

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: "Ejercicio Abusivo del Ius Variandi"

Alumno: MONDINO, Alicia Noemí
OTTAVIANO, Hernán Osvaldo
KOMAROFKY, Guillermo Félix

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Social.

Encargado de curso Prof.: MAZA, Alberto José

Año que se realiza el trabajo: 2008.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo trataremos de poner de manifiesto la importancia que posee el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo y mostrar la evolución histórica que ha tenido en nuestro país el Instituto del Ius Variandi, al cual podríamos definirlo como la facultad que tiene el empleador o patrón de alterar unilateralmente condiciones esenciales del contrato de trabajo sin que estos cambios sean arbitrarios, ni afecten material o moralmente al trabajador. A la luz de las regulaciones a las que se ha visto sometido el Ius Variandi en el derecho positivo argentino, es posible distinguir tres etapas, delimitadas por variantes legislativas.-

En efecto puede reconocerse un período anterior a la sanción de la Ley de Contrato de trabajo N° 20744, signado por la elaboración jurisprudencial del contenido del Ius Variandi; *luego sólo transcurrieron escasos dos años desde la vigencia*

de dicha norma hasta la sustancial modificación que introdujera la ley 21.297 la cual rigió hasta la sanción de la ley 26.088 del año 2.006. Los mencionados estadios serán analizados in extenso en el capítulo II del presente trabajo.

Consideramos oportuno hacer una breve referencia del *Ius Variandi* en el Derecho Comparado, dado que puede presentar especial interés para la Argentina, sobre todo a partir del notable intercambio de factores, generado por el desarrollo y afianzamiento del MERCOSUR con las demás naciones que lo integran, como así también, la regulación del Instituto en la legislación Española, por el valor que siempre se le asigna en este medio la regulación de la materia en aquel país.

El *Ius Variandi* en Uruguay: En este país no existe texto legal expreso referido al Instituto analizado. No obstante ello, el contenido del mismo, a partir de las pautas elaboradas por la doctrina y jurisprudencia, coinciden notablemente con los lineamientos que la cuestión presenta en la normativa local.

En cuanto al efecto del ejercicio abusivo de la facultad modificatoria empresarial, la doctrina uruguaya sostiene que además de la posibilidad que tiene el trabajador de considerarse despedido, podrá optar por reclamar la nulidad del acto, la reposición al estado anterior y el pago de indemnización por daños y perjuicios.

El Ius Variandi en Paraguay: En Paraguay tampoco ha sido receptado legislativamente el *ius variandi*. Las reglas fijadas por otras fuentes - doctrina y jurisprudencia- conceden un espacio amplio a esta facultad unilateral del empresario, fijándose como única limitación la derivada del ejercicio abusivo.

El derecho del trabajador a repeler la decisión patronal sólo se reconoce cuando la misma afecta el honor o la seguridad del trabajador.

El Ius Variandi en Brasil: El art. 468 de LCT de Brasil requiere mutuo consentimiento para cualquier alteración del contrato de trabajo. Sólo 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 causar perjuicio.

La modificación, aún consensuada, debe respetar tanto los derechos provenientes del orden público laboral como los nacidos de la autonomía individual. Sólo en caso de fuerza mayor comprobada se permite la reducción general y proporcional de los salarios.

En cuanto a los efectos de la modificación ilícita, se establece su nulidad absoluta, pese a lo cual se dispone que si el empleado deja transcurrir dos años sin oponerse a la alteración incurre en lo que se llama "adhesión abdicativa", convalidando la alteración.-

Las modificaciones unilaterales del empleador en la legislación Española: Se habla de *modificaciones unilaterales* del empleador en España, y no de *Ius Variandi* como se expresa para los restantes modelos, ya que a partir del texto consagrado en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores en 1994 en

ese país, el empresario goza de una real facultad para introducir modificaciones *esenciales* en las condiciones de trabajo, en forma unilateral.

La normativa distingue el procedimiento a seguir por el empresario según la fuente del derecho que se modifica y en relación al carácter colectivo o individual de la modificación. En cualquier supuesto, la modificación debe estar motivada en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En Argentina la evolución de este Instituto, radica en observar sin perder de vista el contexto social y político que lo ha acompañado en sus diferentes etapas. Desde el origen el Ius Variandi (1974 gobierno justicialista) ha sido concebido para evitar los abusos del empleador en relación a la modificación de las condiciones de trabajo de su empleado. Pero este instituto limitativo de las potestades del empleador, no ha tenido siempre un igual trato doctrinario y jurisprudencial, máxime si se tiene en cuenta que ha pasado por un gobierno facto (1976) el cual apostó a las políticas liberales, y posteriormente

desde el año 1983 diferentes gobiernos democráticos en los cuales en uno de ellos, durante el período del presidente Carlos Saúl Menem, se caracterizó bajo el velo de la flexibilización laboral por dar origen a una pauperización de los derechos del trabajador en beneficio de los empresarios, etapa que reinó el uso indiscriminado y casi libre del Ius Variandi como excusa para renovar, reestructurar y modernizar puestos de trabajos (llevarlos al primer mundo y beneficiar a capitales foráneos), esta política laboral continuo en los gobiernos posteriores.

En los más de 30 años de vida de nuestra Ley de Contrato de Trabajo la misma se fue adaptando a la realidad del país, realidad fluctuante y que de a poco fue dando mayores derechos a la patronal, y que en actualidad parece ir de a poco girando la dirección inicial y retomando el sentido que tuvo en su génesis.

Por lo dicho precedentemente, es que resulta importante que la facultad de "control y dirección" que valida el ejercicio del Ius

Variandi, esté limitada por una normativa de fondo que a su vez le otorgue claramente al trabajador poder disponer de una acción sumarísima para que se le restablezcan sus condiciones de trabajo, hasta que surja cosa juzgada sobre el asunto de fondo. De esta manera la discrecionalidad del patrón se ve frenada por más que él invoque un interés colectivo de la empresa, si estos cambios afectaran los derechos tutelados por la L.T.C. o por el convenio colectivo que le corresponda al asalariado.

Actualmente, la nueva redacción del Art. 66 de la L.T.C. permite que el empleado por una vía expedita restablezca sus condiciones de trabajo. Esta nueva reforma (ley 26.088) que actualmente cumple dos años, intenta recuperar el orden perdido en cuanto a los derechos que el trabajador había logrado obtener durante la primera mitad del siglo 20.-

En esta exposición iremos poniendo de manifiesto la importancia que en el derecho laboral tuvo, tiene y tendrá el Instituto " Ius Variandi ".

CAPITULO I

"IUS VARIANDI"

Conceptos Generales:EL Ius Variandi, es un instituto regulado en el art. 66 de la L.C.T., término latino que hace alusión a la facultad que tiene el empleador "de introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo".

Supone la prerrogativa de alterar ciertos aspectos del contrato de trabajo dentro de determinados límites, sin que el trabajador pueda oponerse válidamente a tales modificaciones. El problema se presenta cuando se vulneran los límites previstos por la norma, ya que el empleador - con el propósito de mantener su empresa o simplemente obtener mayores beneficios - puede implementar cambios que violan los extremos legales.

Los límites al ejercicio de esta facultad, de conformidad con lo establecido en el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, son:

- La razonabilidad.
- La inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato.
- La indemnidad moral y material.

Por lo tanto si el ejercicio del ius variandi afecta alguno de estos requisitos, nos encontraríamos, frente a un uso abusivo, ilegítimo o arbitrario; en ese caso solamente podría ejercerlo el empleador, con el consentimiento del trabajador otorgado en forma libre y voluntaria, en tanto la alteración no viole el Orden Público Laboral (mínimos legales inderogables), ni que importe una abdicación gratuita de derechos emergentes del contrato de trabajo.

La doctrina mayoritaria, estima como modalidades esenciales en el contrato de trabajo:

- La jornada laboral.
- La categoría profesional.
- Lugar de trabajo.

Por su parte el Dr. Fernández Madrid, introduce el concepto de núcleo del contrato, e insiste en que no puede alterarse lo sustancial

como lo es el salario, el tiempo de trabajo, o la calificación contractual.

Según la postura del Dr. Vázquez Vialard, considera que de ningún modo se puede modificar sustancialmente lo concertado, de lo contrario, no se trataría de un derecho de variar los modos de prestación, sino de alterar el acuerdo mismo.

Como señalábamos anteriormente, el "Ius Variandi" debe ser ejercido con razonabilidad y dentro de los límites expresamente contemplados en el art. 66, L.C.T.- Por ende, la medida adoptada por el empleador, tiene que ser funcional, responder a una necesidad lógica de explotación de la empresa y estar vinculada a la producción de bienes y servicios: si, puede alterarse el contrato para efectuar una reorganización, para modernizar la producción o informatizar un área determinada. Debe existir una razón valedera: no se admite una actitud basada en el mero interés o simplemente caprichosa; lo que está prohibido es el uso arbitrario, aquel que no se basa en necesidades funcionales o en el interés colectivo de la empresa.

Debemos ser conscientes que la Ley de Contrato de Trabajo excluye el uso no funcional, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, el propósito hostil, es decir toda forma de abuso o cualquier otra actitud contraria a la buena fe y al deber de previsión del empleador.

Por ende, el empleador deberá probar la razonabilidad que justifique el cambio; acreditado dicho extremo; el trabajador por su parte, debe demostrar el perjuicio material o moral. Por lo tanto, si no se invocan y acreditan cuáles fueron las razones vinculadas con el fin común de la empresa que justificaron las modificaciones introducidas, corresponde concluir que existió un ejercicio abusivo del ius variandi. Es más, si falta la demostración de la razonabilidad (la justificación razonable de la medida) no es necesario acreditar la existencia de un perjuicio.

En lo que respecta al límite contractual, no puede alterarse la esencia o núcleo del contrato de trabajo, es decir, el contenido sustancial. Esta es una valla importante al ius variandi, ya que el empleador sólo puede introducir modificaciones

accidentales en la relación individual. La relación de trabajo se constituye y regula sobre la base de un negocio jurídico bilateral.

Entendemos que los cambios posibles, son los referidos al lugar de trabajo y modificaciones no fundamentales del horario y del tipo de actividad dentro de la misma categoría profesional. En cambio, están excluidos la remuneración -que es un elemento estructural e inalterable del contrato-, el tiempo de trabajo y la calificación profesional; el empleador sólo ocasionalmente podría modificar la extensión de la jornada y otorgar tareas no acordes a su categoría en forma transitoria y por circunstancias extraordinarias, y en tanto no perjudicara -ni moral, ni patrimonialmente- al trabajador.

En lo que se refiere a "la indemnidad", la modificación decidida no debe perjudicar al trabajador en ningún aspecto: no puede alterar ni su persona, ni sus bienes, es decir que no debe producirle daño moral, ni material. El *ius variandi* no es una facultad absoluta y discrecional, la

situación concreta de cada trabajador resulta un límite insoslayable en su ejercicio.

Para determinar si un cambio es justificado y razonable se debe analizar si es producto de las reales necesidades de la empresa y, en caso afirmativo, tener en cuenta las condiciones subjetivas del trabajador, toda vez que la modificación le puede resultar indiferente a un dependiente, mientras que a otro, le ocasiona un serio perjuicio (por razones familiares, de salud, por tener otro trabajo, etc.). Esta valoración la debe realizar el empleador para -en su caso- rever la medida respecto del trabajador que aduce una causa justificada.

El "daño material": consiste en un perjuicio económico, en un daño estrictamente patrimonial: reducción directa o indirecta de la remuneración por ejemplo, (las mayores erogaciones por el incremento de los gastos de transporte a causa del traslado del establecimiento).

El "daño moral": apunta a la alteración del sistema de vida del trabajador (disminución de su

tiempo libre) o a la desjerarquización dentro del organigrama de trabajo (asignación de un puesto de labor ficticio).

A los extremos analizados precedentemente, hay que agregar la disposición prevista en el art. 69, LCT, la cual excluye la utilización del ius variandi como sanción disciplinaria derivada de la conducta del trabajador.

Los requisitos de validez del ejercicio del ius variandi enumerados son acumulativos y no alternativos: deben necesariamente satisfacerse los tres: razonabilidad, inalterabilidad e indemnidad, para no caer en un ejercicio abusivo.

Partiendo de esta premisa, analizándola más profundamente se puede observar que el ejercicio del Ius Variandi esta sujeto a dos tipos de limitaciones, una de carácter general que torna justificado o no el cambio efectuado por el empleador, sobre la base de un criterio objetivo y otra de carácter personal o particular. Que en cada caso se requiere que se valore la modificación teniendo en cuenta la situación de cada trabajador.

Por lo tanto, sería legítimo el ejercicio del Ius Variandi, cuando la medida no provoca al trabajador una disminución en la retribución o en su jerarquía, no lo coloca en una situación humillante o injuriosa, no lo obliga a un gran esfuerzo para adaptarse a tareas distintas a las de su especialización, las nuevas tareas no le provoquen un peligro inminente o potencial para su salud psicofísica, o no le acarreen perjuicios que no fueran previstos al momento de formalizar el contrato de trabajo. Cabe recordar que la L.C.T.. En su art. 69 impone otra limitación al ejercicio de la facultad de modificar las modalidades del contrato, al prohibir expresamente que se apliquen sanciones disciplinarias que constituyen una modificación sustancial de las condiciones del trabajo.

Como cambios posibles no esenciales al contrato de trabajo, hacemos referencia a:

Modalidad de la prestación de Tareas: sin perjuicio de la facultad del empleador, de distribuir las tareas de su personal, la alteración

del contrato, debe respetar la calificación contractual (categoría del trabajador), de allí que no resulte admisible un cambio que produzca una rebaja en la categoría o la pérdida en la especialidad. No es posible asemejar la categoría laboral con la calificación profesional; la primera es una condición esencial y hace al objeto del contrato, por ende, resulta inmodificable en forma unilateral. La jurisprudencia ha decidido que la categoría es una estipulación esencial del contrato, en cuanto define la posición funcional del trabajador en la organización empresarial y el tipo de tarea que debe cumplir, por ello se encuentra fuera del ámbito de disposición del empleador, diseñado por el art. 66 de la L.C.T. Sólo consensualmente puede ser modificada. ("Bustos, Alfredo de VS. Bagley S.A." sala octava 29\05\03").

La calificación profesional es una cualidad subjetiva del trabajador que puede ser ajena al contrato. El empleador no puede modificar las condiciones de trabajo, pero si las modalidades de

prestación.

El fallo plenario 177 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ("Serra, Hector v. Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino", 25/04/1972) determinó que cuando al trabajador se lo rebaja unilateralmente de categoría, si optó por mantener el vínculo sólo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquella en la que efectivamente prestó servicios. Por lo tanto, podría considerarse despedido en caso de valorar la situación como injuriosa y no tiene derecho a reclamar la remuneración de la categoría que no desempeñó.

Se ha resuelto que carece de valor jurídico la aplicación analógica del plenario en tanto acuerda efectos jurídicos a la rebaja de categoría dispuesta por el empleador, porque se encuentra en pugna y por lo tanto derogado por el art. 66 de la L.C.T., -dictado con posteridad- que fulmina con la nulidad absoluta de la modificación unilateral de las condiciones de trabajo ("Inzaurraga, Alejandro v. Estado Nacional D.G.I. S\ nulidad de

resolución", Sala 6°, 27/04/2001).-

La Jornada: La distribución del tiempo de trabajo, (la duración) no puede modificarse de forma unilateral por el empleador, por mas que se aumente la remuneración. Con el consentimiento expreso del trabajador, se podría modificar la jornada de trabajo, pero siempre que se aumente la remuneración de manera proporcional u otorgarse otro beneficio. El horario de trabajo es una estipulación ajena a las previsiones del art.66 de la L.T.C., ya que el empleador esta autorizado en el ejercicio de sus facultades, a diagramar los horarios; y el trabajador al ingresar, debe conformarse a lo dispuesto. Lo que puede modificar unilateralmente el empleador es la distribución del tiempo de trabajo, es decir efectuar por razones funcionales un cambio en el horario de trabajo en tanto resulte insignificante. La modificación de la distribución del tiempo de trabajo, tiene como límite que no cause al dependiente un perjuicio moral o material.

En principio resultaría legítimo pasar de

horario continuo a discontinuo o viceversa, estos cambios podrán categorizarse como estructurales o accidentales, donde el empleador podrá ofrecer al trabajador alguna compensación económica a fin de sanear el perjuicio ocasionado y el trabajador tendrá la libertad de aceptar o no. Por otra parte si la patronal decide modificar el horario del trabajador, de horario diurno a nocturno, ese cambio debe ser considerado abusivo, porque es una modificación esencial al contrato de trabajo, excepto que al momento de celebrarse el contrato, se haya pactado expresamente esta variación.

El Lugar de la Prestación. Se trata de un elemento accidental del contrato, no esencial, por lo cual el empleador podrá trasladarlo a otro establecimiento de la empresa. Ej.: de las dependencias administrativas al establecimiento industrial.

Como toda modificación del contrato, aún tratándose de un elemento no esencial, su validez depende, de la existencia de una necesidad funcional de la empresa, (razonabilidad de la

medida, de la magnitud de cambio y que se respete el principio de indemnidad), ya que el trabajador no puede sufrir perjuicios económicos, ni morales y por ende el empleador debe compensar a los mayores gastos ocasionados por el traslado. Corresponde al empleador invocar y acreditar la razonabilidad del cambio de la prestación y al no hacerlo resulta indiferente que el actor no probase el perjuicio que le habría ocasionado el cambio, así lo ha resuelto (Sala 3° "Rodríguez, Rubén Armando v. Correo Argentino S.A.", 11\02\02).

En determinadas actividades laborales, el traslado del lugar de trabajo, hace a la propia tarea, en el cual los cambios del lugar de la prestación son contingencias previsibles y constituyen una de las cláusulas fundamentales al momento de contratar.

Remuneración: La remuneración es un elemento esencial del contrato de trabajo porque es la principal contraprestación del trabajador por el trabajo prestado o por poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador. El art. 131 LCT.

dispone que no pueda deducirse, retenerse o compensarse ninguna suma que rebaje la remuneración, quedando comprendidos en esta prohibición:

a) los descuentos, b) las retenciones o compensaciones, c) la entrega de mercaderías, d) la provisión de alimentos, vivienda o alojamiento e) el uso o empleo de herramientas f) cualquier otra prestación en dinero o en especie.

Tampoco pueden imponerse multas al trabajador, ni deducirse, compensarse o retenerse por esa vía el monto de su remuneración.

Se tiene que entender que la remuneración se incorpora al patrimonio del trabajador y es intangible, por lo tanto no se admite una rebaja del salario basada en: condiciones del mercado, cambios en la operatoria comercial. Asimismo tampoco se podría admitir disminución del salario por un cambio en la categoría laboral. Cuestión que se ha visto tratada en la jurisprudencia de nuestros tribunales. La Cámara de Apelaciones del Trabajo en pleno, en fecha 5-8-71, sentó en el

fallo plenario N° 161 recaído en autos " Bonet, Ángel y otros c/ Sadema S.A." la siguiente doctrina: "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 su remuneración con los rubros excluidos".

Actualmente se ha considerado en cuanto a la rebaja salarial dispuesta por el empleador en ejercicio del ius variandi: como el trabajador no participa de las pérdidas que pueda experimentar el empresario, por lo que la rebaja salarial dispuesta por el empleador con dicho sustento es reprochable porque excede el marco de disponibilidad que emerge del Art. 66 L.C.T. y más cuando las restantes modalidades del contrato de trabajo se mantuvieron inalterables (conf. CNAT, Sala II, sent. 94876, 18-8- 06, "Medin, SASMA c/ Trevisan, Azucena s/consignación"). Para que sea admisible una rebaja salarial del trabajador, la reducción debe contemplar también una contraprestación a cargo de la empresa que justifique la merma. Si

ello no ocurre y paralelo a la rebaja salarial no se verifica una merma en las cargas horarias o en las obligaciones a cargo del trabajador, la medida es nula y el pago reducido de haberes percibidos por el actor durante un prolongado lapso, constituye un pago a cuenta del total adeudado en los términos del art 260 L.C.T. aunque el dependiente lo percibiera sin reservas(conf. CNAT, Sala IX, sent. 13917, 12-2-07 " Vera, Andrés c/ Correo Argentino S.A. s/ diferencias de salarios").

La reducción del salario dispuesta de manera unilateral por el empleador, no se puede tener por aceptada tácitamente, por otro lado tratar de negociar la rebaja del salario ya sea por motivos de crisis económica o de otra índole, no parece una solución correcta a este problema ya que la evidente inferioridad de condiciones en que se encuentra el trabajador hacen que sea una llana imposición por más que obre un consentimiento expreso o tácito de parte del dependiente. El salario al tener carácter alimentario, hace inaplicable lo dispuesto por el Art. 954 del Cód.

Civil, sumado el principio de orden público previsto por el art. 12 L.C.T., el cual impide aceptar la validez de cualquier renuncia a derechos laborales.

Tampoco se puede pretender que si el dependiente mantiene la actividad laboral de igual forma que lo hacía antes de la merma salarial, se este dando un consentimiento tácito, ya que el art. 58 de la L.C.T. así lo prescribe.

En el Fallo de la C.N.A.T. Sala III, 11/04/06 en autos "Carino, Alejandro c/ Argencard S.A. s/ despido", se dispuso: Ya sea que la rebaja salarial resulte de un acuerdo de partes o de la voluntad unilateral del empleador, resulta injustificada e inválida cuando se demuestra que el trabajador siguió realizando las mismas tareas y cumpliendo el mismo horario, porque dicha modificación altera la equivalencia de las prestaciones, siendo irrelevante que con posterioridad, el accionante no hubiera cuestionado esas remuneraciones, ya que el paso del tiempo y el silencio del trabajador no pueden valorarse como renuncia a derechos

conferidos por la ley en el marco del contrato celebrado por las partes y, en virtud de lo dispuesto por el art. 260 de la LCT se encuentra facultado para reclamar las diferencias salariales a las que se considera con derecho (arts. 58,259, 1 ,12 y conc. de la L.T.C.).

El Consentimiento: para modificar aspectos esenciales, es decir, exceder el ius variandi y producir una novacion objetiva se requiere el consentimiento del trabajador. De todos modos, reiteramos, para que la modificación resulte valida aun existiendo aceptación del trabajador, el acuerdo no debe violar el orden publico laboral, partiendo de la base del principio de irrenunciabilidad de los derechos (art. 12 L.C.T.) y no deberá afectar normas imperativas. Ante el ejercicio abusivo del ius variandi, por parte del empleador, el silencio del trabajador no se puede considerar un consentimiento tácito o de acuerdo novatorio, ya que el dependiente puede actuar de esa manera por temor a quedar desempleado. En efecto el art. 58 de la L.C.T. dispone que el silencio del trabajador jamas puede tomarse como

renuncia a los derechos acordados por la ley y la no impugnación de las modificaciones impetradas por el empleador por parte del dependiente jamás pueden tomarse como renuncia alguna.

En cuanto al plazo que tiene el trabajador para presentar las acciones correspondientes, cuando sus derechos fueron vulnerados; el art. 256 de L.C.T. dispone *“que prescriben a los dos años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos, laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones legales o reglamentarias del Derecho de Trabajo.*

Esta norma tiene carácter de orden público y el plazo no puede ser modificado por convenciones colectivas.”-

Como se advierte este plazo de dos años indicado en la ley es común a todas las acciones emergentes de derechos laborales.

CAPITULO II

REFORMA DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO,

LEY 26.088.

Análisis: El 29 de marzo de 2006, la Cámara de Diputados de La Nación, convirtió en ley un proyecto del Senador Jujeño Gerardo Morales.

La Ley 26.088, fue publicada en el Boletín Oficial, el día 24/04/2006, y dispone la sustitución del texto del art. 66 de la LCT por el siguiente: "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 o 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 substanciará por el procedimiento sumarísimo no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.

Podemos advertir que la sustitución del texto, sólo afecta al segundo párrafo de la norma e importa el retorno a la redacción original del artículo que, al sancionarse la ley 20.744 llevaba el Art. 71. El primer párrafo se mantiene igual que en su redacción anterior.

Recordemos que la redacción originaria que establecía el artículo 71 de la ley 20744 (BO 27/9/1974) tuvo vigencia efímera porque fue modificado por la ley 21.297 (BO 29/4/1976), que cambió la redacción del segundo párrafo por el siguiente: “cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin causa”.

Por lo tanto, y hasta la reciente reforma se

entendió, que ante el ejercicio abusivo del *ius variandi*, la única conducta autorizada por la ley respecto del trabajador era disolver el contrato por culpa del empleador, aunque obviamente ello sólo era una facultad, ya que el dependiente podía optar por tolerar la medida y reclamar eventualmente los perjuicios patrimoniales que le ocasionara la misma o, eventualmente acogerse a la figura de la "*exceptio non adimpleti contractus*", que en algunos supuestos fue aceptada por la jurisprudencia (lo veremos posteriormente en el Capítulo III.

Lo que persigue el nuevo artículo 66, es restablecer esa posibilidad del trabajador, de recurrir a la justicia para anular la imposición de una modificación de las condiciones de labor indebida, conservando el puesto de trabajo.

Esta posición registra importantes antecedentes jurisprudenciales anteriores a la sanción de la ley 20.744, como por ejemplo el fallo de la Suprema Corte de Mendoza en la causa Cerutti Pedro c/ Alias Guillén Antonio, que se remonta a junio de 1946 donde se resolvió:..." Los trabajadores tienen

derecho a resistir toda modificación esencial abusiva a las condiciones de labor que tenga carácter definitivo o implique agravio moral o material a sus intereses...”

La reforma expresamente establece que la acción por el restablecimiento de las condiciones alteradas tramitará por el procedimiento sumarísimo.

La finalidad del proceso será la determinación de si el cambio dispuesto por el empleador, cumple o no con los recaudos previstos por el primer párrafo del artículo 66 de la LCT, para lo cual debe tenerse en cuenta la vasta jurisprudencia que se ha pronunciado sobre tal punto, ya que este aspecto de la norma no fue objeto de reforma.

Si el cambio viola los principios de la norma, la acción de restablecimiento será procedente y se deberá condenar al empleador a mantener las condiciones originales de contratación, en caso contrario la acción deberá desestimarse.

Como podemos observar, actualmente el trabajador tiene dos opciones: “Considerarse despedido” o “cuestionar la modificación” por vía del

procedimiento sumarísimo ante la Justicia competente (mientras que en el texto anterior solo existía la posibilidad del despido indirecto). En tanto la sentencia firme que recaiga, determinará "si asiste razón al trabajador"- en cuyo caso se mantendrán sin cambios las condiciones originales- o "si asiste razón al empleador", se formalizan las modificaciones dispuestas. Dichos cambios serán los que se determinaron por vía de la decisión empresaria, haya o no medida de no innovar, y en tal caso el trabajador deberá acatarla sin más trámite.

CAPITULO III

ACCIONES DEL TRABAJADOR ANTE EL EJERCICIO
ABUSIVO DEL IUS VARIANDI, (ANTES Y DESPUÉS
DE LA REFORMA)

El trabajador cuenta con diferentes mecanismos legales para la protección de sus derechos si estos han sido lesionados, ya que están garantizados no solo por la Constitución Nacional (art.14bis), sino además por la propia ley laboral, por lo tanto el cumplimiento de todos los requisitos del art. 66,L.C.T., por parte del empleador, resulta esencial para que el ejercicio del Ius Variandi sea legítimo y válido. Caso contrario, incurre en un uso abusivo del Instituto.

Antes de la reforma la ley solo habilitaba al trabajador a considerarse despedido por exclusiva culpa del empleador (art. 242, L.C.T.), o - desde la actual reforma introducida por la ley 26.088- a iniciar la acción de restablecimiento de las condiciones alteradas.

En virtud del principio de buena fe, este es un

principio y un deber de conducta recíproca de las partes que si bien no es específico del derecho laboral, adquiere relevancia, ya que el contrato no solo contiene prestaciones de carácter patrimonial, sino también deberes de conducta. Así lo establece el art.63 de la LCT. "las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo". Por ende, implica el deber de actuar con fidelidad y adoptar conductas adecuadas en el cumplimiento de sus obligaciones, aplicándose durante toda la relación laboral, por ello no resulta correcto que el trabajador se coloque en situación de despido inmediatamente, sino que previamente debe intimar fehacientemente al empleador explicando cual es el motivo por el que considera abusivo el cambio decidido, a fin de brindarle la oportunidad de rever la medida adoptada. Si estuviese justificada funcionalmente y afectara aspectos no esenciales del contrato, debe describir en que consiste el perjuicio patrimonial o moral, es decir, comunicar

que su negativa a la modificación se sustenta en razones personales objetivas y no en un mero capricho.

Ahora el trabajador además de considerarse despedido, puede iniciar la acción de restablecimiento. El trabajador a la hora de practicar la intimación deberá especificar si lo hace bajo apercibimiento de extinguir el vínculo laboral o de iniciar la acción referida.

Debemos tener en cuenta que la situación es distinta en uno y otro caso , ya que si intima bajo apercibimiento de considerarse despedido, nada le impide como paso previo recurrir a la justicia para obtener el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

En cambio, si emplaza al empleador bajo apercibimiento de esta última opción, no parece razonable que pueda directamente considerarse despedido sin previamente practicar una nueva intimación.

Es conveniente puntualizar que ésta, es una opción que tiene el trabajador, por lo que nada le impedirá practicar la intimación, bajo

apercibimiento de considerarse despedido si la modificación del empleador importa un ejercicio abusivo del ius variandi. Es más, en algunos casos, el trabajador sólo podrá aceptar la medida dispuesta por el empleador o considerarse despedido, ya que la acción de restablecimiento resultara materialmente imposible y, por ende, en la práctica no podrá ser ejercida la acción prevista en el (art.66 de la L.C.T.). Por ejemplo, será imposible restablecer las condiciones de trabajo cuando la modificación consista en el cambio de establecimiento o si se produce el cierre definitivo de la sección donde trabaja o del turno en que cumple servicios, o si como consecuencia de un cambio tecnológico la máquina donde prestaba tareas es suplantada por una más moderna.

Ahora bien, si la intimación fuera practicada por el trabajador bajo apercibimiento de considerarse despedido, el empleador tendrá dos opciones: dejar sin efecto la modificación, continuando en tal caso la relación laboral en las condiciones originales, o bien, mantener su decisión, lo que justifica que el trabajador se

considere indirectamente despedido, aun cuando no se haya efectivizado el cambio, porque la injuria se configura con su ilegítima decisión.

El art. 66 in fine, LCT, en su parte pertinente prescribe que "Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin causa...". La intención del legislador fue otorgar expresamente al trabajador una acción específica y autónoma para que se considere gravemente injuriado y extinga el contrato; ya que si el trabajador se niega a aceptar la modificación y ésta ha sido ejercitada en forma legítima (respetando los límites del art. 66, LCT), ameritaría su despido directo con justa causa por negativa a la prestación de tarea.

Acción Cautelar o de Reposición. La reforma de la Ley 26.088

Antecedentes: Antes de la reforma de la ley 21.297, el art. 71 de la ley 20.744 en su redacción original expresamente concedía al trabajador la

posibilidad de "accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas". Esta acción se substanció por el procedimiento sumarísimo y mientras no recayera sentencia definitiva no se podía innovar en las condiciones y modalidades del trabajo, salvo que abarcara a todo el establecimiento o sección. La doctrina mayoritaria se había mostrado favorable a esta posibilidad que la ley otorgaba al trabajador, según el criterio de Vázquez Vialard, Ruprechts.

Luego de la sanción de la ley 21.297 que eliminó esa posibilidad, y a pesar de no tener andamiaje legislativo, un sector de la doctrina (Capón Filas, Sappia, Scotti, Livellara) sostuvo la posibilidad de ejercer dicha acción de reposición, lo que era negado por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria. Uno de los argumentos esgrimidos era que "quien puede lo más, puede lo menos", esto es, que si el trabajador podía considerarse despedido - máxima sanción- con más razón podría, para conservar su fuente de trabajo, solicitar que judicialmente y en forma previa, se juzgara la medida dispuesta por el empleador que considera

arbitraria.

El Dr. Miguel Ángel Sardegna, fue uno de los más tenaces defensores de la doble opción para el trabajador perjudicado por una medida irrazonable, o por la alteración de condiciones esenciales del contrato de trabajo, o por modificaciones que produzcan un perjuicio material o moral. En estos supuestos, entendía que el trabajador podía optar por:

a) considerarse despedido sin causa, o

b) accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas.

En este último caso la acción deberá sustanciarse por el procedimiento sumarísimo y hasta tanto no recayera sentencia definitiva, no se podía innovar en las condiciones y modalidades del trabajo, salvo que éstas fueran generales para todo el establecimiento o sección. Este autor señalaba, que si bien esta segunda vía que había sido suprimida por la reforma de la ley 21.297, con esta modificación no podía considerarse improcedente esta acción en todos los casos y en cualquier

circunstancia ya que: si el trabajador puede lo más, es decir, exigir las indemnizaciones legales por un despido indirecto, no le estará vedado lo menos, tal como intentar un pronunciamiento judicial tendiente a remediar una situación que considera injusta o lesiva.

Si en el primigenio artículo 71 la medida era justa y adecuada a los principios rectores del Derecho del Trabajo, la doctrina mayoritaria (Vázquez Vialard, Martínez Vivot, Fernández Madrid, De la Fuente) hasta la reforma introducida al art. 66 de la L.C.T por la ley 26.088 la consideró improcedente. Ello así, por cuanto se entendía que de haberse admitido -sin expresa consagración normativa- su aplicación podría extenderse a los demás casos de incumplimiento de los deberes del empleador, lo que chocaba con la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, CN) y el régimen de "estabilidad impropia" que impide obligar al empleador a mantener las condiciones de trabajo luego de haber adoptado su decisión.

Asimismo, con esa normativa los jueces carecían de facultades para disponer una medida de no

innovar, valorar previamente si el empleador ejerció abusivamente su potestad, alterar el ejercicio de la facultad de organización y dirección del empleador o decidir la reposición de las cosas al estado anterior. Justamente, la reforma del antiguo art. 71 de la ley 20.744 fortaleció la facultad del empleador de alterar las condiciones no esenciales del contrato.

Por ende, el trabajador no podía ejercer esta acción de "no innovar" o cautelar y exigir el restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas antes de un pronunciamiento judicial definitivo. Sin embargo, ello no obstaba a que ambas partes (trabajador y empleador), motivadas por el interés en mantener el vínculo laboral, iniciaran una acción con el único propósito de obtener una declaración Judicial tendiente a establecer si el cambio pretendido es legítimo o abusivo.

Reiteramos entonces que a partir de la ley 26.088 que modificó el art. 66, LCT y restituyó el antiguo art. 71 de la ley 20.744, con lo cual ahora el trabajador podrá: considerarse despedido o

iniciar una acción restablecimiento de las condiciones anteriores; esta última tramitará por la vía sumarísima prevista por el art. 498 del C.P.C.C.N. y art. 462 C.P.CyC.L.P.. Pero mientras esta acción sea substanciada, el empleador no podrá alterar las condiciones y modalidades del contrato hasta que recaiga sentencia definitiva. Sólo se encuentra eximido de esta exigencia cuando las modificaciones sean generales para todo el establecimiento o sección.

Haciendo una reflexión sobre el nuevo texto (del art. 66 de la L.C.T.):

En primer lugar, cabe destacar que de la exposición de motivos surge que entre las razones que llevaron al legislador a restablecer la redacción del artículo, se encuentran que "El art. 71 LCT (actual 66) permitía al trabajador accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. Ello aseguraba al trabajador una relación de mayor equilibrio frente al empleador para hacer valer sus condiciones de trabajo mediante el procedimiento sumarísimo. Otorgaba al trabajador al

mismo tiempo, la tranquilidad necesaria en dicha situación, ello en virtud de la previsión legal de ausencia de innovación de las condiciones laborales, hasta tanto se expida la justicia. El juez podía alcanzar la convicción de que el uso de la propiedad modificadora del empleador carece de causa, y disponer por tanto la restitución de las condiciones laborales previas; así como también que este cambio en la legislación actual se encuentra acorde con los principios que prevé nuestro ordenamiento constitucional, en especial con aquel que establece el imperio de la preservación o conservación de la relación laboral y la irrenunciabilidad de los derechos (arts. 14 bis CN, arts. 9 2º párrafo, 10, 12 y concordantes de la LCT), a la que se suma la exceptio non adimpleti contractus, consistente en este caso en la retención de tareas hasta que se cumplan las obligaciones a cargo del empleador (art. 1201, C. Civil)".

En segundo lugar, se debe destacar, como lo señalamos anteriormente, que no siempre el trabajador va a poder ejercer esta opción, sino

sólo cuando sea materialmente viable, ya que de lo contrario, se deberá rechazar la demanda, no ya porque la medida dispuesta es legítima, sino porque el restablecimiento de las condiciones anteriores resulte imposible (por traslado del establecimiento, cierre de sección, nueva tecnología, etc.).

El trabajador deberá iniciar la acción sumarísima, que tramitará de conformidad con lo dispuesto por el art. 498 del C.P.C.C.N. y concordantes de los códigos provinciales (art.462 CPCCLP), para que el juez resuelva si en el caso concreto, la medida dispuesta por el empleador fue legítima o no. El juez dictará sentencia haciendo lugar o rechazando la demanda.

Si hace lugar a la demanda porque considera que se ha efectuado un ejercicio abusivo del ius variandi, emplazará al empleador a restablecer las condiciones de trabajo anteriores, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias (astrientes) en caso de incumplimiento, toda vez que se trata de una obligación de hacer.

Otras de las posibilidades es que el proceso podría terminar por conciliación, cuando las partes arriben a un acuerdo que importe una justa composición de sus derechos e intereses. Por ejemplo, el trabajador podría aceptar el cambio de horario impuesto y el empleador podría ofrecerle un aumento de salario.

Tampoco podría descartarse que al contestar demanda el empleador se allane a la pretensión del accionante y acepte restablecer las condiciones de trabajo.

Finalmente, el proceso podría resultar abstracto si mientras se está substanciado se extingue el vínculo laboral por despido sin causa dispuesto por el empleador. Se advierte que nada le impide a éste extinguir el vínculo laboral en cualquier momento, y esta decisión no le implica tener que abonar indemnización agravada alguna, por lo que es factible que frente a la acción entablada por el trabajador recurra a este mecanismo para no tener que mantener las tareas anteriores, así como también, como mecanismo ejemplificador por si otros trabajadores pretenden seguir los mismos pasos que

el accionante.

La actual redacción del art. 66, LCT (conf. ley 26.088) prevé que mientras se substancie el juicio sumarísimo no se podrá innovar en las condiciones y modalidades de trabajo hasta que recaiga sentencia definitiva, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección. La imperatividad con la que fue redactada la norma podría llegar a interpretarse como una directiva dirigida al juez, quien podría hasta disponerla de oficio. Sin embargo, entendemos que en todos los casos, la medida de no innovar deberá dictarse a petición de parte, ya que es factible que exista buena relación entre el trabajador y el empleador, y la acción haya sido entablada al solo efecto de determinar la legitimidad de la modificación .

Se discute, asimismo, si el artículo dispone una medida de no innovar automática, o si se deben comprobar las condiciones y requisitos establecidos por los arts. 195, 230 y concordantes del C.P.C.C.N. (cfr. art. 155 de la Ley 18.345).

No parece que la procedencia de la medida de no

innovar deba supeditarse a los extremos genéricos previstos en el ordenamiento procesal. Es obvio, que el actor deberá acreditar la verosimilitud del derecho, es decir, deberá denunciar y demostrar sumariamente el cambio en las condiciones de trabajo, así como también que el mismo no fue general para el establecimiento o sección.

Fallo posterior a la reforma (2006). El Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N 14 en autos " Añon, Daniel Marcelo c / Radio Continental S. A. s/Juicio Sumarísimo, 08/05/06. En este fallo se sostiene la idea de que deben comprobarse las condiciones y requisitos establecidos por los arts. 195, 230 y concordantes del C.P.C.C.N. (cfr. art. 155 de la Ley 18.345) , contrariamente a la interpretación de que el artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, dispone una medida de no innovar automática.

Acción de Daños y Perjuicios: El trabajador cuenta también con la posibilidad de interponer esta acción de daños y perjuicios, que es aceptada

por parte de la doctrina y la jurisprudencia y consiste en la posibilidad de que el trabajador discuta la legitimidad del cambio considerado abusivo, acatando con expresa reserva (para evitar un consentimiento tácito) la medida adoptada por el empleador, para luego interponer una demanda solicitando al juez que declare su ilegitimidad y reponga la situación anterior, bajo apercibimiento de considerarse despedido y de percibir la indemnización tarifada por despido sin justa causa y los daños y perjuicios (patrimonial y extrapatrimonial -moral-), en caso de ser acreditada la lesión (ya que el daño no se presume). La viabilidad de esta acción no sólo depende de la acreditación de los extremos necesarios sino, primordialmente, de que el juez competente entienda compatible su ejercicio con la legislación laboral vigente.

Creemos conveniente hacer referencia que existen dos clases de daños, por lo que las medidas dispuestas por el empleador no deben causar un daño moral o material al trabajador.

El daño material puede configurarse en muchos supuestos, siendo los

más comunes la rebaja salarial, los mayores gastos que deba afrontar un trabajador, la pérdida de algún beneficio, etc....).

En tanto que el daño moral se expresa, por ejemplo, cuando el empleador adopta una medida, que aparenta ser razonable, pero sólo la aplica a algún individuo en particular, que de esta manera se siente discriminado. Asimismo, se produce un daño moral cuando el trabajador es rebajado de categoría, aunque se le respete el salario, esto último diferencia claramente que se mantiene indemne su patrimonio ya que percibirá el mismo salario, pero se lo esta perjudicando en la faz moral del individuo. Tal es el caso que se le asigne al trabajador otra función, que no esta de acuerdo con la calificación profesional que se tuvo en mira al momento de establecerse la relación contractual .

En cuanto al perjuicio moral el mismo apunta a la alteración del sistema de vida del trabajador o a la desjerarquización dentro del organigrama de trabajo. En ambos casos, es deber del trabajador acreditar el daño por cualquier medio de prueba.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que "Corresponde dejar sin efecto la sentencia que no ponderó las aptitudes que el demandante, en su calidad de profesional y alto

directivo, tenía para comprender los alcances de la decisión patronal y su posibilidad de resistirla, como también la gravitación que en la valoración de su actitud, tuvo el extenso lapso transcurrido, durante el cual cumplió las nuevas tareas sin formular cuestionamiento alguno... La decisión que consideró que si bien por regla la indemnización por despido es abarcativa de todos los daños derivados de la ruptura contractual, en el caso no comprendía los padecimientos morales sufrido por el reclamante, incurrió en un notorio error, ya que la pretensión no se dirigió a cuestionar la validez del despido en si, sino a reclamar el daño moral que se entendió originado por actos anteriores de la empresa y que no guardan estricta vinculación con la decisión rescisoria" (C.S.J.N. Z 275 XXXII, "ZORZIN, VICTOR C\ YPF SA".-)

En la causa "Álvarez Valdez c/ SADAIC", el trabajador siguió prestando tareas pero persiguió judicialmente la restitución a sus anteriores funciones y solicitó una indemnización por razones de equidad en virtud de lo dispuesto en los arts. 522, 1071, 1072 bis y 1078 del Código Civil. En

primera instancia arribó a un acuerdo conciliatorio -homologado judicialmente- por el cual se lo restituyó a sus antiguas funciones, pero quedó pendiente de resolución el pago de la reparación por daño.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (19/3/87, TySS 1987-791) revocó la sentencia de Cámara que había desestimado el reclamo y estableció que la conciliación a que arribaron las partes acerca del cambio de tareas cuestionado no significa que, necesariamente, deba descartarse toda consideración sobre las eventuales consecuencias de la conducta ilegítima asumida por la empleadora ...". De allí que, excepcionalmente y con los alcances citados, el trabajador -manteniendo el contrato y cumpliendo con la modificación unilateralmente decidida por el empleador- podría deducir una acción persiguiendo la declaración de invalidez de la modificación y el resarcimiento de todos los daños materiales y morales que le pudiera haber ocasionado el cambio, además de optar por considerarse despedido si el empleador se negara a restablecer las condiciones

de trabajo ilegalmente alteradas. Por lo tanto, aunque acepte la modificación puede reclamar los daños y perjuicios que le ocasiona la medida en los términos de los arts. 519 a 522 del C. Civil. Entendemos que salvo los casos de excepción, el trabajador al que le modificaron las condiciones de trabajo y no se opuso expresamente a la medida, no podrá eventualmente reclamar los perjuicios y diferencias salariales que dicho cambio pudiera originar. Ello es así por cuanto no se podría por vía indirecta (reclamo luego de transcurrido cierto tiempo), lo que no se puede peticionar por vía directa (acción de reinstalación de las condiciones anteriores). Pero es obvio que si el silencio del trabajador no puede generar una renuncia de derechos, es inválido un acuerdo que importe una renuncia de los derechos del trabajador (aún por encima de las normas de orden público cuando no es a título oneroso), no puede aceptarse que la falta de oposición expresa del trabajador a la medida impetrada por el empleador importe un consentimiento tácito, ya que tal cambio es inválido por importar una renuncia de derechos.

Concretamente, frente a un ejercicio abusivo del Ius Variandi, el trabajador podría válidamente pedir en cualquier momento la nulidad de la medida al solo efecto de ejercer la opción de considerarse despedido, pero no para solicitar la restitución de las condiciones anteriores ni la reparación de los daños económicos provocados por la decisión nula, ya que no cabría admitir que por vía indirecta pueda lograr lo que no le es factible reclamar en forma directa.

Exceptio Non Adimpletis Contractus:

Recordemos que la excepción de incumplimiento contractual consiste en abstenerse de prestar tareas hasta que se restituya el contrato en las condiciones pactadas, en el entendimiento de que el empleador incumple el art. 78 de la LCT.

Parte de la doctrina considera aplicable a las relaciones de trabajo esta figura (Fernández Gianotti) cuyo origen se remonta al derecho romano y que en nuestro derecho tiene andamiaje en los arts. 510 y 1201 del C. Civil; en cambio, ilustres especialistas niegan su procedencia en nuestra

disciplina (Deveali y Cabanellas).

En el derecho del trabajo podría resultar operativa esta "suspensión indirecta individual" cuando se verifican tres condiciones:1) que la magnitud del incumplimiento del empleador hubiese justificado el despido indirecto,2) que no exista culpa del trabajador y 3) que éste haya manifestado su oposición -intimación previa para que cese la medida- de buena fe y sin incurrir en abuso de derecho.

Sin perjuicio de mayoritarios pronunciamientos adversos a su aplicación, en algunas oportunidades jurisprudencialmente ha sido receptada, al considerar que no sólo el art. 11 de la L.C.T. autoriza a acudir a los arts. 510 y 1201 del C. Civil, sino que esta solución está abonada por el principio de conservación del contrato (art. 10, L.C.T.), el de buena fe (art. 63, L.C.T.) y una lógica que lleva al trabajador a ejercer un derecho en tanto se discute una modificación que en forma razonable considera, insta para no correr el riesgo de que su conducta pueda ser considerada

como una tácita voluntad de aceptar el cambio..."(CNAT, Sala IV, 28-6-85, "Vázquez c/ Aeropel SA", L.T. 33-877).

También se ha resuelto que "ante el ejercicio abusivo del *ius variandi* el trabajador tiene derecho a darse por despedido o negarse a cumplir la variación exigida, sin que pueda acusársele de incumplimiento de sus obligaciones laborales..." (CNAT, Sala VI, 14-11-84, "Morinico c/ Edit. Atlántida S.A.".L.T.33-123).

Según la postura del Dr. Fernández Madrid, este autor considera, que ante el ejercicio abusivo del *ius variandi* el trabajador tendría derecho a resistir la modificación invocando la llamada "*exceptio non adimpleti contractus*", consagrada en el art. 1201 del Código Civil.- Si bien la solución, aislándola de la problemática anteriormente analizada -referida a la posibilidad de accionar por el mantenimiento de las condiciones de trabajo ilegítimamente alteradas-, se presenta acorde a Derecho, en razón de que el ejercicio ilegítimo del *Ius Variandi* constituye un incumplimiento contractual, por lo

cual la parte afectada podría eximirse en los deberes a su cargo, la vía presenta algún reparo. Ello en razón de que la excepción de incumplimiento no puede ser vista como un fin en sí misma, sino como un medio otorgado por el ordenamiento para que aquél 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 en ello una razón de equidad - y, por otra parte, conmine de tal modo al cumplimiento de las obligaciones retraídas. Consecuencia de ello, es que admitir la excepción de incumplimiento ante el ejercicio abusivo del *Ius Variandi* debe significar, necesariamente, aceptar que el trabajador cuenta con una acción para demandar por el restablecimiento de las condiciones anteriores. Sólo con tal finalidad se presenta viable la utilización del remedio provisto por el art.1201 del Código Civil.-

En tanto, la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires, en el fallo "Quiroga ,Jose Ramón c/ Consigna S.R.L., sobre cobro de haberes, cobro

de liquidación final " el voto del Dr. Roncoroni remarca la idea de que el trabajador pueda resistirse a la medida adoptada por el empleador, reteniendo su prestación hasta que el empleador cumpla u ofrezca cumplir sus obligaciones, cuando señala: *"...Sin perjuicio de ello y en relación a las efectivas posibilidades que asisten al trabajador frente a la configuración de un posible ejercicio abusivo del ius variandi por parte del empleador (cuando existe arbitrariedad, irrazonabilidad o propósito hostil), debo disentir con la anterior doctrina de esta Corte que se propicia dejar de lado, por entender que, en realidad, tal conducta no puede poner límites al accionar de la parte que se presume protegida en la relación sinalagmática, de modo tal de colocarla en situación de tener que decidir aceptar el mal que considere menor (ya sea rescindir el contrato o someterse al cambio de categoría laboral y la rebaja salarial).*

Por imperio del principio de preservación de la relación laboral, al trabajador le asiste el derecho de reclamar en sede judicial o de la autoridad administrativa laboral el restablecimiento de las condiciones pactadas o, por aplicación de la exceptio non adimpletis contractus, retener su prestación hasta que el empleador cumpla u ofrezca cumplir las que están a su cargo .-

Fallo en La Provincia de La Pampa por Ejercicio Abusivo del Ius Variandi: La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de General Pico, provincia de la Pampa, en los autos caratulados "MILANO, Oscar Hugo c/ CAYRE Y DE LEON S.A. S/ DESPIDO" Expte. N° 1.176/98, ha dicho en voto del Dr. José S.L. Marrero que: "En su sentencia el aquo consideró que la demandada había abusado de su derecho del "ius variandi" cuando decidió que el actor debía en adelante realizar sus tareas en el depósito, desplánzándolo de su función en la sección carnicería. De ello apeló la demandada....

Para determinar si el empleador ejerció en forma razonable su poder de dirección seguiré el lineamiento condicionante que propone Vazquez Vialard en su obra "Tratado del Derecho del Trabajo", t° 5, p. 441, al que recurrió el aquo...

b) ausencia de perjuicio material o moral: El perjuicio moral es lo que tiñe de arbitraria la decisión de la demandada. Si se tiene en cuenta que la profesión u oficio de Milano era, desde

antigua data, la de carnicero; que lo determinante para el inicio de su relación de trabajo fue, precisamente, el de contar con esa especialización; que su tarea para la accionada exorbitaba la realización específica de desposte y venta de carne al público, poco costará admitir su relegamiento a un "depósito", sin causa alguna, implicaba desconocerle la especialidad que fuera el nervio motor de su contratación y derivarlo a la realización de tareas que no guardaban relación con su trabajo habitual, como lo eran las de cargar, descargar y acomodar mercadería.

Esa sola circunstancia hace que el perjuicio moral resulta evidente por el menoscabo que implicaba una orden, cualquiera fuera el motivo que le dio origen, que pretendía someter a su dependiente a la realización de tareas extrañas respecto de las que venía desarrollando desde su ingreso al establecimiento. Ello me lleva a admitir que la negativa de Milano a aceptar el traslado nunca pudo ser considerada como causa del distracto, ya que la arbitraria decisión de la empleadora, mediante el uso abusivo de su poder de

dirección, fue la que generó la oposición...".-

El Dr. Hugo C. Rodríguez dijo: "...3) La discusión se ha centrado acerca de ejercicio abusivo del "ius variandi", que el aquo consideró abusivo. Se pretende en el recurso que este último (actor) no sufriría perjuicios con el cambio de tareas, lo que no puede compartirse. Si a una persona de 56 años, que siempre se desempeñó en una determinada actividad (carnicero), como lo declararon en forma concordante los testigos, se lo destina a cumplir otra respecto de la cual no tiene conocimientos ni antecedentes laborales, no cabe dudas que se le causa un perjuicio moral. El trabajo no solamente sirve a los hombres para ganarse el sustento, sino también para sentirse elementos útiles de la sociedad, de modo que no es lo mismo realizar un tarea para la que el empleado se siente capacitado, por haberla realizado desde mucho tiempo atrás, que cumplir otra que le es desconocida; esto es tanto más apreciable cuando se trata de alguien de la edad de MILANO, cuando es más difícil aprender oficios o habilidades nuevas. ""Es evidente el perjuicio provocado por el cambio

de tareas del trabajador, que en razón de no ser afines con las que venía desarrollando lo colocaron en situación de aprendiz, lo que importa una indiscutible e injusta retrogradación, aunque se hubiera prometido teóricamente mantener nominalmente la misma categoría profesional” (CNTrab., Sala VII, “Ley de Contrato de Trabajo-La Ley”, p. 145, n° 46). Para darse cuenta del perjuicio moral que implicaba el cambio de tareas, el demandante no necesitaba atravesar un período de adaptación que podía interpretarse como aceptación de lo dispuesto. No se demostró, entonces, que “razones objetivas” determinaran la necesidad de cambiar el lugar de trabajo del demandante... Todo ello es revelador que el *ius variandi* fue ejercido en forma abusiva, más para sancionar o mortificar al empleado que para organizar mejor la actividad empresaria...”

Por todo ello se resolvió rechazar el Recurso de Apelación interpuesto.-

CONCLUSIÓN

Desde nuestra modesta experiencia adquirida mediante la realización de este trabajo de investigación y de estudio.

Hemos advertido que a través de los diferentes mecanismos técnicos y jurídicos que se han implementando en las últimas décadas, no solo para lograr establecer seguridad laboral para el propio trabajador, para poder mantener la estabilidad en el empleo, ya que es mas que manifiesta la necesidad no solo de conservar su fuente laboral en condiciones dignas y dentro del marco legal que le garanticen los derechos y al mismo tiempo estos mecanismos legales deben ser concordantes con las facultades de dirección y organización del empleador; para cumplir con los objetivos de su propia empresa.

Como el mercado laboral no constituye una realidad estática, sino por el contrario dinámica, acorde a las necesidades y cambios que imponen la tecnología, y la economía dentro del contexto global, estoscambios se imparten sobre la marcha .

De allí la importancia de este Instituto del"

Ius Variandi". Su aplicación debe ser conforme a los límites impuestos por la propia normativa y a los principios de la Justicia Social, a los principios generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe, establecidos expresamente en el art.11 de la L.C.T., cuya finalidad primordial es la irrenunciabilidad de sus derechos (art.12 L.T.C.); este principio deriva del carácter de Orden Público del Derecho Laboral, que ha sido impuesto por una necesidad de eficacia. Si este derecho no tuviera este amparo podría ser fácilmente vulnerado por la negociación, la coacción o la necesidad; a la vez este principio es vital para la aplicación de la legislación laboral. Es esencial en atención a los fines que persigue; ya que la mayor parte de las normas de trabajo entrañan una limitación a libertad empresarial y suponen una carga económica, por ello no es extraño el intento por eludirlas. Por otra parte, pueden existir renunciaciones del trabajador a disposiciones patronales que aunque tengan en mira un interés mediato, puedan resultarle un perjuicio en lo inmediato, ya que en materia laboral, la renuncia

de derechos es inadmisibile. Si bien la libertad contractual es propia del derecho civil, el que le asigna categoría fundamental a través del art. 1197 del Código Civil; en el Derecho del Trabajo, en cambio, la autonomía contractual se limita con los mínimos establecidos que no pueden ser violados.

Además de lo señalado precedentemente, es fundamental que los rigores procesales deben ser también aplicados con ecuanimidad, por parte de la Justicia en cada caso en particular.

Desde nuestra óptica consideramos que esta es la búsqueda necesaria planteada por el legislador y el propio espíritu de la Ley Laboral para que se cumpla con la finalidad perseguida por este instituto, sobre todo a partir de su actual reforma.

“Alcanzar estos objetivos es la meta de todos los actores involucrados, para afianzar el bien común”._____

Alicia Noemí Mondino, D.N.I. N°

Hernan Osvaldo Ottaviano, D.N.I. N°

Guillermo Felix Komarofky, D.N.I. N°

BIBLIOGRAFIA

- Grisolia, Julio Armando. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad social", 11ª edición, tomo I, cap. XIII (pags. 601/640).

- "LEXIS NEXIS". Novedades/ Opiniones y Comentarios. Ref. del art. 66 L.C.T. por Mariano H. Mark..

- Sardegna, Miguel Ángel. "Ley de Contrato de Trabajo y sus Reformas. Comentada. Anotada. Concordada". 9ª edición. Universidad, Buenos Aires, 2005. pags. 190-198. (Fallos).

- Vázquez Vialard, Antonio. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ". Tomo I. 7ª edición actualizada y ampliada. pags.353-358.

.Grisolia, Julio Armando."ejercicio abusivo del Ius Variandi: despido indirecto y otras acciones".

Revista del derecho laboral, Extinción del contrato de trabajo II, pags.355-377. Rubinzal Culzoni, 2000-2.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....pág.01

El us Variandi en Uruguay.....	pág.02
El Ius Variandi en Paraguay.....	pág.03
El Ius Variandi en Brasil.....	pág.03
Las modificaciones unilaterales del empleador en la legislación Española.....	pág.04
 CAPITULO I.....	 pág.08
Como cambios posibles no esenciales al contrato de trabajo,hacemos referencia a:.....	pág.15
Modalidad de la prestación de tareas:..	pág.15
La Jornada.....	pág.17
El Lugar de la Prestación.....	pág.19
Remuneración:.....	pág.20
Consentimiento.....	pág.25
 CAPITULO II.....	 pág.27
 REFORMA A LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO .LEY 26088.....	 pág.27

CAPITULO III

ACCIONES DEL TRABAJADOR ANTE EL EJERCICIO ABUSIVO DEL
IUS VARIANDI.....pág.32

Acción Cautelar o de Reposición. La reforma de la ley
26.088.....pág.36

Antecedentes.....pág.36

Fallo posterior a la reforma (año 2006).....pág.46

Acción de Daños y Perjuicios.....pág.46

Exceptio Non Adimpletis Contractus.....pág.52

Fallo en la Provincia de La Pampa por Ejercicio Abusivo
del IusVariandi.....pág.57

CONCLUSIÓN.....pág.61

BIBLIOGRAFIA.....pág.65

INDICE.....pág.67