones dentro de la normal jornada de trabajo son ocasionadas por diversos factores generados por el empleador; no obstante, cuando el trabajador se encuentra en su domicilio, se acumulan con los factores existentes en el mismo, por lo que urge la necesidad de establecer más que jornada de trabajo, organizar horarios de gestión y producción, siendo evidente que las jornadas mixtas son formas de trabajo aceptables en la actualidad.

En este análisis, la facultad de dirección del empleador, en palabras de Nieves (2004, p. 32), es:

la capacidad del empleador de imponer su voluntad en la forma de cómo llevarse a cabo la actividad laboral, es denominada como poder de dirección, que involucra entre sus atribuciones, el fiscalizar al trabajador. Sin embargo, esta facultad debe ceñirse dentro de los límites del ordenamiento laboral, sin afectar los derechos fundamentales del trabajador.

No obstante, el control de la producción afecta los principales acuerdos en torno a las relaciones laborales: establecimiento de la remuneración (cobro por hora o por objetivos alcanzados), tipo de contratación (teletrabajadores en relación de dependencia o independientes), establecimiento de los plazos para la realización de tareas y el precio que ponen los teletrabajadores a sus trabajos (Lenguita y Miano, 2005, p. 13).

En este sentido, los horarios de gestión y producción son asignados previa organización del empleador a fin de establecer un plan de trabajo que incluya reuniones

de trabajo, videoconferencias, coordinaciones en llamadas grupales, WhatsApp, generación de correos electrónicos, informes en formatos digitales, elaboración de presentaciones digitales, entre otros, establecidos en horarios fraccionados definidos, cumpliendo con la jornada de trabajo que requiera el empleador. En efecto, los horarios de trabajo cambiarán por defecto del trabajo remoto a horarios fraccionados tanto para horas de gestión como horas de producción; es decir, con intervalos o pausas que permita un respiro del trabajador. Sin embargo, el empleador podría proponer que los horarios de producción sean considerados por el trabajador organizando sus tiempos (diurno o nocturno) a fin de cumplir con sus objetivos, evaluando los resultados obtenidos por el trabajador. En suma, las horas de producción podrán ser distribuidas por el trabajador acorde con los objetivos mensuales o trimestrales que determine el empleador, situación exigente en función de una aplicación legal del *ius variandi*.

«Los horarios de trabajo cambiarán por defecto del trabajo remoto a horarios fraccionados tanto para horas de gestión como horas de producción».

En esta misma línea Garzón, citado por Velásquez (2011), señala que: "No es comprensible, así de improvisado, admitir que a un trabajador que se desempeña en tareas de jornada diurna, pase a trabajar en horario nocturno. Pero ciertas exigencias o modalidades del empleador, pueden justificar el ejercicio del *ius variandi*". De forma tal que un cambio de jornada debe ser justificado y no causar

agravio al trabajador para poder concluir la legitimidad del ejercicio de la facultad.

Por otro, la extensión de horarios generados por consultas, recordatorios, presiones en llamadas u otra modalidad configura la llamada **teledisponibilidad** (Beltramino, Ingaramo, Yennerich, y Gazzaniga, 2015, p. 5) permitiendo al empleador comunicarse fuera de su horario de trabajo, para exigirle determinada actividad. En este caso hay un dilema, porque si bien el trabajador está fuera del horario de trabajo, cuando se lo requiere se transforma en horario laboral. Esto exige acuerdos claros entre empleador y empleado, de lo contrario el trabajador no dispondría de un auténtico tiempo libre para su ámbito familiar.

Finalmente, cabe indicar que surgen inconvenientes en esta nueva modalidad de fiscalización de la jornada de trabajo; por lo que se sugiere, por un lado, recurrir a los sistemas de control según actividad y políticas de seguridad; y por otro, dicha jornada efectiva de supervisión se materializa en la evaluación del desempeño mensual, trimestral y/o anual según objetivos propuestos. Siendo preciso indicar que dicha fiscalización, no podría en caso alguno violar el derecho a la intimidad del trabajador y privacidad en su domicilio.

4. De las herramientas de trabajo

El problema en el trabajo remoto es valorizar el uso de las herramientas tecnológicas o informáticas que disponga el trabajador en su domicilio; es decir, la provisión de herramientas del trabajo (computadoras personales, módems, routers, teléfonos fijos y móviles, etc.) y la asunción del costo de las mismas y de cualquier otro costo en que el trabajador incurra para la prestación del trabajo remoto (servicio de internet, electricidad, etc.), exige prudencialmente

valorarse por factores como desgaste. Por ello, se puede sugerir que en los acuerdos laborales por compensación del uso y/o desgaste, evite confundir el consumo regular y cierto desgaste por uso habitual de herramientas ya utilizadas por el trabajador antes del trabajo remoto.

«El costo por el traslado de las herramientas de trabajo indispensable para la realización de la prestación de servicios corresponde al empleador, su entrega bajo protocolos determinados por la autoridad sanitaria».

Un trabajador en remoto supone un gran ahorro para la empresa dado que trabaja en su propia casa, utilizando su ordenador y su conexión a Internet. En algunas empresas, se asigna a los trabajadores algún tipo de cuota para gastos en material de oficina del que pueden disponer libremente, previa justificación mediante facturas. De esta forma, el gasto en material de oficina corre a cuenta de la empresa que, por otra parte, continúa ahorrando en alquiler y servicios de mantenimiento. El trabajador debe financiar el coste que le supone adquirir el material informático y de oficina y su posterior mantenimiento (electricidad, internet de alta velocidad, etc.). Algunas empresas recurren a la fórmula ya señalada de encontrar alguna manera de justificación de los gastos del hogar atribuibles al trabajo de oficina y que estos corran a cargo de la empresa.

En suma, no se puede trasladar el costo de equipo de protección personal indispensable por la reorganización interna de los puestos de trabajo, debiendo ser responsable el

empleador en su otorgamiento, salvo compensación pactada entre las partes.

5. De la movilidad o transporte por nuevas actividades

El costo por el traslado de las herramientas de trabajo indispensable para la realización de la prestación de servicios corresponde al empleador, su entrega bajo protocolos determinados por la autoridad sanitaria. En este caso, el principio del deber de prevención contemplado en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, actúa como protector de la integridad y salud del trabajador; por lo que se encuentra obligado a minimizar el riesgo a exposición de sus colaboradores e inclusive de terceros; si existe acuerdo asumido por el trabajador, deberá constar por escrito la compensación.

Sin embargo, cuando se trata de una condición de trabajo denominada "movilidad" o "traslado" otorgada por el empleador puede modificarse en una entrega proporcional y razonable de acuerdo a la existencia de nuevas condiciones laborales; es decir, el incremento de actividades de prestación obliga a cubrir ese traslado para no afectar al trabajador y evitar denuncias de actos hostiles contra el empleador. Por lo contrario, si se elimina temporalmente la condición fáctica, se puede suspender hasta superar la temporalidad, bastando la comunicación al trabajador.

CONCLUSIONES

- Se define al *ius variandi* como la facultad relativa, funcional y unilateral del empresario en modificar o alterar las condiciones de trabajo no sustanciales dentro de la relación laboral, con la finalidad de satisfacer las necesidades empresariales transitorias producidas por cambios organizacionales o factores externos, permitiendo la

sostenibilidad y el cumplimiento de objetivos empresariales.

- El *ius variandi* en el trabajo remoto o teletrabajo posibilita organizar horarios de gestión y horarios de producción, jornadas mixtas, que permita un manejo adecuado de la fiscalización de la jornada laboral y evaluación del desempeño conforme a la producción con base en los objetivos propuestos del empleador y la necesidad de actualizar el IPERC de la empresa.
- Las limitaciones del *ius variandi* en la fiscalización electrónica en remoto y/o inmediata u otra adecuada, exige la distribución de la carga laboral y exclusión de actividades fuera de jornada que genere sobretiempos innecesarios; en otros casos, evitar labores adicionales no remuneradas, evitando cualquier acto que cause perjuicio al trabajador; inclusive cuando devienen por falta de prevención de riesgos en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- El principio de razonabilidad es la expresión de la limitación del *ius variandi* para evitar decisiones subjetivas por discrecionalidad absoluta y posibilita al empleador un adecuado manejo de la implementación del trabajo remoto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Banco Mundial. (2013). *Conectarse para trabajar: Cómo las TIC amplían las oportunidades de empleo en todo el mundo*. Recuperado de <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2013/09/10/how-icts-are-expanding-job-opportunities>
- Beltramino, N., Ingaramo, J., Yennerich, G. y Gazzaniga, L. (2015). *Efecto del uso de las TICs en el trabajo moderno*. Argentina: Universidad Nacional de Villa María.
- Blancas, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. (3era Ed.). Lima: Jurista Editores.

Bueno, C. (23 de junio de 2020). La OIT sugiere la categoría del trabajo remoto "excepcional y obligatorio". *El Cronista*. Recuperado desde: <https://www.cronista.com/informaciongral/La-OIT-sugiere-la-categoria-de-trabajo-remoto-excepcional-y-obligatorio-20200623-0037.html>

Cabanellas, G. (1992). *Tratado de Derecho Laboral-Parte General*. (3era Ed. Tomo I). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Chiavenato, I. (2011). *Administración de Recursos Humanos. El capital humano de las organizaciones*. (9º Ed.). México: McGraw Hill.

De La Flor López, M. (2017). *El Ius Variandi o Poder de Dirección tras la reforma laboral del 2012*. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Recuperado de: <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/36545/TFGRLLdelaFlor1617.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Issa, S. (2016). TIC para el desarrollo de las Competencias Laborales. *Revista Gestión de las Personas y Tecnología*. (25), 32-44.

Lenguita, P. y Miano, A. (2005). *Las relaciones laborales invisibles del teletrabajo a domicilio*. Acta Académica. Recuperado desde: <https://www.aacademica.org/amalia.miano/39.pdf>

Martínez, J. (1994). *Elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social*. (6ª Edic.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

Neves, J. (2004). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Organización Internacional de Trabajo (1998). *Trabajadores a domicilio en el Perú*. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra.

Organización Internacional de Trabajo. (2011). *Manual de buenas prácticas en Teletrabajo*. Argentina: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina. Recuperado desde: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/--ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_143.pdf

Pilotto, L. (2004). El principio de razonabilidad y la facultad disciplinaria del empleador. En. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima:

- Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Sanguinetti, W. (2013). *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas*. Lima: Grijley.
- Toyama, J. (2003). Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia. *Derecho & Sociedad* (21). 172-189. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17368>
- Toyama, J. (2009). El despido disciplinario en el Perú. *Ius et Veritas* 19(38), 120/154. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12196>
- Vargas, T. (2010). *La respuesta del ordenamiento peruano frente al teletrabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vásquez, A. (1986). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (3º Edic.). Argentina: Editorial Astrea.
- Velásquez, K. (2011). *Ejercicio del ius variandi: Aplicación, límites y efectos*. Universidad de Chile. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111615/de->