

**EL *IUS VARIANDI* EN EL CONTRATO
INDIVIDUAL DE TRABAJO
EN GUATEMALA**

Christian Gilberto González Chacón

EL *IUS VARIANDI* EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN GUATEMALA

Christian Gilberto González Chacón



Universidad
Rafael Landívar

Tradicón Jesuita en Guatemala



Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar
IIJURL

Guatemala, 2014

URL

344.01

G643

González Chacón, Christian Gilberto

El ius variandi en el contrato individual de trabajo en Guatemala / Christian Gilberto González Chacón. Guatemala : Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas, IIJ/URL, 2014.

xviii, 156 p. : il. Cuadros. (Cuaderno de estudio ; 131)
ISBN: 978-9929-584-46-4

Incluye referencias bibliográficas, legales, nacionales, extranjeras, electrónicas y anexos.

1. Derecho laboral – Guatemala 2. Contratos – Guatemala
3. Contrato individual de trabajo – Guatemala 4. Trabajo
y trabajadores 5. Patrono 6. Relaciones laborales 7. Re-
glamento de trabajo 8. Rescisión y nulidad de contratos
9. Categoría laboral 10. Salario 11. Código de Trabajo –
Guatemala

I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Rafael
Landívar.

Universidad Rafael Landívar
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cuaderno de estudio 131, 2014

El ius variandi en el contrato individual de trabajo en Guatemala
Christian Gilberto González Chacón

D.R. © Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio “O”,
2do. Nivel, Oficina O-214
Apartado Postal 39-C, Ciudad de Guatemala,
Guatemala, 01016
Teléfono: (502) 2426-2626 Extensión: 2551
Fax: (502) 2426-2595
Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

Equipo editorial:

Editor: Luis Andrés Lepe Sosa
Asistente: Claudia Aracely Morales Paniagua

Impreso en Serviprensa, S.A.
3ª Ave. 14-62, zona 1
PBX: 2245-8888
www.serviprensa.com
Ciudad de Guatemala, Guatemala

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

Rector

Dr. Eduardo Valdés Barría, *S. J.*

Vicerrectora Académica

Dra. Lucrecia Méndez González de Penedo

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, *S. J.*

Vicerrector de Integración Universitaria

P. Julio Enrique Moreira Chavarría, *S. J.*

Vicerrector Administrativo

Lcdo. Ariel Rivera Irías

Secretaría General

Lcda. Fabiola Padilla Beltranena de Lorenzana

CONSEJO EDITORIAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Rector

Dr. Eduardo Valdés Barría, *S. J.*

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, *S. J.*

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Dr. Rolando Escobar Menaldo

Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Mgtr. Pablo Hurtado García

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Larry Andrade-Abularach

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

Director

Dr. Larry Andrade-Abularach

Jefa académica e investigadora principal

Mgtr. Patricia Jiménez Crespo

Jefe administrativo

Lcdo. Manuel Enrique Tecum Ajanel

Investigador

Dr. Jorge Mario García Laguardia

Investigador

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Gestor académico del Doctorado en Derecho

Lcdo. Briguer Barnavá Cruz Orellana

Asistente de investigación

Claudia Aracely Morales Paniagua

Asistente administrativa

Rosa Mariela Ortíz Ralón

Recepcionista

Dara Andrea García Batres

ÍNDICE

Presentación	XVII
Introducción	1
Capítulo I	
El contrato individual de trabajo en Guatemala	7
I. Concepto.....	7
II. Definición legal.....	9
III. Características	10
IV. Dirigismo jurídico en el contrato individual de trabajo	12
V. Elementos naturales del contrato individual de trabajo.....	15
A. Capacidad	15
B. Consentimiento	15
C. Objeto	16
VI. Elementos personales del contrato individual de trabajo.....	17
A. Trabajador	17
B. Patrono	17
C. Intermediario.....	18
VII. Elementos esenciales del contrato individual de trabajo	18
A. Prestación personal del servicio.....	18
B. Salario	18
C. Relación de dependencia: subordinación	19
VIII. El poder de dirección del empresario	20
A. Concepto	20
B. Fundamento	20
C. Fuente	21
D. Manifestaciones.....	23
1. Facultad de dictar reglamentos, órdenes o normas generales de taller o fábrica	24

- 2. Potestad de dar órdenes particulares y concretas a cada trabajador o grupo de trabajadores24
- 3. *Ius variandi*25

Capítulo II

El *ius variandi* en el contrato individual de trabajo27

- I. Concepto de *ius variandi*27
- II. Características o elementos constitutivos.....30
- III. Diferencia con la novación.....31
- IV. Funciones y fundamentos del *ius variandi*.....32
 - A. Funciones32
 - B. Fundamentos.....33
- V. Clases o modalidades.....35
 - A. *Ius variandi* normal y excepcional.....35
 - B. *Ius variandi* provisional y definitivo37
 - C. *Ius variandi* externo e interno38
 - D. *Ius variandi* organizativo y disciplinario39
 - E. Variaciones radicales y menores.....39
- VI. Requisitos específicos para la aplicación legítima del *ius variandi*40
 - A. Razonabilidad y proporcionalidad40
 - B. No alteración del núcleo del contrato.....43
 - C. Respeto del principio de indemnidad (*Aliud esse laborem injungere, aliud injuriam facere*)46
 - D. Prohibición del *ius variandi* como medida disciplinaria47
- VII. Criterios de apreciación en casos de duda sobre la posibilidad de aplicación legítima del *ius variandi*50
- VIII. Clasificación de las modalidades del *ius variandi* según la materia sobre la que recae51
 - A. El salario51
 - 1. Rebaja en las remuneraciones52

2.	Variación decreciente a un aumento salarial provisional	54
3.	Eliminación de alguna ventaja económica	55
4.	Rebaja en las remuneraciones (<i>pecunia numerata</i>) compensada con alimentos y artículos análogos....	55
B.	La categoría laboral.....	56
1.	Rebaja de categoría	57
2.	Reasignación a categoría similar	59
3.	Ascensos	60
C.	La función del trabajador	61
D.	Cambio de jornada y cambio de horario.....	63
1.	Cambio de jornada diurna a jornada nocturna	65
2.	Cambio de jornada nocturna a jornada diurna	65
3.	Cambio de jornada mixta a diurna o nocturna	66
4.	Aumento de horario	67
5.	Reducción del horario.....	67
E.	El lugar de trabajo	68
IX.	Acciones legales del trabajador frente al ejercicio abusivo e ilegítimo del <i>ius variandi: ius resistentiae</i>	72
A.	Despido indirecto.....	73
B.	<i>Exceptio non adimpleti contractus</i> y <i>exceptio non rite adimpleti contractus</i>	75
C.	Nulidad	79
D.	Acción por daños y perjuicios.....	81
E.	Amparo	83
X.	Efectos del <i>ius variandi</i> lícito e ilícito	85
A.	Efectos del <i>ius variandi</i> lícito.....	85
B.	Efectos del <i>ius variandi</i> ilícito.....	86

Capítulo III

El *ius variandi* en la legislación y la jurisprudencia

guatemalteca..... 87

I.	El <i>ius variandi</i> en la legislación guatemalteca.....	87
A.	Fundamento legal de la empresa	87
B.	Fundamento legal del poder de dirección	88

C.	Fundamento legal para la alteración de las modalidades de las condiciones de trabajo: novación y <i>ius variandi</i>	89
1.	La novación	89
2.	<i>Ius variandi</i>	90
D.	Clasificaciones del <i>ius variandi</i> contenidas en el Código de Trabajo: normal-excepcional, temporal-permanente, organizativo-disciplinario, variaciones radicales y menores	92
1.	Normal-excepcional, temporal-permanente	92
2.	Organizativo-disciplinario	93
3.	Variaciones radicales y menores	94
E.	Regulación de las modalidades de <i>ius variandi</i> en el Código de Trabajo: categoría, salario, función, movilidad geográfica, horario-jornada	94
1.	Categoría y salario	94
2.	Función del trabajador	96
3.	Movilidad geográfica	97
4.	Horario-jornada.....	98
F.	<i>Ius resistentiae</i> desde el Código de Trabajo y otras leyes: despido indirecto, <i>exceptio non adimpleti contractus</i> , nulidad, daños y perjuicios, amparo.....	98
1.	Despido indirecto	98
2.	<i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	100
3.	Nulidad	101
4.	Daños y perjuicios	102
5.	Amparo.....	103
II.	El <i>ius variandi</i> en la jurisprudencia guatemalteca	103
A.	Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad relacionada con el <i>ius variandi</i>	104
1.	Corte de Constitucionalidad, expediente número 513-93, en apelación de sentencia de amparo.....	104
2.	Corte de Constitucionalidad, expediente número 173-96, en amparo en única instancia....	105

3.	Corte de Constitucionalidad, expediente número 200-97, amparo en única instancia	106
4.	Corte de Constitucionalidad, expediente número 49-2001, en apelación de sentencia de amparo.....	108
B.	Jurisprudencia de los Juzgados de Trabajo y Previsión Social relacionada con el <i>ius variandi</i>	109
1.	Juzgado Segundo de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, Expediente número 873-97, en juicio ordinario	109
2.	Juzgado Cuarto de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, Expediente número 2545-2005, en juicio ordinario	112
3.	Juzgado Sexto de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, Expediente número 5070-2006, en juicio ordinario	114
4.	Juzgado Segundo de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, Expediente número 2331-2007, en juicio ordinario	116

Capítulo IV

Presentación, análisis y discusión de resultados..... 121

I.	Resultados de la investigación e interpretación de los mismos	121
II.	Confrontación de resultados con doctrina y antecedentes del tema.....	124
A.	Diferencias legislativo-doctrinarias entre el Código de Trabajo y doctrina expuesta	124
1.	Modificación sustancial o permanente de las condiciones de trabajo y modificación de las condiciones esenciales del contrato de trabajo.....	124
2.	Alcance de las modificaciones en las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo	125

3.	Requisitos de legitimidad del <i>ius variandi</i>	126
4.	Participación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.....	126
5.	Polisemia en el término injuria	128
B.	Análisis del cumplimiento de los objetivos trazados y respuesta de la pregunta de investigación	129
1.	Análisis del cumplimiento del objetivo general de la investigación	129
2.	Análisis del cumplimiento de los objetivos específicos de la investigación.....	130
3.	Contestación de la pregunta de investigación	132
	Conclusiones	133
	Recomendaciones	137
	Listado de referencias	143
	Bibliográficas	143
	Legales	146
	Nacionales	146
	Extranjeras	146
	Electrónicas	147
	Otras	148
	Anexos	151
	Anexo I. Cuadro de casos adjudicados en la Sección de Visitaduría de la Ciudad Capital, Inspección General de Trabajo, año 2008, Cambio de condiciones de trabajo.....	151
	Anexo II. Cuadro de casos adjudicados en la Sección de Visitaduría de la Ciudad Capital, Inspección General de Trabajo, año 2008, Convenio entre trabajadores y empresa.....	152
	Anexo III. Cuadro de casos adjudicados en la Sección de Visitaduría de la Ciudad Capital, Inspección General de Trabajo, año 2009, Cambio de condiciones de trabajo.....	153

Anexo IV. Cuadro de casos adjudicados en la Sección de Visitaduría de la Ciudad Capital, Inspección General de Trabajo, año 2009, Convenio entre trabajadores y empresa.....	154
Anexo V. Opinión consultiva de la Inspección General de Trabajo, de fecha 20 de febrero de 2008	155

PRESENTACIÓN

El *ius variandi* es “la potestad del patrono de modificar unilateralmente y de modo no sustancial las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo no prohibidas por la ley, facultad que puede ejercitar de modo razonable y proporcional siempre que su realización no ocasione daño o perjuicio al trabajador y esté motivado por necesidades económico-sociales de la empresa”.

Así lo define el magíster Christian Gilberto González Chacón,* autor de la investigación titulada *El ius variandi en el contrato individual de trabajo en Guatemala*, que tenemos el honor de presentar.

En dicha investigación, el autor lleva a cabo un profundo análisis teórico-doctrinario, normativo y jurisprudencial para determinar los términos de aplicación y las limitaciones de esta figura jurídica, así como los mecanismos que el trabajador tiene a su alcance para defenderse ante el uso abusivo de esta potestad patronal.

Esta investigación constituyó el trabajo de tesis del magíster González Chacón para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, y los títulos de abogado y notario por esta casa de estudios superiores, bajo la asesoría del doctor Miguel F. Canessa Montejo y la revisión del magíster Fernando Esteban Calvillo Calderón (2010). Asimismo, sirvió como el fundamento para la elaboración de la lección que lleva el mismo nombre, incluida en la segunda edición del *Manual de derecho del trabajo*, publicada por este instituto¹.

* **Christian Gilberto González Chacón** es abogado y notario (*magna cum laude*) Universidad Rafael Landívar, Guatemala; magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*magna cum laude*) Universidad de Notre Dame, Estados Unidos de América. Actualmente se desempeña como consultor en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, DC. En el pasado fue visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica, y pasante legal del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.

1 Ver: Canessa Montejo, Miguel F. (dir.), *Manual de derecho del trabajo*, 2ª ed., Guatemala, 2011, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, t. I, pp. 275-304.

Se agradece al magíster González Chacón por permitirnos llevar a cabo la publicación de su investigación, y se le felicita por el éxito académico y profesional alcanzado a la fecha. Esperamos sinceramente que siga poniendo en alto el nombre de Guatemala, como lo ha hecho hasta ahora.

Dr. Larry Andrade-Abularach

Director

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinador

Doctorado en Derecho

Universidad Rafael Landívar y

*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
en Guatemala*

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Investigador

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Guatemala de la Asunción, octubre del 2014.

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más grandes que afronta la relación laboral individual –allende del acto simulatorio, por el que se pretende revestir carácter civil a la relación laboral– es la modificación sustancial y no sustancial de las condiciones del contrato individual de trabajo,¹ cuestión que ha sido motivo de enconados conflictos entre patronos y trabajadores; y que a veces, adoptando posturas antitéticas entre sí, ha asumido uno para sí la facultad de modificar las condiciones (cualesquiera que sean) previamente pactadas con el trabajador de forma antojadiza, y el segundo, con una inflexibilidad férrea, ha entendido que cualquier modificación a las condiciones de trabajo implica un despido indirecto que por ende lo hace merecedor de indemnización, y que en cualquier caso el patrono se está conduciendo de modo rayano en lo ilegal (conflicto de intereses inherente a la organización capitalista del trabajo). Estos motivos hacen necesario el estudio de la figura del *ius variandi* en el ámbito jurídico guatemalteco.

Los términos “*ius*” y “*variandi*”, etimológicamente devienen de una voz latina, que *ad litteram* significa “derecho de variar o facultad de modificar”, y se refiere por antonomasia a la potestad que posee el patrono para alterar de modo no sustancial las condiciones

1 El profesor de la UNAM, Dr. Alfredo Sánchez Castañeda, en un artículo realizado en honor al maestro Santiago Barajas Montes de Oca, expresa: “Las nuevas relaciones de trabajo se caracterizan por la inestabilidad en el empleo y la precarización del mismo; por las altas tasas de desempleo abierto y generalización del trabajo no asalariado; por la desindexación automática de los salarios en función de la evolución del costo de vida y en relación con la productividad y calidad del mismo, e incluso de la turbulencia de los mercados (flexibilidad salarial); por la emergencia de un denominado sector no estructurado que escapa a cualquier reglamentación; por la existencia de un trabajo temporal que parece más regla que excepción; por una aparente desregulación de las relaciones de trabajo; por la posibilidad del empleador de modificar el volumen de su personal (flexibilidad numérica o externa); por las actitudes y calificaciones polivalentes o múltiples de los trabajadores (flexibilidad interna); por la posibilidad de organización interna del personal por la empresa (flexibilidad funcional); por la posibilidad de modificar el tiempo de trabajo a fin de adaptarlo a las condiciones de producción o a las necesidades de cierto tipo de trabajadores, tales como las mujeres (flexibilidad de tiempo de trabajo)”. Consultado en: Sánchez Castañeda, Alfredo, “La nueva era del derecho del trabajo. La era de la flexibilidad laboral”, en: Varios autores, *Estudios en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/188/22.pdf>.

del contrato individual de trabajo convenidas con el trabajador, fundamentado en el poder de dirección del empresario. Esto le permite al patrono realizar ciertas alteraciones en el régimen de prestación de servicios, siempre que no atenten contra la esencia del contrato individual de trabajo. En este sentido, el Código de Trabajo de Guatemala arroja la primera luz sobre el tema en el tercer párrafo del artículo 20, que expresa:

Las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa.

Esta potestad patronal amerita, por su indiscutible actualidad, un estudio de alcances y limitaciones; iniciando por la definición certera de los elementos esenciales y no esenciales en un contrato individual de trabajo, o bien, de las modificaciones de las condiciones de trabajo que se conciben como sustanciales y de las que no, partiendo de la delimitación de cuáles son las condiciones de trabajo.

El aporte de la investigación consiste en determinar el modo de aplicación del *ius variandi* en Guatemala y vendrá a llenar el vacío doctrinal existente, pues es un tema nunca antes abordado por la doctrina jurídica nacional. En términos de lo meta-jurídico, la investigación se erigirá en una herramienta que permita al patrono y al trabajador la defensa de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; coadyuvará a minimizar las injusticias en las estructuras productivas en cualquiera de los sujetos dentro de la relación de trabajo, ya sea por modificación abusiva de las condiciones de trabajo por parte del patrono² o inflexibilidad

2 Aun tienen eco las palabras de León XIII, dirigidas a los patronos en la encíclica *Rerum Novarum*: “Recuerden los ricos y patronos, que no deben tener a los obreros por esclavos [...] que deben en ellos respetar la dignidad de la persona [...] y que oprimir en provecho propio a los indigentes y menesterosos, y explotar la pobreza ajena para mayores lucros, es contra todo derecho divino y humano”. Consultado en: León XIII, *Rerum Novarum*, Ciudad del Vaticano, 1891, párrafo 15, http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html.

infundada del trabajador que ineficientiza a la empresa. El conocimiento que esta investigación proveerá, permitirá a los sujetos de la relación de trabajo adoptar una nueva perspectiva en el desempeño de sus labores, no egoísta ni miope, sino lo más objetiva posible, y ajustada a derecho, interpretando la norma laboral de manera correcta y no veleidosa.

El objetivo general de esta investigación es determinar la posibilidad y los términos de aplicación del *ius variandi* en el contrato individual de trabajo en Guatemala. Se dispuso abordar el estado de la cuestión de modo tridimensional: *a)* en la doctrina, *b)* en la ley y *c)* en la jurisprudencia, considerando la exigencia de la ciencia jurídica para que una investigación sea de valía.

Por esto, si la figura del *ius variandi*, que asoma en el título de la presente investigación, se ha de estudiar dentro del contrato individual de trabajo en Guatemala, eso presupone metodológicamente conocer lo primordial del contrato de trabajo en Guatemala, así como una justa delimitación. También, lo que es el *ius variandi* en su aspecto teórico-doctrinario, y finalmente, articular los presupuestos contenidos en cada capítulo para comprender la figura en el contrato individual de trabajo en Guatemala, desvelando lo que la legislación laboral nos permite y lo pertinente respecto a esta figura, así como lo que la *ratio decidendi* del juzgador ha inteligido a través de la jurisprudencia.

En el capítulo I se aborda *El contrato individual de trabajo en Guatemala*, que esboza de modo sumario lo que es un contrato individual de trabajo, y el tratamiento legal en Guatemala, sus elementos, características y poderes que de este se desprenden, sobre todo el de dirección, que es el fundamento del *ius variandi*. El objetivo específico para este capítulo es descubrir los elementos contractuales que permiten la aplicación de la figura, así como el puntal del *ius variandi*.

A continuación, en el capítulo II se desarrolla *El ius variandi en el contrato individual de trabajo*, que intenta estudiar con el mayor abundamiento posible que un trabajo de esta categoría permite,

la figura del *ius variandi*, concepto, características, funciones fundamentales, clases, requisitos para su procedencia, modalidades, límites y medios de resistencia, entre otras cosas. El objetivo específico en este caso es hilvanar el estado actual de la doctrina en la materia que se estudia.

El capítulo III estudia *El ius variandi en la legislación y la jurisprudencia guatemalteca*. En el caso del *ius variandi* en la legislación guatemalteca, la tentativa era estructurar el marco regulatorio de esta potestad dentro del Código de Trabajo, considerando que las disposiciones en nuestro país a este respecto se encuentran dispersas dentro de la ley fundamental del trabajo. Creo haber logrado el cometido, que permite colegir la forma de aplicación del *ius variandi*, así como sus límites y presupuestos a la luz del Código de Trabajo.

En cuanto a la jurisprudencia guatemalteca, si bien la institución del *ius variandi* es desconocida por la mayoría de jueces, las demandas que por despido indirecto se presentan en los juzgados de trabajo invocando la causal de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, permiten la obtención de una muestra para determinar la opinión o criterio del juzgador dentro de los tribunales de trabajo respecto al alcance que tiene el poder de dirección del patrono para modificar las condiciones del contrato individual de trabajo, así como los modos, presupuestos y justificaciones.

Finalmente, en el capítulo IV, rehuyendo la posibilidad aciaga de convertir esta investigación en la simple glosa de un texto, se presentan, analizan y discuten los resultados obtenidos, que básicamente reúnen la opinión crítica del autor luego del ejercicio exploratorio y analítico que se presentó en los capítulos anteriores, que intenta definitivamente responder a la pregunta de investigación: ¿En qué modo debe aplicarse el *ius variandi* en el contrato individual de trabajo en Guatemala?

Diáfananamente debo decir que por cuanto se está examinando un tema casi por completo inédito dentro del ámbito laboral guatemalteco, los libros de consulta que se revisaron son por

poco todos foráneos, y las realidades que plantea son distintas a la guatemalteca. Sin embargo, no es un inconveniente porque la proposición de nuestro objeto de estudio es bastante homogénea por los doctrinarios de distintos países; y en este caso se han consultado aquellos autores que tienen más dotes de teorizadores, y cuyas proposiciones parten de una realidad³ no muy distinta de la nuestra.

3 José Manuel Lastra Lastra, respecto a la realidad y el derecho, afirmó: “Debemos expurgar todo aquello que está superado por la práctica y saber distinguir los claros niveles de aplicación y eficacia de las normas jurídicas y descartar las predicciones y declaraciones alejadas de una realidad diferente o adversa, para evitar que los textos de cualquier legislación sean normas sin contenido o, lo que es peor, simples letras con espíritu moribundo. Para quizás convertir el sentido de la norma en lo que, de manera tan elocuente Umberto Romagnoli señala como la sombra más larga, el mito más sólido, el fantasma menos exorcizable del derecho”. Consultado en: Lastra Lastra, José Manuel, “El trabajo: ¿valor supremo de la vida social?”, en: Varios autores, *Estudios en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, p. 186, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/188/11.pdf>.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN GUATEMALA

I. Concepto

El contrato, *lato sensu*, es:

[...] *el negocio jurídico bilateral, constituido por el acuerdo pleno, consciente y libre de voluntades de dos o más personas particulares, iguales ante la ley, que fundado en una causa lícita produce efectos jurídicos idóneos para crear, modificar o extinguir obligaciones de naturaleza patrimonial*⁴.

O bien, lacónicamente, “*est pactio duorum plurimumve in idem placitum consensus*”⁵.

Sin embargo, en el caso del derecho del trabajo, se considera que, puesto que “el poder –la capacidad de dirigir realmente la conducta de otros– se encuentra desigualmente distribuido en cualquier sociedad” y que “individualmente considerado, el empleado o el trabajador no detenta normalmente poder social alguno, puesto que, en cuanto individuo, sólo muy excepcionalmente posee poder de negociación” ya que la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente “una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (a bearer of power and one who is not a bearer of power)” se debe crear la ficción jurídica conocida por contrato de trabajo, que “constituya un contrapeso inherente a la relación de trabajo”⁶.

4 Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte General)*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2004, p. 207.

5 La traducción libre reza: “Es el acuerdo de dos o más personas”. Ulpiano, Ley I, Dig. De Pact. (2,14). Es necesario aclarar en este sentido que la convención y el pacto, para el derecho romano, son términos equivalentes y genéricos que designan el acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre una cuestión cualquiera. Y el término contrato es aplicable a las convenciones especialmente reconocidas como obligatorias por estar dotadas de una causa civil y provistas de una acción. Con el transcurso del tiempo el pacto fue asimilado al contrato al otorgársele acciones que lo hacían civilmente exigible. Consultado en: Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1998, t. XII, vol. I, p. 10.

6 Kahn-Freund, Otto, *Trabajo y derecho*, 3ª ed., España, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 48, 51 y 52.

Amén de lo anterior, se instituye el contrato individual de trabajo inspirado y sustentado en principios, características propias y elementos, que lo distinguen del contrato en el derecho civil⁷.

El profesor español Montoya Melgar precisa que el contrato individual de trabajo es:

[...] el negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídico-laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial⁸.

El profesor argentino De Ferrari, en su Código de Trabajo comentado, lo propone como:

[...] aquél en virtud del cual una persona pone su actividad como tal, de manera autónoma o no, al servicio de otra, bajo su autoridad y dirección y se compromete a trabajar, mediante la correspondiente remuneración⁹.

En mi opinión, el contrato individual de trabajo es el acuerdo o convenio por medio del cual una persona pone a disposición de otra su capacidad de trabajo bajo ciertas condiciones y de forma continuada (salvo excepciones), bajo la autoridad y dirección de esta última, quien a su vez se compromete a pagar una remuneración.

Esta definición que propongo se hace porque considero que, si bien lo que parece natural en una relación de trabajo es que una persona llamada trabajador ponga a disposición de una persona, denominada patrono, la capacidad de trabajo (lo cual configura el carácter *intuitu personae* de la relación) a cambio de una remuneración, este compromiso del trabajo no se hace así lisa y llanamente, sino en ciertas condiciones (sobre todo para un tiempo determinado), y esto se conviene planificándolo de forma continuada, salvo el trabajo a plazo fijo y para obra determinada

7 La construcción moderna del contrato de trabajo encuentra una influencia preponderante en la distinción entre la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum* hecha por los jurisconsultos imperiales de Roma. Consultado en: Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 5, p. 727.

8 Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 28ª ed., España, Tecnos, 2007, p. 266.

9 De Ferrari, Francisco, *El derecho del trabajo*, Argentina, DePalma, 1989, p. 135.

–que son las excepciones a la regla–. Además, el trabajador espera como contraprestación a la venta de su trabajo y tiempo, una remuneración, y se somete a la autoridad y dirección del patrono para el cumplimiento de los fines que este persigue de su empresa.

II. Definición legal

El artículo 18 del Código de Trabajo de Guatemala (Decreto 1441 del Congreso de la República) define al contrato individual de trabajo indicando que es, sin importar su denominación (principio de primacía de la realidad, *contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*¹⁰):

[...] el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.

En este sentido no huelga indicar que los códigos de trabajo centroamericanos definen al contrato de trabajo de forma bastante coincidente; para no hacerlo enojoso solamente apuntamos dos ejemplos:

El Código de Trabajo de la República de El Salvador define al contrato individual de trabajo en el artículo 17, como:

[...] aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, a uno o varios patronos, institución, entidad o comunidad de cualquier clase, bajo la dependencia de éstos y mediante un salario.

El Código de Trabajo de Honduras, en el artículo 19, expresa que contrato individual de trabajo:

10 Esta expresión cuya traducción libre es: “Los contratos son lo que indique su contenido, no el nombre que se les haya dado” es del Código de Justiniano, Libro IV; Título XIX, Ley 12 y para el caso del contrato de trabajo que estudiamos en este apartado, es la expresión que identifica al principio de primacía de la realidad actual. Es un mecanismo que emplea el código para superar el acto simulatorio en la contratación.

[...] es aquel por el cual una persona natural se obliga a ejecutar una obra o a prestar sus servicios personales a otra persona, natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de esta, y mediante una remuneración. Por dependencia continua se entiende la obligación que tiene el trabajador de acatar órdenes del patrono y de someterse a su dirección, ejercida personalmente o por medio de terceros, en todo lo que se refiera al trabajo.

III. Características

De la definición legal claramente se extraen las características del contrato individual de trabajo, las cuales pueden resumirse así:

- a) Es un contrato típico y nominado (*nomen juris*¹¹); esto porque se encuentra regulado en el artículo 18 del Código de Trabajo y bajo el nombre de contrato individual de trabajo.
- b) Se trata de un contrato sinalagmático (*synalagma*¹²) regido por el principio de reciprocidad (*ultrouque citrouque obligatio*¹³) en el que las posiciones jurídicas de las partes se corresponden de forma bilateral, y que, por hipótesis, existe una equivalencia entre las prestaciones de ambas partes.

11 El *nomen juris* puede entenderse como la denominación legal de una institución, relación jurídica, negocio o acto. Desde el derecho romano se reconoció fuerza a convenciones que no figuraban en el número de los contratos nominados. En este sentido, Magallón Ibarra refiere: “a) Fue admitido hacia el fin de la República que el simple acto que está unido a un contrato que se relaciona con él de una manera íntima le preste, en ciertos casos al menos, un carácter obligatorio, y produzca una obligación sancionada por la acción misma del contrato. Estos pactos se han llamado *pacta adjecta*; b) bajo el imperio, ciertos jurisconsultos están de acuerdo en que, si una convención destinada a procurar ventajas recíprocas ha sido ejecutada por una de las partes, llega a ser civilmente obligatoria. Esta opinión acabó por triunfar, y las convenciones así sancionadas han recibido de los comentaristas el nombre de contratos innominados”. Consultado en: Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 5, p. 19.

12 En relación con este término, Villey afirma que el “*synalagma*” griego no era siempre “contrato”, en el sentido que actualmente tiene este concepto para los juristas modernos. En la idea de *synalagma* estaba presente la necesidad de que, en las situaciones en que se producía un cambio o desplazamiento de un bien, de un patrimonio a otro, existiera una correlación que restableciera un cierto equilibrio. Ello para garantizar la paz de la ciudad. Información disponible en: http://www.bcsabogados.com.ar/trabajos/bcsabogados.com.ar-analisis_juridico_del_equilibrio_de_nash.pdf.

13 La reciprocidad o la *ultrouque citrouque obligatio*, constituye la noción propia del *synalagma* tal como se encuentra en Labeón (dig. 50, 16, 19) y en Aristón y Ulpiano (dig. 50, 16, 19).

El trabajador carga con una obligación de hacer, mientras que el empleador con una de dar. Es sinalagmático en su conjunto porque cada prestación de cada una de las partes no corresponde a una contraprestación de la otra, como por ejemplo, cuando se abona el salario sin que el trabajador efectúe tarea alguna (vacaciones), o pago de salarios caídos (huelga) o salarios dejados de percibir (en el caso de la reinstalación)¹⁴.

- c) Es oneroso: hay cargas para cada parte de la relación; prestaciones iguales o proporcionales. Es necesario que exista remuneración para que haya contrato de trabajo (*Qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*¹⁵). Además porque, como dispone el artículo 1590 del Código Civil, “se estipulan provechos y gravámenes recíprocos”.
- d) Es un contrato consensual; se perfecciona con el consentimiento (artículo 1588 del Código Civil), sin que sea necesaria la concurrencia de requisitos especiales o la ejecución de las prestaciones convenidas.
- e) Es de tracto sucesivo. Las prestaciones se van cumpliendo durante todo el transcurso de la relación. Por tal motivo es *contra legem* la disolución unilateral del contrato a plazo incierto y la tácita reconducción en los de plazo indefinido.
- f) Es un contrato normado dado que la relación (*relatio*¹⁶) jurídica que emana del acto contractual se somete a una extensa regulación estatal y colectiva (artículo 101 a 106 de la Constitución, Código de Trabajo *in extenso*).
- g) Es un contrato principal, pues su existencia y eficacia no depende de ningún otro contrato. Es decir, que subsiste por sí solo (artículo 1589 del Código Civil).

14 Franco López, Cesar Landelino, *Derecho sustantivo individual de trabajo*, Guatemala, Fénix, 2006, p. 137.

15 Cuya traducción libre es: “El que soporta el trabajo debe percibir la utilidad, y viceversa”. Reglas de Bonifacio III. Libro Sexto de las Decretales. Título “*De Regulis Juris*” (3 de marzo de 1298). Disponible en: Cabanellas Guillermo, *Repertorio jurídico. Locuciones, máximas y aforismos. Latinos y castellanos*, Argentina, Heliasta, 1974, p. 63.

16 *Relatio* es la palabra latina de relación y refiere acción de llevar o traer. En la relación laboral se conjuntan acciones que conectan a dos partes: el trabajador y el patrono (por regla general).

- h) Es un contrato *intuitu personae*, es de carácter personal, por lo menos de parte de los trabajadores, quienes deben realizar su trabajo personalmente (así lo dispone el artículo 19 del Código de Trabajo al indicar que el trabajador queda obligado a prestar al patrono, sus servicios personales o a ejecutarle una obra *personalmente*). En el caso del empleador, tiene esta característica en aquellos casos en que la personalidad de este determina el vínculo laboral. En este caso es prudente recordar que los representantes del patrono en su nombre (*nomine alieno*) (definidos en el artículo 4 del Código de Trabajo) pueden también suscribir un contrato de trabajo, en cuyo caso obligan directamente al patrono.
- i) Es un contrato de carácter social¹⁷, esto es, que protege al trabajador con independencia de que se pacte en contrario de sus derechos mínimos, como a continuación se detalla.

IV. Dirigismo jurídico en el contrato individual de trabajo

Si bien en el derecho civil la contratación está regida por el principio de la autonomía de la voluntad, en el derecho del trabajo las partes están impedidas de convenir sin reservas los derechos y obligaciones que del mismo se desprenden, pues hay ciertos derechos y obligaciones incorporados al mismo contrato por ministerio de ley e inspirados por principios rectores de esta disciplina, sobre todo el principio tutelar que “trata de compensar la desigualdad económica de éstos [los trabajadores], otorgándoles una protección jurídica preferente” (parte considerativa del Código de Trabajo de Guatemala).

17 Según Patricia Kurczyn Villalobos, el acuerdo de voluntades en las relaciones laborales se modifica al amparo de normas derivadas de un tercer género jurídico que al tomar la característica de imposición del derecho público y la del respeto a la manifestación de voluntades de las partes del derecho privado, prepara una generación más de derechos subjetivos. Esta realidad, como fuente, hace brotar un nuevo sector jurídico. Es cuestión necesaria. Por eso puede afirmarse que se trata de una irrupción que modifica la tradicional bipartición del derecho de Ulpiano, en *publicum et privatum*. Consultado en: Kurczyn Villalobos, Patricia, “El contrato laboral; decadencia o modificación”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, UNAM, año III, núm. 05, enero-junio 2006, pp. 129-152, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/25.pdf>.

Esta consideración no deja pasar por alto el principio de irrenunciabilidad de derechos que nulifica por medio de la Constitución Política de la República de Guatemala:

Las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo (artículo 106).

El principio descrito constituye un basamento central del derecho del trabajo, que persigue evitar el abuso de la autonomía de la voluntad en esta disciplina.

Según el profesor peruano Miguel Canessa Montejo, el principio de irrenunciabilidad consiste en que:

*[...] el trabajador no puede disponer libremente, por medio de la renuncia, de los derechos otorgados por normas laborales **imperativas**, siendo nula dicha renuncia*¹⁸ [resaltado es propio].

En igual sentido se pronuncia Neves, citado por Canessa Montejo:

*[...] el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas **imperativas**, y sanciona con invalidez la transgresión de esta regla*¹⁹ [resaltado es propio].

Estas interpretaciones conducen a discutir el tema fundamental de si la aplicación del principio de irrenunciabilidad se refiere a cualquier derecho con independencia del tipo de norma que lo contiene o solamente a los derechos contenidos en leyes imperativas²⁰; los expertos mencionados se inclinan por la aplicación

18 Canessa Montejo, Miguel, “Los principios del derecho del trabajo y su aplicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco”, en Canessa Montejo, Miguel (dir.), *Manual de derecho del trabajo*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2008, t. I, p. 168.

19 *Idem.*

20 En el citado texto, el profesor Canessa explica que los preceptos laborales imperativos se clasifican en tres tipos: las normas de derecho necesario absoluto, las normas máximas de derecho necesario y las normas de derecho necesario relativo o normas mínimas. Las primeras son aquellas que contienen un carácter de indisponibilidad en su mandato. Son las reglas imperativas en sentido estricto, es decir, que los actores

del principio solamente en relación con las leyes imperativas y no así en el caso de las normas dispositivas (*ius dispositivum*).

La postura que propugna el principio de irrenunciabilidad sin distinciones, lo propone como estático, donde la generalidad de derechos laborales es irreversible e indisponible. Esta posición jurídica es de un sector minoritario aferrado a la idea de un derecho laboral invariable que en mi opinión no tiene posibilidades de eficacia en la economía dinámica. Se constituye en letra muerta. Por lo anterior, estoy de acuerdo con la primera interpretación, provista de sensatez y que trata el principio de irrenunciabilidad de forma dinámica.

Como lo plantea Sagardoy, citado por Canessa:

A nuestro juicio ha de interpretarse el precepto en el sentido que es disponible todo lo que sobrepasa el derecho necesario, el ius cogens y que es indisponible lo que del texto legal se desprende claramente que lo es. Aunque parece de Perogrullo, puede decirse que sólo es disponible lo que la Ley declara como tal y viceversa. Ello no significa en absoluto desconocer el poder vinculante que las normas poseen, sino simplemente lo que ocurre es que el Derecho del Trabajo [...] está empapado por el principio de mínimos indisponibles y mejorables²¹.

De esto puede concluirse que el trabajador podrá negociar válidamente renuncias en acuerdos posteriores a aquellos derechos convenidos por encima de los mínimos inderogables (artículo 102 Constitución Política) salvo que se demuestre la existencia de vicios en la declaración de voluntad. Y además, los derechos reconocidos en la Constitución son, por supuesto, susceptibles de ser mejorados por medio de la contratación colectiva o individual. En todo caso el trabajador podrá disponer sobre los derechos laborales recogidos en leyes dispositivas o bien en el ámbito de disponibilidad que le permiten las normas imperativas.

sociales no pueden apartarse de ellas. Son indisponibles hacia arriba o hacia abajo. Las segundas son aquellas que contienen un tope de indisponibilidad en su mandato, permitiendo a los actores sociales regular por debajo de él. Es decir, indisponible por encima del techo y disponible por debajo de él. Las últimas son aquellas que contienen un piso de indisponibilidad en su mandato, permitiendo a los actores sociales regular por encima de él. Es decir, indisponible por debajo de él y disponible por encima de él. Consultado en: Canessa Montejo, Miguel, *ibídem*.

21 *Ibídem*, p. 173.

Hechas estas consideraciones, solamente queda decir que el contenido del contrato individual de trabajo está enlistado en el artículo 29 del Código de Trabajo.

V. Elementos naturales del contrato individual de trabajo

A. Capacidad

En este caso la capacidad de ejercicio (entendida como la facultad de que la persona jurídica cumpla por sí misma los deberes y ejerza los derechos jurídicos) encuentra una excepción por comienzo precoz. Esto porque si bien “la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad”, “los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”²². Uno de esos actos está establecido en el artículo 31 del Código de Trabajo de Guatemala, que establece:

Tienen también capacidad para contratar su trabajo, para percibir y disponer de la retribución convenida y, en general, para ejercer los derechos y acciones que se deriven del presente Código, de sus reglamentos y de las leyes de previsión social, los menores de edad, de uno u otro sexo, que tengan catorce años o más y los insolventes y fallidos.

Por tal motivo, los patronos deben tener para contratar, capacidad de ejercicio ordinario, y para los trabajadores basta con que posean capacidad de ejercicio excepcional, en este caso vehiculada por los modos legales con las autorizaciones requeridas²³.

B. Consentimiento

El consentimiento es la manifestación asertiva de la voluntad en el sentido de expresar el deseo de contratar, sin ningún tipo de

22 Jefe de Estado de la República de Guatemala, *Decreto-Ley Número 106, Código Civil*, art. 8.

23 Los artículos 32, 150 y 148 literal e) del Código de Trabajo parecen desnaturalizar lo prescrito por el artículo 31. La interpretación más difundida ha entendido, para superar este óbice, que para que un menor de 14 años trabaje, se necesita de la autorización de la Inspección General de Trabajo; una vez obtenida dicha autorización, el contrato lo puede celebrar el representante del menor, o el mismo menor con previa autorización, en cuyo caso requeriría una doble autorización.

coacción (*coactas voluntas non est voluntas*²⁴). Implica que cada polo de la relación a iniciar debe actuar libre en su persona.

En el derecho del trabajo, como bien apunta Luis Fernández Molina, el consentimiento se basa en la libertad de trabajo expresada en el artículo 6 del Código de Trabajo que establece en el primer párrafo *in fine*: “como consecuencia, ninguno podrá impedir a otro que se dedique a la profesión o actividad lícita que le plazca”²⁵. El mismo autor expresa que en el derecho laboral podrían presentarse en cuanto a vicios del consentimiento, los siguientes (los paréntesis son propios):

- a. Error²⁶ en la persona (*error in persona*), siempre que la contratación de dicha persona fuese la razón principal del contrato. (Artículo 1259 del Código Civil).
- b. Dolo (*dolus*), que es toda sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes; un ejemplo podría ser aparentar tener la edad legal para contratar o una cualidad que no se posee. (Artículo 1261 del Código Civil).
- c. Violencia o intimidación (*metus*), que puede presentarse en contra del trabajador. (Artículo 1265 del Código Civil)²⁷.

Además de lo mencionado tendríamos que remitirnos a las disposiciones generales sobre vicios en la declaración de voluntad, contenidas en los artículos 1257 a 1268 del Código Civil.

C. Objeto

El objeto en el contrato de trabajo es un servicio que presta el trabajador en beneficio del patrono, quien como contraprestación

24 La traducción libre es: La voluntad manifiesta por medio de coacción no es voluntad.

25 Fernández Molina, Luis, *Derecho laboral guatemalteco*, 3ª. ed., Guatemala, Óscar de León Palacios, 2006, p. 93.

26 En el derecho romano el error podía asumir diferentes formas: *error in negotio* (sobre la naturaleza del negocio), *error in persona* (cuando se celebra un negocio con persona distinta de aquella con la cual se creía negociar), *error in corpore* (que versa sobre la identidad del objeto), *error in substantia* (que recae sobre las cualidades esenciales y constantes de la cosa), *error in quantitate* (que acarrea la nulidad del negocio). Consultado en: Iglesias, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª ed., España, 1993, p. 164.

27 Fernández Molina, Luis, *op. cit.*, nota 25, p. 94.

al salario que paga tiene derecho a los frutos del trabajo (sería una contraprestación con la estructura *Do ut facias o Facio ut des*²⁸, según la perspectiva).

VI. Elementos personales del contrato individual de trabajo

Los conceptos *ius*-laborales de trabajador, patrono e intermediario están contenidos dentro del Código de Trabajo. En tal sentido:

A. Trabajador

*Es toda persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato o relación de trabajo*²⁹.

B. Patrono³⁰

*Es toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo*³¹.

Sostiene Forero Rodríguez que:

[...] la figura del empleador asume actualmente las más diversas vertientes, que van desde la simplicidad de la relación bilateral entre una persona natural frente a otra, hasta figuras de alta complejidad y de carácter triangular

28 Atendiendo a la clasificación clásica de la prestación en las obligaciones como *Do ut des* (Doy para que des), *Do ut Facias* (Doy para que hagas) *Facio ut des* (Hago para que des), *Facio ut Facias* (Hago para que hagas).

29 Congreso de la República de Guatemala, *Decreto 1441, Código de Trabajo*, art. 3.

30 El Dr. Wilfredo Sanguinetti expresa que mientras las normas legales, decisiones de los tribunales y los estudiosos suelen dedicar un gran esfuerzo a la delimitación de los caracteres que adornan el concepto de trabajador, poca relación se presta al concepto de patrono, cuestión que responde a un mero propósito garantista. Comenta que esta noción contradice la evidencia aportada por la historia económica, toda vez que de acuerdo con ella el reflejo debería operar en sentido inverso, ya que la empresa capitalista y los procesos de acumulación a ella asociados, han inventado al trabajador. La realidad organizativa de la empresa no encuentra acomodo de esta forma, en la dogmática del contrato de trabajo, porque del empleador solamente interesa "la subjetividad". Esto implica la coincidencia entre empleador y empresa, que sin embargo hoy se desdibuja por el nuevo modelo de empresa-red que integra conglomerados de empresas. Consultado en: Sanguinetti Raymond, Wilfredo, "Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo", en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, España, núm. 1, 2009, pp. 389-416.

31 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 4.

*o multilateral cuando se constata la presencia de contratistas independientes, bolsas de empleo, empresa de servicios temporales o la intrincada gama de subcontrataciones que, en ocasiones, pretenden desdibujar la responsabilidad empresarial y cuya única medida de defensa para el trabajador es la solidaridad entre los diferentes contratantes o subcontratantes*³².

C. Intermediario

*Es toda persona que contrata en nombre propio los servicios de uno o más trabajadores para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono*³³.

VII. Elementos esenciales del contrato individual de trabajo

El término esencial del epígrafe *supra* se utiliza para clasificar a aquellos aspectos dentro del contrato individual de trabajo que le son inherentes o consustanciales y que lo configuran desde la perspectiva relacional de los sujetos.

A. Prestación personal del servicio

Es el trabajador quien debe prestar en forma personal sus servicios, sin que exista manera de establecer una relación jurídica sometida a las normas laborales cuando este no ejecuta por sí mismo los actos que configuran sus funciones o responsabilidades.

B. Salario

En la relación de trabajo (que se conforma con la concurrencia de elementos enlistados), los servicios personales tienen como contraprestación el pago de un salario, lo cual la distancia y distingue de la prestación de servicios profesionales en el contrato civil, en que la contraprestación del servicio personal será lisa y llanamente el pago de honorarios.

32 Forero-Rodríguez, Rafael, “El empleador”, en Buen Lozano, Néstor de, y Morgado Valenzuela, Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM, 1997, capítulo 20, pp. 365-372, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/23.pdf>.

33 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 5.

C. *Relación de dependencia: subordinación*³⁴

La relación de dependencia³⁵ se caracteriza por la subordinación del empleado al empleador, que se manifiesta en tres formas:

- a) *Técnica*. Significa que el tecnócrata somete su trabajo a los pareceres y objetivos que el empleador le señale. Respecto de los trabajadores con menor calificación, esta clase es más invasiva para el mismo y más tenue en relación con los más capacitados profesionalmente.
- b) *Económica*. El trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador a cambio de una remuneración, sin que las fluctuaciones positivas o negativas derivadas de la explotación le beneficien o perjudiquen (en teoría).
- c) *Jurídica*.

*Consiste en la posibilidad jurídica del empleador de dirigir en el empleo la conducta del trabajador hacia los objetivos de la empresa. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador: facultades de organización, dirección, control y poder disciplinario*³⁶.

34 El concepto de subordinación, según Óscar Hernández Álvarez y Óscar Ermida Uriarte, fue propuesto en los albores de la formación de la disciplina del derecho laboral por Ludovico Barassi, un autor clásico, en su libro *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cuya primera edición fue publicada en 1901. Barassi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador. Los autores agregan que la subordinación no significa solamente que el trabajador esté obligado a prestar el servicio al cual se comprometió sino que debe prestarlo con sujeción personal al poder directivo del empleador, lo cual crea, en la relación de trabajo, un sometimiento jerárquico de la persona del trabajador a la persona del empleador que no se produce en los contratos civiles y mercantiles. Los expertos mencionados manifiestan que el concepto de subordinación se encuentra en crisis por la interpelación que sufre desde la economía liberal, desde la política, desde las pautas culturales posmodernas e individualistas entre otros factores. Consultado en: Ermida Uriarte, Óscar, y Hernández Álvarez, Óscar, “Crítica de la subordinación”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2003, pp. 167-190. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/16.pdf>.

35 De conformidad con el artículo 20 del Código de Trabajo de Honduras, la dependencia del trabajador respecto del patrono, faculta a este para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento en cuanto el modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

36 Grisolia, Julio Armando, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 11ª ed., Argentina, LexisNexis, 2005, p. 9.

VIII. El poder de dirección del empresario

Como se expresó en el párrafo que antecede, la subordinación jurídica integra el poder de dirección del empresario. Conviene abundar en el mismo pues es el fundamento de donde deviene el *ius variandi* que estudiaremos *infra*.

A. Concepto

El poder de dirección es:

[...] *la facultad que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo, comprende la facultad de especificar las prestaciones debidas dentro de las posibles conforme a la cualificación profesional del trabajador*³⁷.

Es por tanto “un poder de ordenación de las prestaciones laborales”³⁸ ejercitado por el empresario por sí o por medio de otras personas. Este último caso, si el empresario es una persona jurídica, pero además puede ejercitarlo de esta forma de modo voluntario. Esto porque el empresario es el titular por derecho propio o por delegación, del poder de dirección³⁹.

B. Fundamento

El poder de dirección, según expresa Rivero Lamas, citado por Manuel Alonso Olea, es “consustancial a la empresa, estricta necesidad técnica u organizativa de ésta, de la que es un factor estructural”. Además es, como apuntala De la Villa, también citado por Alonso Olea, “un poder *ex lege*, imprescriptible, indisponible e intransferible”⁴⁰. Reside asimismo su fundamento en la naturaleza y

37 Alonso Olea, Manuel, y Casas Baamonde, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 24ª. ed., España, Aranzadi, 2006, p. 427.

38 Montoya Melgar, Alfredo, *op. cit.*, nota 8, p. 359.

39 El Dr. Wilfredo Sanguinetti comenta que el poder de dirección no es ya, la única forma de un aprovechamiento eficaz del esfuerzo ajeno. Frente a él, los procesos de descentralización productiva están dando lugar a formas nuevas de organización de la actividad ajena a través de las cuales se consigue mantener el control global de los procesos de producción, pero eludiendo la configuración de un vínculo laboral con quienes se encargan de su atención. Sanguinetti, Wilfredo, *op. cit.*, nota 30, p. 10.

40 Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia, *op. cit.*, nota 37, p. 426.

exigencias de la relación jurídica del trabajo y de la empresa. Dicho poder puede colegirse como consecuencia lógica de la regulación constitucional de libertad de industria, comercio y trabajo⁴¹ que a la postre busca “facilitar y promover la circulación de la riqueza”⁴².

C. Fuente

Existen tres posturas que pretenden localizar la fuente del poder de dirección en zona distinta:

- a) La llamada teoría contractualista, que defiende el origen contractual de los poderes del empresario, o porque se encuentra en el contrato el título jurídico de la aceptación voluntaria por parte del trabajador de esos poderes o porque estos poderes son inherentes a la esencia del contrato individual de trabajo⁴³.

La crítica sostiene que esta postura se encuentra anclada en el más puro formalismo jurídico y que admitir que el trabajador acepta una situación de sometimiento contractual al poder del empleador, es una afirmación bastante al margen de la realidad. Los detractores de la misma afirman que “se trata de forzar la realidad para hacerla coincidente con una apriorística formulación jurídica que ha configurado a los ciudadanos en un plano de igualdad y libertad”⁴⁴.

- b) La teoría institucionalista sostiene que más allá de la aceptación contractual del trabajador de un poder empresarial, se vislumbra a la empresa como una entidad natural portadora de intereses propios y objetivos, superiores a los de las partes; la empresa es una entidad jerarquizada y organizada bajo la autoridad natural de su jefe.

Esta institución inspira su propio ordenamiento jurídico. El empresario cumple una función social en la que se sitúa como

41 Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República de Guatemala*, art. 43.

42 Corte de Constitucionalidad, expediente núm. 341-2000, sentencia 28-11-00, Guatemala.

43 López-Taruella Martínez, Francisco, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, España, Universidad de Alicante, 1983, p. 75.

44 *Idem*.

jefe jerárquico (*führerprinzip*) para la consecución de un interés superior a la misma o para lograr un interés común a los que componen la empresa, y por ello el ordenamiento legal dota al empresario de una serie de poderes para la dirección.

La crítica a esta posición se anida en una de sus premisas, la concepción comunitaria de la empresa, ya que se estima desmentida por la forma de las relaciones de producción a las que hace referencia. Montoya Melgar arguye en este sentido que:

*[...] el fundamento de la atribución de tales poderes radica en la naturaleza y exigencias de la relación jurídica de trabajo y de la empresa. Parece fuera de duda que deben abandonarse las posiciones que intentan fundamentar dichos poderes en ese vago carácter institucional o comunitario que algunos atribuyen o han atribuido a la empresa; explicaciones éstas de alcance más político-social que jurídico, y desde hace tiempo en franco y justificado declive*⁴⁵.

- c) La teoría tecnocrática es un nuevo tipo de idea comunitaria de la empresa basada en una presunta científicidad de las exigencias técnico-organizativas, cuyos efectos se consideran comunes al capital y al trabajo. “El bien común resultará simplemente de la ascensión de un nuevo tipo de empresario-funcionario (manager) supuestamente liberado de todo vínculo con el capital y encargado de encontrar soluciones científicamente fundadas a los problemas que plantean los conflictos de intereses”⁴⁶. De este modo, la supremacía del empresario no se justifica de la lógica del contrato, sino en el contexto de una situación históricamente dada que le reserva a este el poder de organización.

La crítica le reprocha que no se explica de dónde le viene al empresario la legitimidad para el ejercicio del poder, si no es por el hecho de que existe la propiedad privada de los medios de producción. Además que, la burocracia tecnológica no puede venir legitimada en atención al fin que persigue, aun cuando pueda considerarse “detentadora de un poder y de un interés completamente autónomos respecto a los del propietario”⁴⁷.

45 Montoya Melgar, Alfredo, *op. cit.*, nota 8, p. 359.

46 López Taruella Martínez, Francisco, *op. cit.*, nota 43, p. 81.

47 *Idem*.

Es mi postura que si entendemos la palabra “fuente” como principio u origen de algo, en este caso del poder de dirección, con el reconocimiento de la libertad de empresa, se reconoció a su vez la potestad de administrarla a la que le es inmanente el poder de dirección. Aunque es dable afirmar que en ciertas ocasiones la legislación crea realidades y que en otras solamente recoge las prácticas ya existentes (*ex facto oritur ius*⁴⁸), parece insoslayable el hecho que en este caso la legislación solamente recogió la praxis comercial habitual, entendió su lógica, la aprobó y la reguló. No por nada afirmamos que la ley no sigue la cadencia de la práctica mercantil que camina a pasos mucho más ágiles. Esto parece congeniar más pertinentemente con la postura institucionalista, por lo que me inclino a ella.

Por otra parte, se acoge la tesis contractualista, la tesis institucionalista o tecnocrática; bien se considere que el ordenamiento jurídico crea o recoge la realidad en este caso, el hecho es que la fundamentación legal se encuentra en el artículo 18 del Código de Trabajo, en la parte que dispone que el trabajador prestará sus servicios personales o ejecutará una obra, personalmente “bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma”. Es un elemento que opera por ministerio de ley al verificarse la existencia del contrato individual de trabajo que en los términos del artículo 19 del Código de Trabajo dice a la letra:

Para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en las condiciones que determina el artículo precedente.

D. Manifestaciones

Comprende tanto funciones ordenadoras como funciones de control y vigilancia y funciones de decisión sobre la organización de la empresa. Pueden enunciarse como principales:

48 Significa literalmente, “del hecho nace el derecho”.

1. *Facultad de dictar reglamentos, órdenes o normas generales de taller o fábrica*

La formalización máxima de este poder es el reglamento interior de trabajo entendido como:

[...] *el conjunto de normas elaborado por el patrono de acuerdo con las leyes, reglamentos, pactos colectivos y contratos vigentes que lo afecten, con el objeto de preparar y regular las normas a que obligadamente se deben sujetar él y sus trabajadores con motivo de la ejecución o prestación concreta del trabajo*⁴⁹.

Según Lord Denning, citado por Kahn-Freund, los reglamentos son “instrucciones dadas a un trabajador sobre cómo realizar su trabajo (*instructions to a man as to how to do his work*)”⁵⁰.

Este poder no se agota en el reglamento, sino que también puede manifestarse en directivas generales publicitadas por medio del tablón de anuncios y circulares difundidas a través de la jerarquía interna de la empresa. En el caso de Guatemala, todo patrono, en virtud del artículo 58 del Código de Trabajo, que emplee a diez o más trabajadores queda obligado a elaborar y poner en vigor su reglamento interior de trabajo. Esta disposición pone en perspectiva la iniciativa de ejercicio del poder de dirección en esta manifestación que se impone por vía legal en el supuesto mencionado.

Si las órdenes generales fueron previamente convenidas con los representantes del personal, nos hallaremos ante un pacto colectivo de condiciones de trabajo pero en este caso, su fuerza vinculante no deriva del poder de dirección del empresario, sino de lo convenido por el patrono y la colectividad de trabajadores.

2. *Potestad de dar órdenes particulares y concretas a cada trabajador o grupo de trabajadores*

Tales órdenes pueden ser necesarias a medida que se multiplique o complejice la faena. Como se expresó, el grado de dependencia o independencia técnica varía de unos trabajos a otros. Sin embargo,

49 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 57.

50 Kahn-Freund, Otto, *op. cit.*, nota 6, p. 462.

es una obligación del trabajador “desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad quedan sujetos en todo lo concerniente al trabajo”⁵¹.

3. *Ius variandi*

El jurista Fernández Madrid, citado por Héctor Horacio Karpiuk, sostiene que:

[...] *la ordenación concreta de las labores en la empresa, que es una de las expresiones del poder de dirección, supone que se otorgue al empresario la facultad de alterar de modo unilateral y funcional, en situaciones excepcionales, las condiciones del contrato de trabajo inicialmente pactadas*⁵².

Este tema, por ser el nuclear dentro del tema de investigación que se presenta, se desarrolla pormenorizadamente en el capítulo a continuación.

51 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 63 literal a).

52 Karpiuk, Héctor Horacio, *Ius variandi: medidas precautorias*, Argentina, Aplicación Tributaria, 2008, p. 189.

CAPÍTULO II

EL *IUS VARIANDI* EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

I. Concepto de *ius variandi*

Los términos “*ius*” y “*variandi*” significan a la letra derecho de variar o potestad de modificar y existen para su definición dos clases de conceptos: el restrictivo y el amplio.

El concepto restrictivo entiende que el *ius variandi* es la potestad de modificar las condiciones de trabajo accesorias o no sustanciales del contrato individual de trabajo, ejercitada por el patrono; es una facultad que se desprende del poder de dirección.

El jurista Lupo Hernández Rueda lo define como “la potestad reconocida al empleador de variar, dentro de ciertos límites, las condiciones, forma y modo de prestación del servicio a cargo del trabajador”⁵³.

En este sentido, Tomás Sala Franco citado por Valeria Marín Etérovic y Catalina Provoste Vargas señala:

*El empresario, por otra parte, tiene reconocido por el ordenamiento jurídico un poder de dirección, que se concreta, entre otros aspectos, en un ius variandi o poder de variación de las condiciones de trabajo accesorias o no sustanciales. Este poder de variación no es otra cosa que un poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral*⁵⁴.

El concepto amplio entiende al *ius variandi* como la potestad de alterar los límites de la relación de trabajo; o bien la “modificación de las condiciones de la relación de trabajo por voluntad unilateral del empresario”⁵⁵.

53 Hernández Rueda, Lupo, “Poder de dirección del empleador” en Buen Lozano, Néstor de, y Morgado Valenzuela, Emilio, *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, México, UNAM, 1997, capítulo 23, pp. 405-419, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/26.pdf>.

54 Marín Etérovic, Valeria y Provoste Vargas, Catalina, *El menoscabo del trabajador en el ejercicio del ius variandi y otros temas relacionados*, Chile, Universidad de Chile, 2005, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 7.

55 Pose, Carlos, *Manual práctico del ius variandi*, 2ª. ed., Argentina, Editorial David Grinberg, 1995, p. 14.

Para Plá Rodríguez es “la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador”⁵⁶.

Esta definición tiene la virtud de no cometer el error doctrinal de creer que lo que se modifica son las condiciones del contrato individual de trabajo, pues estas en realidad permanecen inalterables; existe una remuneración, categoría y funciones, horario y jornada y lugar de trabajo, sin embargo lo que se discute es la posibilidad de variación de su contenido: de mermar el salario, cambiar categoría y funciones, modificar jornada y horario así como lugar de trabajo, por lo que estamos hablando del contenido de las condiciones, de sus modalidades o formas de concreción.

Me decanto decididamente por el concepto restringido de *ius variandi*, entendiendo que es la potestad unilateral del patrono de modificar las modalidades de las condiciones no esenciales del contrato individual de trabajo, que tiene su asidero en el poder de dirección del empresario. Y esta inclinación me parece imprescindible porque como se expresó en las palabras introductorias de este trabajo, el objetivo final es situarse en el justo medio que permita el desarrollo del capital sin befar los derechos del trabajador, cuestión que es una mera quimera si se entiende que el patrono puede mutar las condiciones esenciales y no esenciales del trabajo, porque lo posiciona en una situación de incertidumbre e inestabilidad, así como de constante riesgo inminente.

Considero además que un dominio director inconmensurable no puede sino atentar contra la dignidad humana del trabajador⁵⁷ porque el patrono aplicará normalmente una lógica basada en el

56 Plá Rodríguez, Américo, *Curso de derecho laboral*, Uruguay, Acali, 1978, t. II, vol. I, p. 176.

57 Mario de la Cueva, citado por José Manuel Lastra Lastra, una vez expresó que los sistemas que no eleven el trabajo “al valor supremo de la vida social, y crean que es posible continuar pasando sobre la dignidad humana, pertenecen al pasado y no figura en las letras de oro del libro de mañana”. Consultado en: Lastra Lastra, José Manuel, *op. cit.*, nota 3, p. 17.

principio de máximo rendimiento que afectará las condiciones del trabajador⁵⁸.

Sin embargo, me parece conveniente reformular el concepto de *ius variandi* restrictivo agregando una segunda acepción que congenia dentro de la misma corriente, diciendo que:

El *ius variandi* es la potestad del patrono de modificar unilateralmente y de modo no sustancial las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo no prohibidas por la ley, facultad que puede ejercitar de modo razonable y proporcional siempre que su realización no ocasione daño o perjuicio al trabajador y esté motivado por necesidades económico-sociales de la empresa.

Esto porque la definición propuesta por Sala Franco, entraña la tarea de determinar cuáles son las condiciones esenciales y no esenciales en el contrato individual de trabajo, cuestión que no se ha decidido con contundencia en la doctrina, y además puede confundirse con las condiciones esenciales para el perfeccionamiento del contrato individual de trabajo desde la perspectiva relacional y desde la manifestación del consentimiento.

Aunado a ello, no expresa los requisitos para la procedencia del *ius variandi* que se explican a continuación y que son la razonabilidad y la proporcionalidad, la no alteración del núcleo del contrato (requisito que se disuelve al proponer la posibilidad del cambio no en las modalidades de las condiciones no esenciales sino el no-sustancial en las modalidades de las condiciones de trabajo) e indemnidad (no causar daño ni perjuicio al trabajador).

Y es mi parecer que al eliminar la clasificación de la modificación como de las modalidades de las condiciones esenciales y no esenciales y concentrarse en la de modificaciones sustanciales y no sustanciales de las modalidades de las condiciones del contrato individual de

58 Un proverbio antiquísimo reza: *omnis saturati mala*, lo cual significa que todo exceso es malo, y en este caso se atiende como advertencia para despreciar un poder director del empresario con carácter ilimitado.

trabajo, aunque esta entraña la misma dificultad de determinar qué modificaciones se estiman como sustanciales y qué modificaciones no, pueden regularse las modalidades de modificación de las condiciones que se estiman legítimas y las que decididamente no. Una segunda razón es que es compatible con el artículo 20, cuarto párrafo del Código de Trabajo guatemalteco, en cuanto expresa que “las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse **fundamental** (resaltado es propio) o permanentemente” y con el último párrafo del mismo artículo que enlista las condiciones del contrato individual de trabajo.

Por ello, en adelante cuando se haga referencia al *ius variandi* debemos entenderlo en su formulación conceptual restrictiva y en la acepción propuesta.

II. Características o elementos constitutivos

Al desgranar la última definición que se propone podemos inferir que:

- 1) El *ius variandi* es una potestad, que como tal, como poder o facultad, le permite al ostentador ejercerlo en el modo, forma y bajo los límites legales-conceptuales.
- 2) Corresponde con exclusividad al patrono; es solamente él quien puede ejercerlo; se excluye la posibilidad de que el trabajador detente dicho poder. El subordinado podrá, a lo sumo, rechazar el cambio impuesto conforme la acción legal que la legislación le conceda.
- 3) El *thelos* del ejercicio de dicha facultad es variar las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo de forma no sustancial o bien las modalidades accesorias para la prestación de servicios del trabajador con el afán de lograr los objetivos de la empresa en las exigencias del mercado que le permitan subsistir (continuar lucrando).
- 4) Está sujeto a requisitos y posee limitaciones; si bien en el Código de Trabajo no muy bien explicitados, porque en buena parte de la materia que estudiamos prácticamente hace mutis.

Sin embargo, del contrato individual de trabajo y de otras disposiciones del mismo código se extraen ciertas limitaciones y requisitos.

III. Diferencia con la novación

La novación es una figura que consiste en la sustitución de una obligación preexistente, que se extingue, por otra nueva que se crea. (O bien en su formulación latina: *Novatio est veteris obligationis in novam translatio et transfusio*⁵⁹).

De conformidad con el artículo 1478 del Código Civil guatemalteco, “hay novación cuando deudor y acreedor alteran sustancialmente la obligación sustituyéndola por otra”. “La novación no se presume [*novatio non praesumitur*]; es necesario que la voluntad de efectuarla resulte claramente del nuevo convenio [*voluntate solum, non lege esse novandum*⁶⁰], o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles”.

En tal sentido, la fisonomía caracterizante del *ius variandi* nos permite distinguirla de la novación en que esta última es consensuada, bilateral. El ejercicio del *ius variandi*, en cuanto acto unilateral del empleador, se impone al trabajador sin requerir el concurso de su voluntad. El trabajador podrá resistirlo solamente si hubo ilicitud del patrono, utilizando para tal efecto los medios que adelante se enuncian. Es menester considerar, aunque excede los límites de este estudio, que en todo caso la novación objetiva –que es la única que reconoce el derecho civil–, para el caso del contrato de trabajo, encontraría estorbo en la institución de la irrenunciabilidad de derechos del trabajador, lo cual amerita un estudio profundo.

59 La traducción libre es: “La novación es la transformación de una obligación antigua en otra nueva”.

60 Cuya traducción libre es: “Solo se nova por la voluntad, no por la ley”, libro VII, título XLII, ley 6ª. Disponible en: Cabanellas Guillermo, *op. cit.*, nota 15, p. 8.

IV. Funciones y fundamentos del *ius variandi*

A. Funciones

El *ius variandi*, según Ermida Uriarte, cumple dos funciones: a) la primera, desde la perspectiva del patrono, le permite al empleador dirigir y organizar el trabajo que ha contratado; sintéticamente es un instrumento que materializa el poder de dirección; y b) desde la perspectiva del trabajador permite adaptaciones del contrato a la realidad, aliviando las tensiones que se alzan entre las partes para lograr la continuidad o durabilidad del vínculo⁶¹.

Desde mi opinión podríamos concebir el *ius variandi* como una superación de la sempiterna discusión que dio a luz la antinomia entre trabajo y capital. En esta confrontación los unos han entendido que el trabajo ha sido separado del capital y contrapuesto al capital y los otros que el capital ha sido contrapuesto al trabajo⁶². Digo una superación, porque como afirmé en la introducción, el patrono a veces se ha atribuido la potestad de modificar las condiciones del contrato individual de trabajo atendiendo solamente a mejores perspectivas para incrementar su afán de lucro, y el trabajador en una especie de dictadura proletaria, considera ilegal toda modificación de las condiciones previamente pactadas, lo que finalmente redundaría en su perjuicio ya que la relación no se prolonga como es debido.

61 Ermida Uriarte, Óscar, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, 2ª ed., Argentina, Hammurabi, 1999, p. 46.

62 Aunque vale la pena mencionar la postura de Max Weber pensando fuera de la ética economicista, quien afirma que “el afán de lucro”, la “tendencia a enriquecerse” sobre todo a enriquecerse monetariamente en el mayor grado posible, nada tienen que ver con el capitalismo. Son tendencias que se encuentran por igual en los camareros, los médicos, los cocheros, los artistas, las mujeres del mundo, los funcionarios corrompidos, los jugadores, los mendigos, los soldados, los ladrones, los cruzados: en todas las épocas y en todos los lugares de la tierra, en toda ocasión que ofrezca una posibilidad objetiva de conseguir un fin de lucro. Por tanto, hay que abandonar de una vez para siempre una concepción tan elemental e ingenua del capitalismo, con el que nada tiene que ver la “ambición”; por el contrario, el capitalismo debería considerarse precisamente como la moderación racional de este instinto desmedido de lucro. Consultado en: Weber, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, España, Mestas, 2007, pp. 7-8.

De modo que si se limita la potestad de modificación de las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo, se difumina la lucha entre capital y trabajo y se funda la empresa más bien como institución económico-social.

B. Fundamentos

El magistrado argentino Capón Filas citado por Carlos Pose entiende en cuanto al *ius variandi*:

[...] *no se trata de poderes otorgados al empleador en cuanto propietario de los bienes de producción sino en cuanto responsable, ética y jurídicamente, de la marcha de la empresa como institución. La facultad directiva tiene un contenido preciso, dado por la funcionalidad de la empresa. Su único sentido es lograr el desarrollo económico y social de la misma, permitiendo técnicas y tácticas necesarias para la estrategia establecida por el empresario*⁶³.

En la óptica de Grisolia, la fundamentación tiene su basamento en la protección a la empresa para que cumpla su finalidad de producción de bienes y servicios, pero agrega que el *ius variandi* es un derecho del empresario⁶⁴ (conjuntamente con la facultad de organización, dirección y control, el poder reglamentario y el poder disciplinario). Además expresa:

[...] *la justificación encuentra variados motivos, entre los que puede señalarse la razonable necesidad de efectuar ciertos cambios o ajustes en un mercado siempre dinámico y en el marco de una relación contractual que se pretende celebrada por tiempo indeterminado, evitando así la frustración definitiva del contrato*⁶⁵.

63 Pose, Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 25.

64 El *ius variandi* como derecho, es una forma en la que el patrono soluciona las exigencias del mercado en relación con su unidad productiva permitiendo la continuidad del vínculo laboral. Sin embargo, en virtud de estos apremios, podría reaccionar de otra forma. Un ejemplo de ello lo da el artículo 161 del Código de Trabajo chileno, que permite al empleador poner término al contrato de trabajo “invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización-modernización de los mismos, baja de productividad, cambios en las condiciones del mercado o la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más, y la falta de adecuación técnica y laboral del trabajador”. En Guatemala esta causal no está prevista. Consultado en el Código del Trabajo de Chile, editado por la Dirección del Trabajo del Gobierno de Chile, <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95516.html>.

65 Grisolia, Julio Armando, *op. cit.*, nota 36, p. 613.

El jurista López Taruella, resaltando el fundamento como la exigencia organizativa del trabajo de la empresa capitalista, expresa:

[...] las alteraciones vienen exigidas en mayor o en menor medida, bien por las variaciones que tienen lugar en el mercado respecto a los bienes producidos u ofertados en la empresa (en su forma, calidad o cantidad), bien por la evolución de los medios de producción y las técnicas productivas, que requieren una constante adaptación de la mano de obra, y en fin, por el hecho de que el proceso de trabajo se desenvuelve a través de una cada vez más minuciosa organización, en la que cada prestación, aislada de las demás, no tiene ningún sentido económico. En el moderno proceso de producción la organización de trabajo es pieza indispensable y de trascendental importancia. Y es cierto que para llevarla a cabo es necesario no sólo determinar, sino fundamentalmente modificar los elementos que intervienen en la producción, sobre todo la prestación laboral⁶⁶.

Su fundamento es, no queda duda, luego de reflexionar sobre las opiniones vertidas, permitir la subsistencia de la empresa dentro de un mercado⁶⁷ siempre cambiante, protección que no es preferente para el patrono o el trabajador, pues el funcionamiento de la empresa es la asiduidad del lucro para el patrono, que significa la duración del vínculo laboral⁶⁸ y de posibilidades económicas para ambas partes.

66 López-Taruella Martínez, Francisco, *op. cit.*, nota 43, p. 19.

67 Un ejemplo que clarifica bastante bien el fundamento del *ius variandi* lo da la ley peruana que contiene la regulación de *ius variandi* por lo sugerente de su título. Dicha ley se denomina Ley de Productividad y Competitividad Peruana. En el artículo 9 regula que: “El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”. Disponible en: Presidente de la República, Decreto Supremo Número 003-97-TR, texto único ordenado del Decreto Legislativo Número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, http://www.mpdfn.gob.pe/descargas/texto_unico_ordenado_ds_03-97-tr.pdf.

68 Sobre el principio de continuidad, Plá Rodríguez considera que su alcance implica: 1) preferencia por los contratos de duración indefinida; 2) amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; 3) facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; 4) resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal; 5) interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; 6) prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador. Información contenida en: Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2ª ed., Argentina, Depalma, 1978, p. 157.

V. Clases o modalidades

A. *Ius variandi normal y excepcional*

*Por ius variandi normal, se entiende aquellos cambios dispuestos por el principal basado en necesidades permanentes de la empresa, lo que torna permanente el cambio*⁶⁹.

El ejercicio normal de *ius variandi* se daría en todos aquellos casos en que se introducen modificaciones coyunturales o contingentes de la prestación laboral, durante la ejecución del contrato y en orden a la actividad normal de la empresa; es la forma común, habitual, ordinaria o natural de aplicación del *ius variandi*.

Los profesores españoles Bayón Chacón y Pérez Botija afirman que “el *ius variandi* normal permite al empresario cambiar la clase de trabajo de un trabajador, pero sólo dentro de las propias de su categoría profesional”⁷⁰. En lo atinente al *ius variandi* normal, este tiene como sostén el poder de dirección y supone el cumplimiento de unos requerimientos de modo insuperable.

El *ius variandi* excepcional o de emergencia, es aquel ejercicio motivado por situaciones empresariales de emergencia; circunstancias imprevistas que se deben afrontar⁷¹; en este caso la doctrina tiende a admitir una menor exigencia en el análisis de

69 Información disponible en: Podestá, José María, El “ius variandi” (con especial referencia a los viajantes de comercio e industria (primera parte), Fundación Universalista Social Argentina, http://www.redsocialfuva.org.ar/redsocial/fusa/download/pubonline/IUS_VARIANDI_1RA_PARTE.pdf.

70 Bayón Chacón, Gaspar y Pérez Botija, Eugenio, *Manual de derecho del trabajo*, 9ª ed., España, D. Marcial Pons, 1975, vol. I, p. 388.

71 En República Dominicana, según lo expuesto por Vielkham Morales Hurtado, citado por Federico Arciniega, parece que el *ius variandi* puede solamente ejercitarse de modo excepcional. El autor afirma que considera que en su país existe este derecho de acciones unilaterales del patrón de forma ordinaria o extraordinaria en varios casos en particular: 1.-Accidentes ocurridos o inminentes. 2.-En caso de trabajos imprescindibles. 3.-Trabajo cuyo paro alteraría la materia prima. 4.-En caso fortuito o fuerza mayor. 5.-Por aumentos extraordinarios de trabajo. Consultado en: Arciniega, Federico, “El contrato de trabajo”, en: Varios autores, *Estudios en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, p. 34. <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/7.pdf>.

los requisitos y límites condicionantes de su legitimidad, validez y eficacia⁷².

El *ius variandi* excepcional no encontrará su fundamento legal ni en el contrato de trabajo ni en la ley, sino en la tutela de intereses superiores con trascendencia social, sean de la nación, o bien dentro de la misma empresa. Bajo este supuesto podría admitirse “la modificación sustancial de lugar (traslado fuera del centro de trabajo) o de funciones (cambio de categoría profesional), siempre que de no tomarse esta decisión se afecte el derecho a la vida de otras personas”⁷³; o también cuando estas variaciones evitarían la paralización de la actividad empresarial, con lo que ello implica⁷⁴.

El profesor peruano Elmer Arce plantea que para que el *ius variandi* excepcional no se instituya como un vericuetto fraudulento, deben tenerse presente cuatro requisitos fundamentales: *a)* debe existir una causa no imputable a las partes ni a la actividad normal de la empresa que justifique la toma de una decisión empresarial (imprevisibilidad); *b)* la causa debe ser urgente, esto es, que requiera una decisión rápida y efectiva; *c)* debe existir un riesgo inminente contra derechos fundamentales de otras personas o contra la continuidad de la actividad productiva de la empresa; *d)* la decisión empresarial de variar las condiciones debe durar un tiempo breve, el necesario⁷⁵.

Si se quisiera encontrar una disposición que permita el ejercicio del *ius variandi* excepcional dentro del Código de Trabajo guatemalteco, me atrevería a citar el artículo 63, que regula:

Además de las contenidas en otros artículos de este código, en sus reglamentos y en las leyes de previsión social, son obligaciones de los trabajadores: [...] e) Prestar los auxilios necesarios en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono o de algún compañero de trabajo estén en peligro, sin derecho a remuneración adicional.

72 Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 61, p. 57.

73 *Idem.*

74 Arce Ortiz, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú, desafíos y deficiencias*, Perú, Palestra, 2008, pp. 465-466.

75 *Idem.*

Esta disposición, que prescribe un deber del trabajador, es parte del *ius variandi* excepcional, aunque un solo supuesto, y erraríamos en resumir en él toda su esencia. Porque la disposición tiene tan solo la capacidad de obligar al trabajador a colaborar en caso de siniestro o riesgo inminente, pero tal obligación se extingue cuando este finalice. ¿Qué haríamos, por ejemplo, en el caso que por el siniestro la marca indeleble del mismo sea la pérdida del establecimiento en que el trabajador ejecuta su prestación y por consiguiente se deba trasladar al mismo a otro local? ¿Podría el trabajador oponerse, aunque el nuevo centro de trabajo signifique un gasto económico temporal mayor en su traslado? En verdad no. Forma parte también del *ius variandi* excepcional que no se agota en el deber de colaboración en caso de siniestro o riesgo inminente.

La disposición no tiene, entonces, todo el alcance y contenido del *ius variandi* excepcional, aunque sí regula una forma de aplicación.

B. *Ius variandi* provisional y definitivo

El *ius variandi* provisional supone modificaciones temporales con aplicación limitada en el tiempo frente a circunstancias sobrevinientes que por ello implican un menor perjuicio para el trabajador y que por principio deberán ser aceptados por él, como una consecuencia de sus deberes de colaboración y solidaridad, así como la obligación de prestar los auxilios o ayudas extraordinarias que la empresa requiera, como se expuso en el párrafo anterior.

El *ius variandi* definitivo se instaura con vocación de permanencia, durabilidad o por duración definitiva, basado en la necesidad del proceso económico-industrial o vaivenes de la demanda en el mercado. El trabajador puede oponerse si el cambio impuesto le causa un daño o perjuicio y exigir que se ponga término al régimen impuesto o bien finalizar la relación, exigir una indemnización y los daños y perjuicios que se le han causado.

C. *Ius variandi* externo e interno

Esta tercera clasificación atiende a la vinculación entre el *ius variandi* y el acuerdo de voluntades original del contrato de trabajo, diferenciando el *ius variandi* que recae sobre condiciones convenidas expresamente, del que recae sobre condiciones presupuestas en el contrato.

Con esta clasificación se busca distinguir en el primer caso, las modificaciones introducidas en modalidades de las condiciones de trabajo expresamente pactadas y determinadas en el contrato, y en el segundo caso, las variaciones decretadas en aspectos que quedaron indeterminados y apenas presumidos en el momento de la celebración del contrato laboral.

Esta distinción, propuesta por De Ferrari y Livellara, citados por Ermida, señala que serían admisibles las variaciones sobre los aspectos indeterminados o supuestos en el contrato y no las recaídas en condiciones expresamente pactadas en la convención⁷⁶, excluyendo por tanto el *ius variandi* sobre aspectos expresamente convenidos o reglados por el contrato laboral (*ius variandi* externo), que no sería ya una clase de *ius variandi* sino un ejercicio ilícito y extralimitado del mismo; por consiguiente, una alteración unilateral e ilegítima del contrato.

A mí me parece que esta clasificación pierde sentido y daña precisamente aquello que quería proteger: por un lado la productividad de la empresa y por el otro la continuidad en la prestación de labores para el obrero; esto porque es una forma vigorosa de maniatar el poder de dirección del empresario, que no permite modificar las modalidades de las condiciones de trabajo (aun cumpliendo los requisitos) en la medida de las necesidades de la empresa (no del empresario) y exigencia del mercado.

76 Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 61, p. 58.

D. *Ius variandi organizativo y disciplinario*

El jurista uruguayo Plá Rodríguez, citado por Ermida Uriarte⁷⁷, distingue entre el *ius variandi* ejercitado en la búsqueda del interés objetivo de la empresa y el ejercitado con propósito disciplinario, bajo la reserva de que este último, y como se expone más adelante, es frecuentemente rechazado.

Con la primera distinción, el patrono busca ejercer su actividad directiva y organización de la empresa adecuando la prestación del trabajo subordinado según las necesidades técnicas o económicas de la empresa. Con la segunda forma el empleador cambiará modalidades de las condiciones de trabajo como sanción disciplinaria.

En cuanto a la aplicación del *ius variandi* como sanción disciplinaria, es una cuestión que se aborda en apartados siguientes, en que se concluye que está prohibido y rebasa los límites de la potestad patronal de variación por significar un ejercicio disfuncional. Además, en principio parece disconforme con la legislación laboral guatemalteca (artículos 20 y 60 del Código de Trabajo).

Así que, como afirma Fernández Gianotti:

[...] *el ejercicio del ius variandi, que por su naturaleza representa un módulo flexible de maniobra a los fines de la marcha de la empresa, no puede confundirse con el ejercicio de las facultades disciplinarias, salvo que el régimen legal admita en su elenco de sanciones alguna forma de cambio de las condiciones de trabajo*⁷⁸.

E. *Variaciones radicales y menores*

También existe en la doctrina la distinción entre dos modalidades del *ius variandi*, de acuerdo con la fuerza de la modificación según sea radical o menor, aunque se aclara que nunca es legítima la modificación radical de las modalidades de las condiciones de trabajo convenidas y que excede la facultad de

77 *Idem.*

78 *Idem.*

dirección del empleador de modificar las formas de prestación del servicio. En esta clasificación es cierto que:

[...] *no estamos ante dos modalidades diferentes del jus variandi, sino ante un caso que puede ser catalogado dentro de dicho instituto (cambios menores o no esenciales), y otro que lo rebasa constituyendo una situación de ejercicio ilegítimo del jus variandi: alteración ilícita del contrato (los cambios radicales o esenciales)*⁷⁹.

VI. Requisitos específicos para la aplicación legítima del *ius variandi*

El empleador, como afirma Hernández Rueda:

[...] *debe hacer un uso funcional, no arbitrario ni abusivo del ius variandi, que debe justificarse en las necesidades de la empresa, en las exigencias de la producción, en motivos razonables, lógicos. Dichos cambios, además, no pueden alterar las condiciones esenciales del contrato*⁸⁰.

Es menester además que el uso de esta facultad patronal no cause perjuicio material ni moral al trabajador (no debe confundirse perjuicio con molestia), que sea razonable y proporcional.

A mi criterio, los requisitos para la aplicación legítima del *ius variandi*, que se constituyen también en limitaciones, son los siguientes: *a)* razonabilidad y proporcionalidad; *b)* no alteración del núcleo del contrato; *c)* respeto del principio de indemnidad; y, *d)* prohibición del *ius variandi* como medida disciplinaria. A continuación se estudia cada uno de estos requisitos.

A. Razonabilidad y proporcionalidad

Según Plá Rodríguez:

El principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial, de que el ser humano en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Significa que el empleador debe poder invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio. Y, por tanto, debe contrapesarlas, llegado

79 Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 61, p. 62.

80 Hernández Rueda, Lupo, *op. cit.*, nota 53, p. 8.

*el caso, con eventuales razones invocadas por el trabajador para oponerse en la situación concreta*⁸¹.

El jurista peruano Toyama Miyagusuku, citado por Elmer Arce Ortiz, explica que el concepto de razonabilidad puede estructurarse en un triple sentido: *a)* debe existir motivación en el acto del empleador, es decir, una justificación de la medida sobre una base objetiva; *b)* la motivación debe ser suficiente o proporcional; y, *c)* la motivación del empleador debe ser coherente, es decir, debe verificarse una relación directa entre la causa y la modificación de la condición de trabajo.

El mismo autor que cita a Toyama recuerda una tesis de Martín Candela que propone un complemento en el análisis de adecuación con la necesidad y proporcionalidad de la medida, puesto que lo que Toyama denomina razonabilidad no es más que un análisis de adecuación de las prestaciones laborales a las necesidades de la empresa, en la medida que basta cualquier necesidad empresarial para entender razonable la modificación⁸².

El principio de razonabilidad, sobra decirlo, no es exclusivo del derecho laboral (*Qui vivere est cogitare; cogitatio* cartesiano). Todo el ordenamiento jurídico está estructurado en torno a criterios de la razón y la justicia. Constituye un límite aplicable a aquellos comportamientos en los cuales la norma no puede prescribir límites rígidos ni tampoco prever casuísticamente todas las posibilidades.

La finalidad del principio es la protección de los derechos fundamentales del trabajador, de tal modo que el progreso capitalista no sea sinónimo de empeoramiento del trabajador en el ejercicio de los derechos humanos que le son inherentes⁸³.

81 Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2ª ed., Argentina, Depalma, 1978, p. 298.

82 Arce Ortiz, Elmer, *op. cit.*, nota 74, p. 468.

83 Fernando Valdés Dal-Ré afirma que “la empresa –en cuanto poder privado– constituye una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador. Y ello no por considerar tales poderes como intrínseca y ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por el hecho cierto de que la lógica empresarial (sus principios y valores) actúa *naturaliter* como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo así su desarrollo. Consultado en: Valdés Dal-Ré,

El profesor Laxague, citado por Valeria Marín Etérovic y Catalina Provoste Vargas, señala que:

[...] *si a éste [al patrono] le pertenece la responsabilidad de la conducción económica de la empresa, a él le corresponde la facultad correlativa de organizar el trabajo y ajustar las diversas modalidades del funcionamiento de la empresa y, por tanto, de la prestación de las tareas de cada uno de los trabajadores. Pero en cada acto que se ejercite este derecho, debe poder justificarse desde el punto de vista de la razón, en el caso de ser controvertido o resistido*⁸⁴.

Ahora bien, en la praxis, que el cambio impuesto por el empleador sea razonable significa que responda a las necesidades de producción de bienes y servicios (interés colectivo de la empresa) sin atropello de los derechos fundamentales del trabajador. Esto excluye toda modificación veleidosa o apoyada en el solo interés lucrativo del capitán de industria. La legalidad del negocio laboral impide que una de las partes de modo antojadizo determine el comportamiento de la otra. Y a ese respecto, al “imponer al trabajador la prestación de servicios en tiempo, lugar o condiciones diversas de las primigeniamente contratadas sin su consentimiento, se afectaría su derecho contractual”⁸⁵.

La receta legal para evitar la arbitrariedad y obligar la razonabilidad se encuentra en la necesidad de justificar la decisión empresarial en razones de organización de la industria, y la proporcionalidad de la misma.

Este último elemento de “proporcionalidad” es de capital importancia porque, como resaltaban algunos tratadistas en párrafos anteriores, la razonabilidad es insuficiente para la protección que el *ius variandi* pretende, pero encuentra un coadyuvante en la proporcionalidad que se exige entre la medida modificatoria que el patrono impone y la necesidad que apremiaba.

Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en: *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, España, La Ley, 1990, t. I, p. 277.

84 *Idem*.

85 Karpiuk, Héctor Horacio, *op. cit.*, nota 52, p. 226.

B. No alteración del núcleo del contrato

En este caso resulta intrincado determinar lo nuclear o esencial dentro del contrato de trabajo, cuestión en la que no existe consenso definitivo.

Desde una óptica, Pozzo, citado por Carlos Pose⁸⁶, asevera que el patrono puede hacer uso del *ius variandi* siempre que no entrañe para el empleado una disminución en la retribución o en su jerarquía ni le obligue a un esfuerzo para adaptarse a las nuevas tareas que no son las de su especialización, o la variación traiga aparejada un peligro para su salud o incomodidades reales que no fueron previstas cuando formalizó el contrato de trabajo.

Desde otra perspectiva, Filas, también citado por Carlos Pose⁸⁷, categoriza el contenido de las prestaciones del trabajador en condiciones estructurales (que deben permanecer invariables) y coyunturales (que admiten modificaciones); el mismo autor estima que son condiciones estructurales: *a)* la calificación profesional; *b)* la categoría laboral alcanzada dentro del escalafón convencional; *c)* la remuneración; y, *d)* el horario asignado al operario cuando ingresó. Por el contrario, son condiciones coyunturales, el establecimiento donde se prestan funciones, la integración de equipos de trabajo y la determinación de normas técnicas procesales de labor.

Dentro del mismo texto, Fernández Madrid estima que son condiciones esenciales la retribución y jerarquía, y que son no esenciales el horario, sector de trabajo y las tareas a realizar. Así mismo, Vázquez Vialard considera que las modificaciones admitidas pueden referirse al lugar de trabajo, a modificaciones no fundamentales del horario y al tipo de actividad dentro de la misma categoría profesional⁸⁸.

Como adelanté en páginas anteriores, no me parece que entre las condiciones que se enlistaron –salario, categoría laboral,

86 Pose, Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 28.

87 *Idem.*

88 *Idem.*

horario y jornada, y lugar de trabajo— pueda hacerse válidamente la distinción entre condiciones esenciales y no esenciales; más bien, considero que la concreción del contenido de estas condiciones —las modalidades— pueden variarse pero no drásticamente o sustancialmente. Estas son todas, *conditio sine qua non* en la relación de trabajo, aunque actualmente algunas —como el horario-jornada y el lugar de trabajo— entran en crisis por las nuevas formas de contratación. Y si se dice *sine qua non*, esto significa que no hay relación de trabajo sin su existencia y ello es prueba de la esencialidad de todas.

En el Código de Trabajo guatemalteco no existe distinción entre condiciones de trabajo esenciales y no esenciales; tiene este más bien una única categoría de condiciones del contrato individual de trabajo, que desde el punto de vista de la modificación admite variaciones sustanciales y no sustanciales.

Las condiciones del contrato individual de trabajo son: a) la materia u objeto; b) la forma o modo del desempeño del trabajo; c) el tiempo de la realización; d) el lugar de ejecución; y, e) las retribuciones⁸⁹. Estas condiciones, en virtud del cuarto párrafo del artículo 20, no pueden alterarse **fundamental o permanentemente** (énfasis es propio), salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa.

Esta disposición implica que para la legislación guatemalteca, puede alterarse el núcleo del contrato (al alterar sustancialmente sus condiciones) siempre que exista acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Esto porque recoge principalmente el *ius variandi* amplio y por argumento *a contrario sensu* el *ius variandi* restrictivo.

Sin embargo, suscita muchas dudas el empleo de una disyunción que separa lo fundamental de lo permanente, porque implica que las condiciones no se pueden variar —incluso en el caso que sean modificaciones no sustanciales— si se hace de modo permanente.

89 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 20, último párrafo.

Tal cuestión se resuelve definitivamente con la *ratio legis* revelada a través de la jurisprudencia, en la cual se confirma que el legislador entiende que el despido indirecto puede ejercitarse cuando se modifican las condiciones del contrato individual de trabajo de modo sustancial, no así cuando se modifican accesoriamente aunque de modo permanente.

El artículo anterior implica además, que el empresario podrá variar todas las modalidades que no se encuentran en ese listado –de modo sustancial o no– porque no se califican de condiciones y no se extiende la protección de accesoriedad a ellas.

El Código de Trabajo sí reconoce que ciertas condiciones tienen capital importancia, como el salario y la categoría. En fe de lo anterior, el artículo 77 literal j, faculta al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte, cuando “el patrono o su representante en la dirección de las labores traslade al trabajador a un puesto de menor categoría o con menos sueldo o le altere fundamental o permanentemente cualquier otra de sus condiciones de trabajo”.

Estas prescripciones sobre *ius variandi* (sobre todo por la interpretación y no por la letra) en el Código de Trabajo le dan mucha más amplitud que la que se prefiere, y la que el concepto delimitado indica (esto se profundizará en el capítulo siguiente) porque el Código permite modificar sustancialmente las condiciones del contrato individual de trabajo con autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando así lo justifique el interés económico de la empresa, y se consideró que tal cuestión es ilegítima, y debería poder modificarse la modalidad y contenido de las condiciones del contrato individual de trabajo solamente de modo no sustancial y siempre que cumpla con los requisitos de procedencia. Hace falta además la enunciación de lo que es una variación sustancial. (Para esta especificación se estudiará casuísticamente cada condición en páginas siguientes, meditando sobre la legitimidad de modificar su contenido).

Parece además, luego de esta exposición del Código de Trabajo guatemalteco, que el único requisito que impone es la no alteración del núcleo del contrato; no hay alusiones a la razonabilidad, proporcionalidad o indemnidad. Y siendo así, bastaría con que el interés económico de la empresa exija reestructuración para modificar las modalidades de la prestación del servicio, sin importar que se ocasione perjuicio al trabajador al decretar la variación.

C. Respeto del principio de indemnidad (*Aliud esse laborem injungere, aliud injuriam facere*⁹⁰)

En cumplimiento de este principio, que significa no causar daño al trabajador en la modificación, el empleador debe cuidar que sus decisiones no causen daño ni perjuicio material o moral al trabajador afectado (*reformatio in peius*). Implica una actividad del empleador para superar la vicisitud contemplando los intereses legítimos del trabajador, proponiendo para el efecto soluciones compensatorias, ya que es el mismo quien tiene los mecanismos para la alternancia de las soluciones. Fernández Madrid advierte a este respecto que “aun cuando se compensaran adecuadamente los eventuales perjuicios económicos, el cambio puede no ser exigible si implicara sacrificios desmedidos al trabajador o éste tuviera que alterar su sistema de vida”⁹¹.

Vásquez Vialard⁹² ejemplifica como casos del *ius variandi* que lesionan el interés material o económico del trabajador, la rebaja de la remuneración, los mayores gastos de traslado, la imposibilidad de ejercer otro empleo, el cambio de tareas o de lugar de trabajo en relación con la salud física del empleado, etc.

El daño moral puede estar representado por la perturbación del sistema de vida del trabajador (verbigracia: disminuir su tiempo libre) o por su des-jerarquización dentro del organigrama de trabajo, lo cual va en desdoro de su figura frente al resto de

90 La traducción libre a la letra es: “Una cosa es imponer un trabajo, y otra cometer una injuria”. (Ulpiano, Libro XLVII, Título X, Ley 13).

91 Pose Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 32.

92 Vásquez Vialard, Antonio (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, Argentina, Astrea, 1982, p. 649.

la comunidad laboral. (Verbigracia: a un trabajador con rango y responsabilidad se le traslada a un puesto de labor ficticio).

En relación con este principio, el último autor considera dos supuestos bastante pertinentes:

- a) Si el hecho o la modificación que se invoca como perjudicial fue tenido en cuenta al concertarse el negocio jurídico: 1) si en el contrato se fijó que determinados cambios no podían hacerse y el empleador realiza el cambio, la existencia del perjuicio será de fácil acreditación; 2) *contrario sensu*, si contractualmente se facultó al empleador para realizar modificaciones, en principio la convención será legítima, y admisibles las modificaciones con la reserva para el empleador de que no podrá actuar de modo arbitrario ni perjudicar moral o materialmente al trabajador.
- b) Si el hecho o la modificación invocada como perjudicial no se consideró al concertarse el negocio jurídico, se debe diferenciar: 1) si el trabajador dentro de la disponibilidad de su tiempo libre contrajo otras obligaciones o compromisos, que de algún modo frenarían un ejercicio futuro del *ius variandi*, y que el empleador toleró sin invocar los intereses de la empresa, en cuyo caso no podrá luego introducir tales cambios perjudiciales a aquél; 2) será inversa la solución si el trabajador invoca la situación cuando se le notifica el cambio legítimo, y el empleador desconocía tales antecedentes⁹³.

La doctrina argentina proclama, además, el principio del mínimo perjuicio posible, que exige al patrono el miramiento de causar, en caso de ser necesario y justificado, el mínimo perjuicio posible, lo cual significa en muchas ocasiones la entrega de una compensación.

D. Prohibición del *ius variandi* como medida disciplinaria

La doctrina es bastante homogénea en considerar ilegítima la aplicación del *ius variandi* infligido como medida disciplinaria o sancionatoria. Esto porque el *ius variandi* se concede al empleador

93 *Ibidem*, p. 648.

“para dirigir la empresa, para organizar el trabajo, de acuerdo con las necesidades técnicas o económicas reales y objetivas de la producción o el servicio”⁹⁴. Plá Rodríguez, citado por Ermida Uriarte, expresa que:

*[...] la aplicación de sanciones que importen una modificación de las condiciones de trabajo desnaturaliza ese propósito, pues no se ve en ese trámite una posibilidad de reconducir al empleado incurso en falta promoviendo su normal adaptación al ritmo empresario, sino un desplazamiento de su función específica sin acreditación de las notas de razonabilidad y necesidad*⁹⁵.

El *ius variandi* no debe confundirse con el ejercicio de las facultades disciplinarias, salvo que el régimen legal admita de alguna forma el cambio de las condiciones de trabajo como medida punitiva.

En mi opinión, el poder disciplinario del patrono es también una ramificación del poder de dirección, porque la finalidad es básicamente la misma, no penalizar por penalizar, sino más bien con el afán de dirigir la empresa, de posibilitarla.

En tal sentido, en el caso de Guatemala, la manifestación por antonomasia del poder de dirección del patrono es la elaboración y vigencia del reglamento interior de trabajo. Dentro del mismo se contienen disposiciones estrictamente de dirección y comportamiento, con la respectiva sanción en caso de incumplimiento, y esto, en aval de lo ya dicho, sugiere que la penalización busca disuadir y faculta al patrono para controlar cualquier acto anárquico dentro de la empresa. Pero el patrono solamente tiene estas facultades disciplinarias porque es director, y porque el trabajador es dirigido en los términos dispuestos en el artículo 18 del Código de Trabajo. Si del poder de dirección se origina el poder disciplinario, esto significa que desciende de este, y como tal es contenido, no independiente del poder de dirección.

94 Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 61, p. 60.

95 *Idem*.

El reglamento interior de trabajo, por otra parte, es a veces facultad y a veces obligación. Uno de los contenidos del mismo está en la literal e) del artículo 60 que es “*las disposiciones disciplinarias y procedimientos para aplicarlas*”. Sin embargo, en este caso prohíbe expresamente “descontar suma alguna del salario de los trabajadores en concepto de multa”, así como suspender al trabajador sin goce de salario por más de ocho días o sin haber oído antes al interesado y a los compañeros de trabajo que este indique.

Sobre la posibilidad de aplicar el *ius variandi* como medida disciplinaria a la luz del Código de Trabajo guatemalteco, me propondo por la negativa por los motivos siguientes:

Si bien, *prima facie*, la norma que se citó parece permitir el *ius variandi* como medida disciplinaria, pues la prohibición de sanción se agota en no mermar el salario y “toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe”⁹⁶, debemos hacer un ejercicio hermenéutico integrador para llegar a la respuesta dada.

El artículo 20 del Código de Trabajo establece en el tercer párrafo que:

[...] *las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa* (énfasis añadido).

El *argumentum a contrario* de esta disposición permite modificar las condiciones del contrato individual de trabajo de forma no sustancial o temporal, sin necesidad del acuerdo expreso entre las partes o autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, por medio de quien ejerce el poder de dirección⁹⁷.

96 Asamblea Nacional Constituyente, *op. cit.*, nota 41, art. 5.

97 El esquema del *argumentum a contrario* según la lógica clásica es el siguiente: Si Todo S es P, entonces Ningún no-S es P. Según García Máñez, citado por Velázquez Carrera, dicho argumento “consiste en que cuando de modo expreso o tácito, una norma limita la aplicabilidad de su disposición solamente a determinada clase de personas, de ella puede inferirse, interpretándola a contrario, la existencia de otra cuya disposición se opone contradictoriamente a la de la primera, y cuyo ámbito personal de aplicación

Considero que la justificación de tales modificaciones insubstanciales siempre debe estar fundada en la situación económica de la empresa, porque son aplicables de modo supletorio las disposiciones de orden civil al contrato individual de trabajo, y una de ellas es que “desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes”⁹⁸. A esto se agregaría, con el afán de completitud, los requisitos ya mencionados para la procedencia del *ius variandi*.

Así que, en conclusión, pueden alterarse unilateralmente las condiciones del contrato individual de trabajo de forma accesorio, siempre que así lo justifique la situación económica de la empresa, y no ocasione un daño o perjuicio al trabajador. Se excluye la posibilidad de modificación como medida sancionatoria porque en ese caso no existirá justificación en la situación económica de la empresa.

VII. Criterios de apreciación en casos de duda sobre la posibilidad de aplicación legítima del *ius variandi*

Cuando exista un interés objetivo de la empresa en introducir una modificación y el perjuicio del trabajador sea obscuro o no muy evidente, se plantearán situaciones de dudosa solución.

Además de aplicar el principio de razonabilidad y proporcionalidad ya expuesto, Óscar Ermida propone considerar el principio protector, que toma en cuenta lo siguiente: *a)* el *ius variandi* debe ser interpretado estrictamente por cuanto es una facultad excepcional; *b)* en caso de duda, es válido optar por la solución que más favorezca al trabajador en cumplimiento de la regla *in dubio pro operario*⁹⁹. (Este principio está consagrado en el

está formado por los no comprendidos en el del otro precepto”. Consultado en: Velázquez Carrera, José Fernando, *Análisis comparativo del modelo de Eduardo García Máynez con algunos otros de lógica jurídica contemporánea*, Guatemala, Praxis, 2007, p. 167.

98 Jefe de Estado de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 22, art. 1519.

99 Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 61, p. 82.

artículo 106 de la Constitución Política de la República el cual dispone *in fine* que “en caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores”).

En relación con la aplicación de la regla *in dubio pro operario*, no estoy de acuerdo con Ermida en la amplitud de su aplicación, pretendiendo utilizarla en caso de duda sobre la posibilidad de aplicación del *ius variandi* por obscuridad o incertidumbre en la injuria al trabajador, ya que tal regla puede emplearse en caso de duda sobre la interpretación o alcance de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales y no existe duda en estos aspectos en el caso que se plantea sino, más bien, podría existir en el supuesto fáctico y en la posible consumación de injurias al trabajador.

Finalmente como dice Plá, citado por Ermida Uriarte, “no hay criterios rígidos, seguros e infalibles que sirvan para todos los casos, sino que debemos comparar valores heterogéneos, influidos por diversidad de circunstancias”¹⁰⁰.

VIII. Clasificación de las modalidades del *ius variandi* según la materia sobre la que recaer

A. El salario

El salario o sueldo es “la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del cumplimiento del contrato de trabajo o de la relación de trabajo vigente entre ambos”¹⁰¹.

El legislador, por su importancia macro-económica¹⁰², y porque esta remuneración está destinada a proveer a la subsistencia

100 *Idem*.

101 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 88.

102 Sobre el salario, Juan Pablo II, en la encíclica *Laborem Exercens* expresó que: “No existe en el contexto actual otro modo mejor para cumplir la justicia en las relaciones trabajador-empresario que el constituido por precisamente por la remuneración del trabajo. Independientemente del hecho de que este trabajo se lleve a efecto dentro del sistema de la propiedad privada de los medios de producción o en un sistema en que esta propiedad haya sufrido una especie de socialización, la relación entre

del trabajador y de su grupo familiar, y constituye el medio de vida de la clase social más numerosa, lo protege de modo especial. En tal sentido, inspirado por varios principios que regulan la “igualdad de salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad”¹⁰³ (principio de igualdad), el derecho a “devengar un salario mínimo que cubra sus necesidades normales de orden material, moral y cultural y que le permita satisfacer sus deberes como jefe de familia”¹⁰⁴ (principio de suficiencia), la conmutatividad, que implica lo cierto de las prestaciones y que el salario “debe ser determinado por patronos y trabajadores, pero no puede ser inferior al que se fije como mínimo”¹⁰⁵ (principio de conmutatividad), así como el principio de intangibilidad en virtud del cual la remuneración se otorga en el modo, tiempo y lugar pactado, en forma íntegra y oportuna, entre otros.

Esta capital importancia le imprime el carácter de esencialidad que inhibe toda intención modificatoria en el ejercicio del *ius variandi*, aunque desde la perspectiva asumida para la variación de modificación no sustancial, podría entenderse que puede mermarse en una cuantía insignificante, siempre que no ocasione un daño o perjuicio al trabajador. Se evalúan a continuación algunos supuestos que podrían darse en el cambio del salario:

1. *Rebaja en las remuneraciones*

Como se indicó, cualquier rebaja de los sueldos, salarios o comisiones lisa y llana que el trabajador obtenga por su trabajo, impuesta unilateralmente por el patrono, constituye motivo suficiente para que el trabajador resista con los medios al alcance que adelante se detallan. Uno de ellos es el despido indirecto, y que referente al salario, en el artículo 79 del Código de Trabajo, permite al trabajador darse por despedido con justa causa cuando

el empresario (principalmente directo) y el trabajador se resuelve en base al salario: es decir mediante la justa remuneración del trabajo realizado”. Juan Pablo II. *Carta Encíclica “Laborem Exercens” sobre el trabajo humano*, Guatemala, San Pablo, 2007, p. 78.

103 Asamblea Nacional Constituyente, *op. cit.*, nota 41, art. 102, literal c).

104 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 103.

105 *Ibidem*, art. 91.

“el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados”.

Dicha disposición es muy clara al sostener que cualquier disminución al salario, por nimia que sea, es causa justa para dar por terminado el contrato individual de trabajo por el trabajador.

Como afirma Cabanellas:

*En el supuesto de que las posibilidades económicas no le permitan mantener los salarios estipulados, debe recurrirse a la suspensión o disolución del contrato por crisis de producción, o seguir el correspondiente procedimiento legal, sin que al trabajador se le pueda obligar a aceptar una disminución en la retribución convenida*¹⁰⁶.

Respecto al consentimiento del trabajador en caso de reducción de la remuneración, parece viable considerar que si el trabajador prestó su consentimiento expresamente, la disminución resulta válida¹⁰⁷. (Esto siempre que no viole el principio de irrenunciabilidad de derechos ni el orden público laboral en la interpretación propuesta en el capítulo primero, que no lo confunde con la irreversibilidad, pues aquí se debe considerar que dentro de la irrenunciabilidad existen unos derechos que son indisponibles y otros de los cuales sí se puede disponer por cuanto están por encima del mínimo de derechos que otorga la Constitución a los trabajadores).

No estoy de acuerdo, por el contrario, en admitir el consentimiento tácito o silencio del trabajador, como válido en la modificación de las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo. Esto porque –como se detalló en la parte que

106 Cabanellas, Guillermo, *op. cit.*, nota 15, p. 844.

107 Esto porque el trabajador es libre para contratar. Vázquez Vialard a este respecto, disertando sobre la irrenunciabilidad de derechos, expresa: “La situación del trabajador no debe asimilarse a la de un incapaz que no puede contratar; como ocurre con toda persona en la mayor parte de las circunstancias de la vida, debe hacer una opción entre dos situaciones, cada una de las cuales trae aparejado cierto perjuicio que la persona decide debe compatibilizar con ciertos derechos que la situación le depara (a veces una cierta tranquilidad). Salvo los casos en que se acredita que ha habido un vicio de consentimiento, debe respetarse esa libertad; no puede valorarse desde afuera qué es lo que más le convenía, ya que ello depende de las particulares preferencias (legítimas) de cada uno, de las aptitudes, edad, carácter, relaciones, etcétera”.

distinguió el *ius variandi* de la novación— este último requiere el acuerdo de las partes, como en este caso, y este supuesto de novación objetiva presupone un *animus novandi* que no es presumible en ningún caso.

Son válidas para esta ocasión las conclusiones que al respecto esgrimen Ivana Bisonard y Juan Ignacio Ferrer:

Desde esta perspectiva, podemos destacar que: a) sólo por la vía de la novación puede el empleador realizar modificaciones sobre aspectos esenciales del contrato de trabajo, las que, a su vez, le son vedadas expresamente por medio del ius variandi; b) en caso de realizarse una modificación sobre elementos accidentales del contrato, si ésta ha sido legitimada por la vía del silencio del trabajador, se estará saliendo del ámbito del ius variandi, para entrar en el de la novación objetiva, y c) finalmente, debe destacarse, que siempre que se analice la novación de cláusulas contractuales, habrá de verificarse si se ha vulnerado el principio de irrenunciabilidad que en todos los casos está en juego¹⁰⁸.

2. Variación decreciente a un aumento salarial provisional

En esta situación, si el aumento salarial que el patrono decretó a favor del trabajador se hizo de modo provisional, por circunstancias dentro de la empresa, como puede ser la asignación de una carga de trabajo mayor o una situación imprevista que requiere de la pericia del empleado, puede modificarse sin constituir un ejercicio ilegítimo de *ius variandi*. La modificación consistiría en regresar el salario a su monto primigenio. Esto precisamente dispone el artículo 80, literal j del Código de Trabajo en su último párrafo, que *verbatim* expresa: “Cuando el ascenso o aumento de salario se hiciere en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, el patrono tampoco incurre en responsabilidad al volver al trabajador a sus condiciones originales”. Sin embargo es mi opinión que, en este caso, si cesan las circunstancias calificadas que justificaban la temporalidad en el aumento salarial y el patrono no detiene el incremento remuneratorio, no podrá posteriormente disminuir el salario sin responsabilidad.

108 Costamagna, Oliver (dir.), *Doctrina judicial del Tribunal Superior de Córdoba, Sala Laboral*, Argentina, Alveroni, 2005, p. 96.

3. *Eliminación de alguna ventaja económica*

Es mi criterio que las ventajas económicas, que son “todo bien o servicio valorable pecuniariamente, que el trabajador recibe o disfruta con ocasión del trabajo y con regularidad, a costa del patrono”¹⁰⁹, reguladas en el artículo 90 del Código de Trabajo, *in fine*: “las ventajas económicas, de cualquier naturaleza que sean, que se otorguen a los trabajadores en general por la prestación de sus servicios, salvo pacto en contrario, debe entenderse que constituyen el treinta por ciento del importe total del salario devengado”, sí son modificables por medio del *ius variandi*, pues si bien constituyen doctrinariamente una especie de sobre-salario, no pueden calificarse de sustanciales porque el trabajador las percibe como consecuencia del estado de bienestar o prosperidad en que se encuentra el patrono, y si desmejorara, se ve en la necesidad de reducir gastos superfluos como imperativo administrativo, lo cual le permite cumplimentar el principio de continuidad en el trabajo en beneficio de sus trabajadores. Además, como las ventajas económicas no son una categoría laboral, no existe prohibición para su modificación sustancial o accesorio, por lo que no hay regulación que impida su disminución.

4. *Rebaja en las remuneraciones (pecunia numerata¹¹⁰) compensada con alimentos y artículos análogos*

Si se admite la modificación no sustancial de las condiciones del contrato de trabajo, teniendo el cuidado de variar de modo razonable y proporcional y de no ocasionar daños y perjuicios al trabajador, esto nos conduce a la pregunta de si modificar el salario exigentemente en su cuantía en dinero amonedado encuadra dentro del ejercicio del *ius variandi*, y se decía que si lisa y llanamente se disminuye, hay un claro perjuicio económico para el trabajador. Sin embargo podría ser que el patrono, por la condición económica de la empresa, afronte problemas de liquidez y que pese a ello, por

109 Juárez Cajbón, Norma Aracely, *Las ventajas económicas, su regulación y consecuencias*, Guatemala, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2004, p. 37.

110 La traducción libre es: “Dinero amonedado”.

los recursos previamente adquiridos o por contactos profesionales, tenga la posibilidad de compensar de modo no dinerario la disminución en la remuneración de dinero amonedado. Esto significa pagar solamente una proporción de la cuantía del salario en artículos necesarios para el trabajador. Propiamente no hay una rebaja en la remuneración –que la mayoría de la doctrina excluye del *ius variandi* con bastantes bríos–, sino más bien una opción de remuneración no amonedada. Sin embargo, esta opción se admite solamente en el caso de los trabajadores campesinos.

En el cuarto párrafo del artículo 90 del Código de Trabajo se expresa:

No obstante las disposiciones anteriores, los trabajadores campesinos que laboren en explotaciones agrícolas o ganaderas pueden percibir el pago de su salario, hasta en un treinta por ciento del importe total de éste como máximo, en alimentos y demás artículos análogos destinados a su consumo personal inmediato o al de sus familiares que vivan y dependan económicamente de él, siempre que el patrono haga el suministro a precio de costo o menos.

B. La categoría laboral

La categoría es “cada una de las clases establecidas en una profesión, carrera o actividad” o bien la “condición social de unas personas respecto de las demás”¹¹¹.

En la relación de trabajo es importante porque, como se indicó, es un contrato *intuitu personae* que en cuanto al trabajador tendrá por objeto la prestación de una actividad personal e infungible, en atención a la condición profesional del trabajador.

La categoría sirve como referencia para establecer la calidad del trabajo prometido por el dependiente al patrono. Cada trabajador se distingue en su oficio o profesión, por la especialización que tiene y por las tareas que constituyen su prestación. Además, la categoría

111 Según la primera y segunda acepción del término categoría en el Diccionario de la Real Academia Española. Información disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=categoria.

constituye un delimitador de la posibilidad y potencialidad para cumplir labores distintas dentro de la empresa.

En la doctrina se ha distinguido entre categoría o calificación contractual y calificación profesional. Esta última es una aptitud subjetiva del trabajador, que puede ser ajena al contrato de trabajo. Según Carlos Pose, la categorización laboral hace al objeto del contrato de trabajo, mientras que la calificación profesional mira a las cualidades laborales del sujeto¹¹².

La categoría laboral, como se indicó páginas atrás, es parte de las condiciones del contrato individual de trabajo, y su modificación unilateral solamente es posible si la modificación del *status* del trabajador en la empresa es no sustancial y no le acarrea ningún daño o perjuicio que exceda los poderes del *ius variandi*.

Analicemos los tres supuestos que podrían darse: a) rebaja de categoría; b) re-asignación a categoría similar; o, c) ascenso.

1. *Rebaja de categoría*

Constituye un acto antijurídico que lesiona la estima del trabajador y que normalmente configura un concurso de violaciones, porque por una parte se afecta la estima, y por otra, normalmente se acompaña con una merma salarial.

En el marco laboral guatemalteco la categoría tiene, como condición, una capital importancia; de allí que se faculta al trabajador para darse por despedido cuando “el patrono o su representante en la dirección de las labores traslade al trabajador a un puesto de menor categoría”¹¹³.

Existen en la legislación guatemalteca (artículo 79 literal j del Código de Trabajo) dos supuestos excepcionales bajo los cuales se admite la rebaja de categoría:

112 Pose Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 50.

113 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 79 literal j.

- a) Cuando el trabajador hubiere ascendido a un cargo que comprenda funciones diferentes a las desempeñadas en el cargo anterior, en cuyo caso el patrono puede, sin responsabilidad, devolverlo a su cargo original dentro del período de prueba si establece la manifiesta incompetencia de este en el desempeño del puesto al que fue promovido. Este es propiamente un ascenso con la reserva de aptitud y desempeño aceptable del trabajador para su permanencia en el cargo. Luego de transcurrido el período de prueba, el patrono estaría ejercitando un *ius variandi* ilegítimo.
- b) Cuando el ascenso se hiciere en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, en cuyo caso el patrono tampoco incurre en responsabilidad al volver al trabajador a sus condiciones originales. En este supuesto se me ocurre que el trabajador podría estar cubriendo a uno de sus pares por estar el último suspendido o con licencia. En este caso, sí se admitiría desde mi punto de vista, que transcurran más de dos meses que constituye el periodo de prueba, sin impedimento para regresar al trabajador a sus condiciones primeras. Sin embargo, si el trabajador sustituido no regresa a su cargo, por renuncia o despido por ejemplo, y el empleador conserva al ascendido, no puede posteriormente alegar la temporalidad para degradarlo al cargo primero, porque dicha temporalidad cesó al momento de la renuncia del trabajador sustituido.

Respecto al período de prueba, el artículo 81 del Código de Trabajo indica que:

[...] en todo contrato por tiempo indeterminado los dos primeros meses se reputan de prueba, salvo que por mutua conveniencia las partes pacten un período menor. Durante el período de prueba cualquiera de las partes puede ponerle término al contrato, por su propia voluntad, con justa causa o sin ella, sin incurrir en responsabilidad alguna.

Si el contrato no fuere por tiempo indeterminado, recordando que “los contratos a plazo fijo y para obra determinada tienen carácter de excepción y sólo pueden celebrarse en los casos que así lo exige la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a

prestar o de la obra que se va a ejecutar”,¹¹⁴ entonces no existe esta excepción de la categoría, y además, no existe período de prueba. El ejercicio de re-categorización sería ilegítimo por la temporalidad del contrato, que de permitir *ius variandi*, este se erigiría en una herramienta para el incumplimiento contractual.

2. *Reasignación a categoría similar*

En este caso, es mi opinión que se incorpora dentro del contenido del *ius variandi* reasignar al trabajador a otra categoría similar a la que poseía, en la que no se le afecta ni el salario o estima e imagen laboral y que además no representa una carga mayor, salvo quizás el aprendizaje de nuevos conocimientos que la nueva categoría requiere (que lo obligará a lo sumo a asistir a capacitaciones). (Verbigracia: al jefe de ventas de vehículos sedan de una marca europea se le nombra jefe de ventas de vehículos agrícolas de la misma marca europea, con el mismo salario aunque con una diferencia en la distancia que se tiene que trasladar, que sin embargo, no es irrazonable).

En la ley laboral actual la reasignación a categoría similar también está normada. El artículo 79 literal j) regula que el trabajador puede terminar el contrato con responsabilidad para el patrono cuando este o su representante “en la dirección de las labores traslade al trabajador a un puesto de **menor categoría o con menos sueldo** [resaltado es propio]”.

Esto puede interpretarse en el sentido de que el traslado de un trabajador a categoría similar es válido siempre que no implique rebaja salarial, aunque la regulación es insuficiente y de todos modos habría que revisar si el traslado cumple con los requisitos doctrinales expuestos para el *ius variandi* restrictivo que no se recogen en el Código de Trabajo vigente.

114 *Ibidem*, art. 26.

3. *Ascensos*

Es notorio que el trabajador alberga la esperanza de una promoción en el empleo; esto es, la ocupación de una categoría superior a la que hasta ese momento venía ostentando, con implicación en el contenido de la prestación laboral (funciones) y normalmente también en el salario (aunque podría decretarse un ascenso en categoría y no observarse aumento de salario).

En tal sentido, es parte del *ius variandi* expuesto, y como afirma Cabanellas, “no exige el consentimiento del subordinado; ya que la transferencia de un empleo a otro superior puede estimarse como parte del contenido del contrato, cual evolución natural del mismo con el tiempo, la práctica o las aptitudes reveladas en la empresa”¹¹⁵.

El ascenso, sin embargo, no significa siempre el mejoramiento de todas las condiciones de trabajo, pues aunque puede significar un aumento de salario también un aumento de carga de trabajo que el trabajador no está dispuesto o preparado para asumir por condiciones de salud, familiares, religiosas u otras. Así, podría resultar ilegítimo y no ser imponible en la situación expuesta. Y en tal sentido debe permitirse al trabajador evaluar el costo de oportunidad que el ascenso implica; frente al incremento salarial por las nuevas funciones, y hasta nuevo horario, la disminución de tiempo familiar, conyugal¹¹⁶, etc. También podría resultar ilegítimo en el caso que se mejore en categoría pero el salario permanezca invariable, pues dada la inversión adicional en tiempo y en esfuerzo, resulta un daño moral y perjuicio económico para el trabajador.

Referenciado al marco regulatorio guatemalteco, el artículo 80 literal j) faculta al trabajador a considerarse despedido en forma

115 Cabanellas, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, 4ª ed., Argentina, Heliasta, 2001, p. 841., t. I.

116 Una defensa filosófica del daño producido en el obrero podría estar en su disenso respecto al ideal de progreso occidental a veces de carácter economicista, porque como afirma el Prof. Rougier, “Lo que occidente llama progreso podría parecerles a algunos hombres un desasosiego carente de significado. No tenemos derecho a imponerles nuestros valores y nuestros modelos de conducta”. Rougier, Louis, *El genio de Occidente (raíces clásicas y cristianas de la civilización occidental)*, 2ª ed., España, Unión Editorial, 2005, p. 252.

indirecta “cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores traslade al trabajador a un puesto de menor categoría” o “le altere fundamental o permanentemente cualquiera otra de sus condiciones de trabajo”, artículo que en conjunto permite al trabajador alegar (aunque parece absurdo si no se atienden las razones expuestas) la modificación sustancial de las condiciones de trabajo al haber sido ascendido a una categoría que no es la que se pactó en el contrato y si no acepta le obliga a finalizar la relación de trabajo (aunque en modo transparente parece evidente que el Código solamente califica como injuriosa la asignación de categoría inferior, pues es para esta en específico que reguló el despido indirecto como respuesta jurídica).

Me parece que la posición a asumir respecto al ascenso es la que esgrime el profesor brasileño Octavo Bueno Magano, quien afirma que “*em princípio, o empregado não pode recusar a promoção, salvo motivos ponderosos, que devem ser comunicados ao empregador*”¹¹⁷.

C. La función del trabajador

La función del trabajador hace alusión a las ocupaciones, tareas o quehaceres asignados al trabajador o sobreentendidos en virtud del contrato individual de trabajo suscrito.

Según el jurista Carro Zúñiga:

[El] aumento de tareas es posible y lícito aun contra la voluntad del empleado, cuando las funciones recargadas son de la misma naturaleza de las convenidas o de las que se vienen desempeñando, y si, además, se da dentro de la misma jornada y en armonía con la capacidad y aptitudes del empleado¹¹⁸.

117 La traducción libre es: “En principio el trabajador no puede rehusar el ascenso, salvo causas de gran justificación, las cuales deben comunicarse al patrono”. Bueno Magano, Octavio, “Modificações do contrato de trabalho”, en: Buen Lozano, Néstor de y Morgado Valenzuela, Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, IJ-UNAM, 1997, 474. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/30.pdf>.

118 Carro Zúñiga, Carlos, *Derecho del trabajo costarricense*, Costa Rica, Juricentro, 1974, p. 116.

Dicha formulación me parece insuficiente si no se agrega la necesidad de que la variación no constituya indirectamente una disminución en el ingreso ni una sobrecarga física o mental.

Así que el patrono tiene, en principio, la facultad de reorganizar la empresa, disponiendo la redistribución de funciones, de tal modo de asignarle a una dependencia o departamento una función que anteriormente correspondía a otro. Montoya Melgar considera que el empresario es libre de ordenar cambios de funciones en el seno de la empresa siempre que respete: “a) la titulación académica o profesional exigida para el desempeño del puesto de trabajo, y b) la pertenencia al grupo profesional”¹¹⁹.

Podría ser ilegítimo si se perjudica patrimonialmente al trabajador, lo cual se daría, por ejemplo, en el caso que el cambio de funciones se utilice como medio persecutorio del subordinado, maculando el principio de indemnidad. Relacionado con esto, el artículo 10 del Código de Trabajo prohíbe:

[...] tomar cualquier clase de represalias contra los trabajadores con el propósito de impedirles parcial o totalmente el ejercicio de los derechos que les otorguen la Constitución, el presente Código, sus reglamentos o las demás leyes de trabajo o de previsión social, o con motivo de haberlos ejercido o de haber intentado ejercerlos.

También se verifica un perjuicio patrimonial si al asignar otras funciones el trabajador pierde la posibilidad de un ingreso que antes recibía. (Verbigracia: un trabajador es trasladado al cargo que tenía otro, y viceversa, pero además del cambio de funciones y categoría, el salario sigue al cargo detentado y uno de ellos observa un aminoramiento en su salario).

Otro obstáculo para aplicar la modificación de las funciones consiste en la posibilidad de un daño moral que se pueda generar al imponer tareas que requieren una mayor sobrecarga física o mental o bien que impliquen una disminución de la imagen del trabajador ante sus compañeros de trabajo. Además, siguiendo

119 Montoya Melgar, Alfredo, *op. cit.*, nota 8, p. 419.

la jurisprudencia argentina, si “las nuevas tareas asignadas eran extrañas a aquéllas para las que se había formado el dependiente y le requerían un esfuerzo de aprendizaje y adiestramiento a los que, por su edad y psicológicamente, no se hallaba dispuesto”¹²⁰.

Si las funciones que se asignan son de distinta naturaleza de las contratadas, es necesario distinguir entre empleados que carecen de calificación o que la dejan de lado al contratar, y aquellos que sí tienen calificación.

Si los empleados no poseen calificación, el poder de dirección se manifestará con mayor amplitud, porque el objeto del contrato en este supuesto no consiste en realizar actividades específicas sino diversas.

Para los empleados que poseen calificación, el empleador encuentra mayor estorbo en la modificación de las tareas. Como se afirmó, puede asignarles tareas distintas en el ejercicio del *ius variandi* excepcional; sin embargo, si no es este el caso, la posibilidad pende de la naturaleza de las funciones. Como recalca Ramírez Gronda, citado por Carro Zúñiga: aunque el trabajador puede dominar más de una técnica, “ello no es bastante para autorizar la legitimidad de un cambio unilateral en la tarea, a menos que el contrato hubiera tenido por objeto, ambas especialidades”¹²¹.

D. Cambio de jornada y cambio de horario

Es imperioso distinguir entre los términos jornada y horario, que hasta hace poco manifestaban diferencias un tanto confusas.

El profesor español Pérez de los Cobos, citado por Sánchez Terán, expresa que jornada se refiere a la duración o cantidad de tiempo, cualquiera que sea el patrón de medida que se utilice, y horario se refiere a la distribución del tiempo durante el día¹²². O

120 CNTr., Sala VII, sent.17.976 del 25/8/89, “Parreño c/Platt Establecimientos Gráficos”, BCNTTr., No.124/5, Argentina.

121 Carro Zúñiga, Carlos, *op. cit.*, nota 118, p. 120.

122 Sánchez-Terán Hernández, Juan Manuel, *Las horas extraordinarias y su cotización a la seguridad social*, Lex Nova, 2004, disponible en: <http://books.google.com.gt/books?id=wi51iXuLJucC&pg=PA101&lpg=PA101&dq=diferencia+entre+jornada+y+horario&source=bl&ots=QahPKJDX8w&sig=bbTip3M0pfuhNo-kZNFJamD8LZo&hl=es&ei=LDeUSs>

bien, como se expresa en el artículo 33 del Código de Trabajo de Panamá, “jornada de trabajo es todo el tiempo que el trabajador no pueda utilizar libremente por estar a disponibilidad del empleador”.

En la perspectiva de Monreal Bringsvaerd, también citado por Sánchez Terán:

[...] *la jornada es una condición laboral que presenta una doble faz: viene referida al cuánto de la prestación –total de horas que el trabajador debe al empresario–, o vertiente cuantitativa de la jornada, y también hace referencia al cuándo de la prestación –distribución de esas jornadas– o vertiente cualitativa de aquélla*¹²³.

Este concepto me parece más completo y de él partiré en el desarrollo de este apartado, considerando que la vertiente cuantitativa de la jornada (horario) es modificable de modo no sustancial y encuadra dentro del *ius variandi*. En cuanto a la vertiente cualitativa, no es modificable, salvo en ejercicio de *ius variandi* excepcional.

En Guatemala, la jornada de trabajo puede ser ordinaria y extraordinaria. La ordinaria, a su vez, puede ser diurna (que no puede ser mayor de ocho horas diarias, ni exceder un total de cuarenta y ocho horas a la semana¹²⁴), nocturna (que no puede ser mayor de seis horas diarias, ni exceder un total de treinta y seis horas a la semana¹²⁵) y mixta (que no puede ser mayor de siete horas diarias ni exceder de un total de cuarenta y dos horas a la semana¹²⁶).

La jornada extraordinaria es aquella que se ejecuta fuera de los límites de tiempo determinados para la jornada ordinaria o que excede del límite inferior que contractualmente se pacte. Para esta clase de jornada la remuneración debe ser de al menos un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos o de los salarios superiores a estos que hayan estipulado las partes.

rHE5uStgeQ0ZhS&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3#v=onepage&q=diferencia%20entre%20jornada%20y%20horario&f=false, p. 101.

123 *Idem*.

124 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 116.

125 *Ibidem*, art. 116, 2º párrafo.

126 *Ibidem*, art. 117.

Los supuestos de modificación a considerar de la jornada en la vertiente cualitativa podrían ser: *a)* cambio de jornada diurna por jornada nocturna; *b)* cambio de jornada nocturna a jornada diurna; *c)* cambio de jornada mixta a diurna o a nocturna; *d)* aumento de horas efectivas de trabajo; y, *e)* reducción de horas efectivas de trabajo.

En mi opinión, no es legítimo el *ius variandi* para la modificación de la jornada en la vertiente cualitativa, porque la drasticidad de estas variaciones no puede sino calificarse de sustancial.

Veamos cada una particularmente para abundar en razones.

1. *Cambio de jornada diurna a jornada nocturna*

Es mi criterio, que al trabajador que ha sido contratado para prestar servicios diurnos no se le puede imponer la obligación de realizar tareas nocturnas, ni la incorporación a equipos de trabajo rotativos. En este caso el contenido de la modalidad de la jornada pactada es sustancial dentro del contrato individual de trabajo, como expresamos en párrafos anteriores, y el *ius variandi* por ello no se reserva la posibilidad de tal modificación, que requiere el consentimiento del trabajador porque muda su estilo de vida de manera radical, además de introducirse posibles perjuicios. Por ejemplo, en el caso de la jornada nocturna, el trabajador es víctima de un daño moral que distorsiona su tiempo familiar, y podría ser también vejado de modo económico porque la transportación nocturna es más complicada.

En el caso que el patrono obtuviese el acuerdo del trabajador, debería remediar la variación con una compensación y proveyendo, como hacen algunas empresas, medios de transporte para el retorno del trabajador a su vivienda.

2. *Cambio de jornada nocturna a jornada diurna*

Según Cabanellas, citado por Carlos Pose, el cambio de horario nocturno por el diurno puede ser impuesto al dependiente “porque el trabajo de noche solo se admite por excepción y el trabajador no

puede sentirse injuriado por sus intereses cuando el turno de la prestación es manifiestamente más ventajoso que el precedente”¹²⁷.

No estoy de acuerdo con la visión de Cabanellas, que estimo en divorcio con la realidad cuando tomamos en cuenta que gran parte de los trabajadores nocturnos tienen otro empleo de horas diurnas y que de hacerse la modificación se les inflige una crasa injuria. Me parece interesante el aporte de un fallo de la jurisprudencia argentina que expresa que:

[...] si bien en situaciones muy excepcionales podría admitirse la modificación de un horario de horas vespertinas y nocturnas por una diurna, el mismo debe estar plenamente acreditado no por una decisión del empleador, sino por la propia naturaleza de la actividad. De lo contrario, no resulta una aplicación razonable del *ius variandi*¹²⁸.

Sin embargo, es mi postura que al igual que en el cambio de jornada diurna a nocturna, esta es una modificación sustancial de las condiciones del contrato individual de trabajo, fuera del ámbito de acción del *ius variandi*.

3. Cambio de jornada mixta a diurna o nocturna

En el caso del cambio de jornada mixta a jornada en particular, aunque el trabajador se puso a disposición del patrono en estos intervalos, y la asignación exclusiva de jornada en particular en principio no le ocasiona ninguna injuria, dispone de su tiempo libre, al aumentar la prestación del servicio en una jornada y debe estimarse como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que por tanto no puede hacerse sin el consentimiento del trabajador, quedando también fuera del *ius variandi*.

En los tres supuestos abordados se evaluó la legalidad de la modificación en relación con lo convenido contractualmente. Sin embargo, tiene relevancia considerar esta legalidad en relación con la costumbre de trabajo, como fuente de esta rama del derecho. Si de

127 Pose Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 65.

128 CNTr., Sala III, sent.49.306 del 28/2/85, “Montanaro c/Banco Nueva Era Coop. Ltda”, BCNTr., No.73. Argentina.

facto se configura una jornada, convalidada por los elementos de la costumbre: *opinio juris sive necessitatis* (conciencia de obligatoriedad) e *inveterata consuetudo* (repetición constante de actos positivos o negativos realizados por las partes) esta obliga al patrono, y le impide la modificación de la misma en ejercicio del *ius variandi*.

Para el caso de la vertiente cuantitativa de la jornada, los supuestos a considerar son: a) el aumento de horario; y, b) la reducción de horario. A continuación se hacen sendos tratamientos.

4. Aumento de horario

Se pueden aumentar, en primer lugar, en ejercicio del *ius variandi* excepcional.

El artículo 122 del Código de Trabajo de Guatemala expresa en eficacia de tal afirmación que:

[...] *las jornadas ordinarias y extraordinarias no pueden exceder de un total de doce horas diarias, salvo casos de excepción muy calificados que se determinen en el respectivo reglamento o que por siniestro ocurrido o riesgo inminente, peligren personas, establecimientos, máquinas, instalaciones, plantíos, productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio, no sea posible substituir a los trabajadores o suspender las labores de los que estén trabajando.*

En segundo lugar, es susceptible de modificaciones por medio del *ius variandi*, siempre que se haga de modo razonable y proporcional y respete el principio de indemnidad, dependerá de la magnitud; porque variar, por ejemplo, el horario establecido de 6 a 15 horas a otro de 8 a 12 y de 14 a 18 horas constituye una modificación sustancial de la modalidad horaria del contrato de trabajo, pero agregar treinta minutos más de tiempo efectivo parece legítimo si no ocasiona daño o perjuicio al trabajador.

5. Reducción del horario

Resulta admisible la reducción de la jornada si no implica una disminución salarial o en categoría, porque en este caso en nada perjudica al trabajador.

Finalmente, queda considerar que en este frágil equilibrio entre lo legal e ilegítimo o abusivo frente a la modificación horaria, la estimación de Carlos Pose que aconseja:

[Es] conveniente que el empleador que, por razones objetivas, deba efectuar alguna modificación accidental del horario de trabajo, ofrezca a sus dependientes alguna compensación monetaria para resarcir el hipotético perjuicio o lesión potencial generada por la afectación del tiempo libre. Al hacerlo, obra como un buen empleador y desarma la posibilidad de oposición infundada¹²⁹.

E. El lugar de trabajo

El lugar de trabajo es el espacio físico en que el trabajador ejecuta su prestación. “Puede estar representado por un espacio determinado (establecimiento) o indeterminado (viajantes de comercio que prestan servicios en una zona o tienen asignada una lista de clientes) propiedad del empleador (sede empresarial) o de un tercero (lo que sucede en las empresas de limpieza y vigilancia)”¹³⁰. Como afirma Krotoschin, citado por Cabanellas:

[...] el lugar donde el trabajo debe ser prestado depende principalmente del carácter de ese mismo trabajo: sobre todo depende de si el trabajo debe ser prestado en un establecimiento determinado (fábrica, oficina, etc.) o ha de realizarse en distintos lugares (viajantes, pero también trabajadores de empresas de transporte) o bien en la misma casa del trabajador¹³¹.

“El derecho del trabajo parte del principio, al menos presuntivo, de que el empresario controla o puede controlar el espacio, medio o lugar donde el trabajo se ejecuta y le sujeta, en consecuencia, a prescripciones en este respecto”¹³². El empleador asume en principio, la obligación de proteger la vida, seguridad y la salud de los trabajadores en la prestación de sus servicios en el lugar de trabajo (artículo 197 del Código de Trabajo). Además, es en el lugar de trabajo donde por regla general el trabajador puede exigir el pago de su salario (artículo 95 del Código de Trabajo).

129 Pose Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 74.

130 *Ibidem*, p. 77.

131 Cabanellas, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, 4ª ed., Argentina, Heliasta, 2001, p. 526, t. I.

132 Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia, *op. cit.*, nota 37, p. 275.

El establecimiento, que prácticamente se puede identificar con el lugar de trabajo, es uno de los elementos de la empresa mercantil (artículo 665 del Código de Comercio).

Anteriormente se mencionó que el lugar de trabajo es considerado como una condición no esencial del contrato individual de trabajo de manera casi unívoca por la doctrina y más por los nuevos vientos que rodean al derecho del trabajo, como el *cybertrabajo*. Esto significa para la acepción de *ius variandi* que he propuesto, que puede modificarse el lugar donde el trabajador presta sus servicios, siempre que tal modificación no sea sustancial y que no ocasione daños o perjuicios al trabajador. Por lo que para su legitimidad ha de evaluarse el cumplimiento de los requisitos de procedencia del *ius variandi*.

Carlos Pose, pensando en la jurisprudencia argentina, expresa que “el lugar de trabajo configura una característica estructural de la relación laboral, cuando el trabajador ha prestado servicios, durante décadas o lustros, en un establecimiento determinado, ya que tal circunstancia, habría incidido en sus hábitos de vida”¹³³. A esto podemos agregar la consideración de Montoya Melgar respecto a que cuando el cambio de lugar de trabajo impuesto por el patrono obliga al trabajador a modificar su residencia, constituye una modificación sustancial de condición contractual (por ende fuera del *ius variandi*) y que si no implica tal variación, se considera incluida en el *ius variandi* del empresario¹³⁴.

Ergo, el empleador puede variar, por razones funcionales, el lugar de trabajo de sus empleados¹³⁵, asignándoles otro, pero

133 *Idem*.

134 Montoya Melgar, Alfredo, *op. cit.*, nota 8, p. 420.

135 La legislación brasileña, según refiere Octavio Bueno Magano, contempla seis supuestos de movilidad geográfica: 1.- La que no acarrea necesariamente el cambio de domicilio (*a que não acarreta mudança de domicílio*), 2.- La del empleado de confianza (*a de empregado de confiança*), 3.- La que se realiza a través de cláusula contractual explícita (*a decorrente de cláusula contratual explícita*); 4.- La que se realiza a través de cláusula contractual implícita (*a derivada de cláusula implícita*); 5.- La que se deriva de la extinción o pérdida de establecimiento (*a proveniente de extinção de estabelecimento*); y 6.- La movilidad con carácter provisional (*a provisória*). En el primer caso está permitido pues no acarrea el cambio de domicilio del empleado. En el segundo supuesto

cuidando de no causarles perjuicios patrimoniales o morales. Claro está que, como expresamos cuando hablamos de la posibilidad de movilidad geográfica en ejercicio de *ius variandi* ordinario, excluimos los trabajos móviles o itinerantes que por su propia naturaleza y para su eficacia impelen a la movilización.

Así, en principio, la movilización ha de estar justificada por razones económicas, técnicas y organizativas o de producción.

La doctrina y bastante legislación foránea distinguen dentro de la movilidad geográfica, el traslado y el desplazamiento. El traslado implica un cambio de residencia permanente del trabajador, y el desplazamiento un cambio de residencia temporal. El primero es el que podría ser más injurioso.

El Código de Trabajo de Guatemala, para el caso de movilidad geográfica pactada en el contrato, la cual implica separación entre la vivienda del trabajador y el lugar de trabajo mayor de quince kilómetros, exige que si el trabajador se ve compelido a hacer viajes diarios de ida y regreso, el patrono pague a aquel los pasajes o los gastos razonables que eso le demanda (artículo 33 lit. a, desplazamiento) y si se ve compelido a vivir en el sitio donde van a realizarse los trabajos, el patrono debe pagarle los gastos razonables de ida y de regreso antes y después de la vigencia del contrato (artículo 33 lit. b).

la movilización puede decretarse por cuanto actúa por mandato del patrono; sin embargo, la diferencia en este caso es que puede decretarse sin necesidad económica real de la empresa. En el tercer supuesto, la movilización puede ser decretada desde que se da la necesidad económica de la empresa (*havendo condição explícita de transferencia, esta pode ser determinada unilateralmente pelo empregador, desde que motivada por necessidade de serviço*). En tal supuesto, el empleador debe cuidar de compensar al trabajador en caso se observe un acrecentamiento de sus gastos de transporte. En el cuarto supuesto, se permite decretar la modificación por la naturaleza del trabajo que se efectúa, que en sí misma reclama la movilización del trabajador. El quinto supuesto presupone la existencia de fuerza mayor, en cuyo caso el patrono puede unilateralmente decretar la modificación (*derivada de Força maior*). El último supuesto podrá decretarse lícitamente si se cumplen los siguientes requisitos: a) la movilidad debe ser transitoria, y destinada a remediar la situación de emergencia; b) ser necesaria; c) acreditar al trabajador un 25% de aumento salarial por el tiempo de duración de la transferencia. Además, en todos los casos se deberá pagar al trabajador los gastos de transporte. Consultado en: Bueno Magano, Octavio, *op. cit.*, nota 117, pp. 7-9.

Además, la medida compensatoria se extiende a la esposa y familiares que vivan y dependan del trabajador para el caso que el trabajo dure más de sesenta días y que los parientes se vean compelidos a vivir en el lugar donde van a realizarse los trabajos o en las inmediaciones de este (artículo 33 *in fine*, traslado).

Si el legislador ha sido así de escrupuloso para la movilidad geográfica pactada contractualmente, no podría serlo menos para la movilidad geográfica decretada unilateralmente por el patrono, quien además de cuidar de no ocasionar perjuicios patrimoniales y morales al empleado, debe cumplir con las compensaciones económicas enunciadas en los párrafos anteriores.

Es más, en cuanto a los perjuicios patrimoniales uno de ellos podría ser la insuficiencia en el pago de gastos en los viajes de ida y regreso para el caso del desplazamiento, cuya determinación el Código de Trabajo deja a discreción del patrono, al expresar que debe pagar los gastos “razonables”. Además, la ruptura o desgaste de las relaciones paterno-filiales o distanciamientos conyugales podrían configurarse como perjuicios morales.

Considero que el trabajador, en el caso de la movilidad geográfica decretada bajo los términos del patrono, puede:

- a) Acatarla expresamente, trasladándose y percibiendo una compensación por los gastos del traslado propio y de sus familiares, según la cuantía que acuerde con el empresario.
- b) Resistir la medida con las acciones legales que tiene a su alcance y que adelante se abordan.

Otro tema, de una realidad que ya se barrunta, es el de la movilidad transnacional, porque es en esta época posmoderna que se ha conformado la idea de la “aldea global” (McLuhan) en la que cada vez más empresas tienen carácter transfronterizo; para este caso se estima necesario un estudio detallado, pero se advierte que la legislación actual es insuficiente y que las dificultades que podría entrañar este tipo de movilidad no son superables por medio del Código de Trabajo vigente.

Ignacio García Perrote a este respecto opina que la circulación transnacional de trabajadores bien puede pactarse por medio de un nuevo contrato, por la cesión del contrato de trabajo (constituiría un caso de novación) o bien por la llamada puesta a disposición o envío en misión del trabajador¹³⁶.

La movilidad transnacional queda excluida del ejercicio del *ius variandi*, pues no puede sino realizarse con el consentimiento del trabajador, garantizando el patrono, luego de ello, cuantía de salario, tiempo de trabajo, igualdad de trato, libre sindicación y derecho de huelga conforme a la legislación laboral guatemalteca (*lex loci delegationis*).

IX. Acciones legales del trabajador frente al ejercicio abusivo e ilegítimo del *ius variandi*: *ius resistentiae*

Es abusivo el ejercicio del *ius variandi*, cuando modifica las modalidades de las condiciones de trabajo de manera sustancial y es ilegítimo cuando, aunque modifica las modalidades de las condiciones de trabajo de modo no sustancial, no reúne los requisitos para su procedencia (razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio, no alteración del núcleo del contrato y principio de indemnidad).

El trabajador tiene varias acciones para contrarrestar el actuar abusivo e ilegítimo del empleador; se ha entendido que la defensa por excelencia frente al uso ilegítimo del *ius variandi* es el despido indirecto; sin embargo, existe para ejercerlo un fuerte disuasivo: la desocupación y escasez en la oferta de empleo. Por ello el trabajador prefiere soportar las injusticias derivadas de un *ius variandi* abusivo a accionar este medio de defensa. Por ello, el despido indirecto no debe ser nunca el único remedio frente a un *ius variandi* ilegítimo o abusivo, y esto en pos de la prolongación de la relación de trabajo, que se constituye en imperiosa necesidad para el obrero. Bajo esa perspectiva la doctrina contempla otros medios de resistencia: *exceptio non adimpleti contractus*, nulidad, acción de daños y perjuicios, y amparo.

136 García-Perrote, Ignacio, "Estudio: Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, España, Thomson, 2008, p. 323.

En el contexto guatemalteco, la posibilidad legal de utilizar otros medios de resistencia se contempla en el artículo 79 del Código de Trabajo, que enlista algunas causales de despido, y prevé que son causas justas que “facultan” al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, la variación del salario y el cambio de categoría, entre otras. En esta facultad, que en su segunda acepción es “poder o derecho para hacer algo”¹³⁷, se abre la oportunidad de otras formas de resistencia, porque solamente contempla una posible conducta, no obligatoria ni exclusiva.

El artículo 5 de la Constitución Política establece que “toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe” y en este sentido, ejercitar otros medios en caso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o *ius variandi* abusivo, no está prohibido. Además, podríamos traer a colación los principios *in dubio pro operario* y *Qui potest majus, potest et minus* (Quien puede lo más, puede lo menos), el primero por la incertidumbre de la posibilidad de otras formas de resistencia, y el segundo porque si el trabajador puede lo más, que es darse por despedido, también puede lo menos, que se concretará como otros modelos de oposición que no finalizan la relación de trabajo.

Sin embargo, el problema –como se detallará a continuación– es que la ley no crea expresamente mecanismos expeditos para la solución de las controversias laborales sin terminar la relación. La excepción de contrato no cumplido encuentra estorbo, la nulidad tiene un marco de acción bastante limitado, y el amparo presupone la actividad de otro medio de defensa.

A. Despido indirecto

El despido indirecto constituye una forma de terminación del contrato individual de trabajo y puede definirse como la “disolución o ruptura del vínculo o contrato de trabajo por parte

137 Información disponible en:

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=facultad.

del trabajador” por “un hecho imputable a la voluntad unilateral del patrono”¹³⁸ que le ocasiona responsabilidad al empleador.

El despido indirecto es la defensa tradicional que ha descollado en la doctrina como respuesta al ejercicio abusivo del *ius variandi*; en este caso, el trabajador se considera despedido porque se han alterado de modo sustancial las modalidades de las condiciones de la prestación de su trabajo y reclama la correspondiente indemnización, daños y perjuicios y las prestaciones que por ley le correspondieren.

El autor Ermida Uriarte indica dos circunstancias de interés del despido indirecto en relación con el *ius variandi*: Primero, el despido indirecto estará basado en un presunto abuso de derecho por parte del empleador, que podrá dar mérito a una pretensión de acumulación de la indemnización *forfaitaire* por despido y de la indemnización de los daños y perjuicios originados; segundo, el despido indirecto es una protección insuficiente ante el ejercicio ilícito del *ius variandi*, porque obliga al trabajador a perder su empleo¹³⁹. Me interesa realzar que cuando se menciona la acumulación, esto implica que además de la indemnización tarifada, el trabajador puede exigir los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual del empleador. La segunda circunstancia de interés que presenta Ermida, también lo tiene para el caso de Guatemala, en donde el trabajador –la mayoría de las veces, erróneamente– por considerar que el único medio a su alcance es el despido indirecto, lo ejerce pero también pretende la reinstalación en el cargo.

El despido indirecto supone el “preaviso”, es decir, la intimación del empleador por el operario, comunicándole su disconformidad respecto al cambio que considera injurioso, dándole oportunidad de que reconsidere su decisión (artículo 80 del Código de Trabajo). Si la medida que adopta se justifica funcionalmente, por adscribirse a lo no sustancial de la relación de trabajo, el trabajador deberá comunicar el perjuicio que sufre a fin de develar que no se sustenta en motivos antojadizos.

138 Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 9ª ed., Argentina, Heliasta, 1976, t. I., p. 692.

139 Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 61, p. 86.

Si el empresario persiste en la medida, el trabajador podrá romper el vínculo, comunicando de modo transparente las causas en que se funda.

El despido indirecto en el caso de Guatemala, es una medida que puede aplicar el trabajador para el caso de que el patrono modifique cualquiera de las condiciones de trabajo de manera fundamental o permanente (con la connotación ya expresada).

Se transcribe a continuación la parte conducente del Código de Trabajo relativa a este subtema:

Artículo 79. Son causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte:

a) cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados. Quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley. [...]

j) Cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores traslade al trabajador a un puesto de menor categoría o con menos sueldo o le altere fundamental o permanentemente cualquiera otra de sus condiciones de trabajo. Sin embargo, en el caso de que el trabajador hubiere ascendido a un cargo que comprenda funciones diferentes a las desempeñadas por el interesado en el cargo anterior, el patrono dentro del período de prueba puede volverlo a su cargo original, si establece la manifiesta incompetencia de éste en el desempeño del puesto al que fue promovido. Cuando el ascenso o aumento de salario se hiciera en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, el patrono tampoco incurre en responsabilidad al volver al trabajador a sus condiciones originales; y

k) Cuando el patrono incurra en cualquiera otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

B. *Exceptio non adimpleti contractus* y *exceptio non rite adimpleti contractus*

La *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), y la *exceptio non rite adimpleti contractus* (excepción de cumplimiento defectuoso de la obligación) son ambas figuras de

raigambre civil, originadas en el derecho romano, que hogaño están contenidas en los artículos 1535 a 1537 del Código Civil guatemalteco, los cuales disponen que:

[...] en todo contrato bilateral hay condición resolutoria y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo que le concierne. [...] El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere. [...] [O también puede] pedir la resolución del contrato, aun después de haber optado por reclamar el cumplimiento, si éste resultare imposible con posterioridad a la demanda. [...] [Quien] ha dado motivo para la falta de cumplimiento o invalidez de un contrato, no podrá invocar en su favor esa causa para pedir su resolución.

La aplicación de estas figuras civilistas, a criterio de algunos expertos laboristas, no contradice principio alguno del derecho de trabajo. Es más, Fernández Gianotti, citado por Carlos Pose, supone que la excepción de contrato no cumplido permite: a) respetar los principios de justicia social; b) salvaguardar el principio de buena fe, juntamente con los deberes de colaboración y solidaridad, evitando el abuso de derecho; y, c) tornar operativas las previsiones del artículo 10 de la Ley del Contrato de Trabajo de Argentina (en cuanto establece que, ante una situación de duda, debe resolverse a favor de la continuidad de la relación de trabajo).

El mismo autor refiere que el dependiente en este contexto goza de la facultad de retener la prestación laboral siempre que se trate de obligaciones correspondientes a la relación de trabajo, que el incumplimiento del patrono pueda considerarse como causal de despido y que el trabajador intime previamente el cese de la medida¹⁴⁰.

La doctrina apologética de estos medios de resistencia ha supuesto que a través de ella “ante el incumplimiento patronal, el trabajador podría abstenerse de dar cumplimiento a sus obligaciones, demostrando que está pronto para cumplir, hasta

140 Pose, Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 100.

tanto el empleador no cumpla o demuestre que está pronto para hacerlo”¹⁴¹.

No es cuestión baladí mencionar que existe otra postura que se encuentra en las antípodas de la sustentada; y que adversa la posibilidad de aplicación de la excepción de incumplimiento contractual. Así, Cabanellas citado por Carlos Pose, por ejemplo, sostiene que dichas defensas son inaplicables en la esfera laboral por ser incompatible con los principios mínimos de organización interna de la empresa.

Aclara sobre el particular que:

[...] *no es aceptable que el trabajador determine unilateralmente que no se ha cumplido con los términos del contrato de trabajo en materia de límites a la facultad de modificar las condiciones laborales, permaneciendo no obstante en su empleo con desobediencia a las órdenes que se le impartan. En tales condiciones su trabajo será inútil y dañino para el resto de la empresa y el trabajador quedará expuesto a ser despedido con justa causa, al no haber ejercido oportunamente su derecho al despido indirecto*¹⁴².

Una posición similar asume Deveali, también citado por Carlos Pose, al comentar un fallo relacionado al incumplimiento del débito salarial, criticando la tendencia a recurrir al derecho civil para la solución de este tipo de controversias¹⁴³.

No estoy de acuerdo con la posición asumida por Cabanellas, y similarmente por Deveali, porque considero que la excepción de contrato no cumplido es una figura que debería permitirse como medio de defensa a un ejercicio ilegítimo de *ius variandi*. Me parece que existe claramente un obstáculo que lo imposibilita para su aplicación en Guatemala: constituye una suspensión de la relación o contrato de trabajo, por cuanto:

[...] *una o las dos partes que forman la relación laboral deja o dejan de cumplir parcial o totalmente, durante un tiempo, alguna de sus respectivas*

141 Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 61, p. 94.

142 Pose, Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 101.

143 *Idem.*

*obligaciones fundamentales [prestación del trabajo y pago del salario], sin que por ello terminen dichos contratos ni se extingan los derechos y obligaciones que emanen de los mismos*¹⁴⁴.

Y configurándose como una suspensión, en este caso individual, las causales están previstas en los artículos 66 al 68 del Código de Trabajo. Entre ellas, no se contempla la suspensión de la relación de trabajo por imposición de *ius variandi* que atenta contra los intereses del trabajador o similar.

Esto significa la imposibilidad de acudir a los artículos 1535 a 1537 por reenvío del artículo 15, que dispone:

[...] los casos no previstos por este código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del Derecho del Trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de Derecho Común.

Esto porque si están previstas las causales de suspensión de la relación de trabajo no debe haber subsidiariedad del derecho civil.

La cuestión podría definitivamente determinarse contestando a la pregunta: ¿tienen las causales de suspensión de la relación de trabajo previstas en el Código de Trabajo carácter de *numerus apertus* o de *numerus clausus*? Y aquí solamente se puede concluir que es necesario el empleo de una disposición legal cuyo supuesto tenga tal apertura que permita la inclusión de otros supuestos de suspensión individual de la relación de trabajo. Por tal motivo, la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* está vedada por la legislación laboral guatemalteca.

De tal modo que el patrono podría demandar al trabajador por abandono de labores al retener su prestación en el ejercicio de este medio de defensa.

144 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 29, art. 65.

C. Nulidad

Se decía en el capítulo primero que el principio de irrenunciabilidad, contenido en el artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el artículo 12 del Código de Trabajo, solamente se aplica respecto a los derechos laborales contenidos en normas imperativas, o en el ámbito de imperatividad de las normas laborales, por lo que el trabajador tiene la libertad de disponer sobre los derechos laborales recogidos en normas dispositivas o en el ámbito de disponibilidad que permiten las normas imperativas.

De tal suerte que la nulidad *ipso jure* debe entenderse como la nulificación de las disposiciones que atenten contra normas laborales imperativas en sus contenidos indisponibles. Así por ejemplo: es nula la renuncia del trabajador a recibir un salario (norma de derecho necesario absoluto), o bien la aceptación salarial del trabajador de una remuneración menor a la que establece el salario mínimo (norma mínima de derecho necesario)¹⁴⁵. Siendo así, la nulidad como medio de defensa frente al ejercicio abusivo del *ius variandi* se podrá utilizar sobre todo si tal ejercicio constituyó una disminución de las normas mínimas de derecho necesario, que están contenidas en el artículo 102 de la Constitución Política de la República de Guatemala. No puede usarse por la modificación de normas que son disponibles por el trabajador.

En Guatemala, la interpretación sobre el artículo 106 constitucional ha entendido –de modo bastante simplista– que irrenunciabilidad e irreversibilidad son conceptos idénticos, petrificando así las condiciones de la relación laboral; aunque es de todos modos un anuncio teórico que por su radicalidad e irracionalidad no tiene mayor aplicación en la práctica.

145 También sería nulo, por ejemplo, en el caso que una ley estableciese un tope máximo de aumentos salariales al cual se encuentran sometidos los pactos colectivos, pudiéndose pactar por debajo de este, si se superara este límite. (Norma máxima de derecho necesario).

En el expediente 2331-07 del Juzgado Segundo de Trabajo y Previsión Social (que se comenta en el capítulo III), el profesor guatemalteco Franco López, hace uso de la nulidad, presentando una demanda ordinaria de declaración de nulidad de reducción de condiciones de contratación, con el objetivo principal de ordenar la restitución del trabajador al cargo del cual fue defenestrado¹⁴⁶. La demanda es acogida con beneplácito por dicho juzgado, en cuanto a la nulidad de la reducción de condiciones de contratación. (Aunque por el régimen de la Ley del Servicio Civil y las regulaciones propias de la institución demandada). El juzgado consideró fundamentalmente el artículo 106 de la Constitución para considerar la pertinencia del planteamiento de la nulidad y las reglamentaciones propias de la institución demandada para declarar que el acto modificatorio deviene nulo. Esta consideración muestra la confusión teórica respecto a la interpretación del artículo 106 de este juez de trabajo, por cuanto más bien considera que las modalidades de las condiciones de trabajo bajo las cuales el trabajador realiza sus labores son irreversibles. No puede decretarse nulidad *ipso jure* de normas que son disponibles para el trabajador, y por tanto se enmarcan dentro del ejercicio del *ius variandi*. (De comprobarse su legitimidad).

Es loable sin embargo, el camino no allanado que sigue el jurista interponente de la nulidad, pues entiende que el deseo del trabajador no es terminar con la relación de trabajo, como se produce con un despido indirecto, sino conservarla en otras condiciones.

Sobre la nulidad, Ermida Uriarte manifiesta que “la mayor parte de la doctrina argentina parece encaminada a admitir la acción de restablecimiento o la acción de innovar”¹⁴⁷ y que “en derecho uruguayo, ante la carencia de todo texto expreso, en la práctica habitualmente se recurre al despido indirecto. Pero, en

146 Además de obtener el pago del diferencial del salario dejado de percibir desde el momento de la reducción de las condiciones de contratación, petición que no es acogida.

147 Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 61, p. 89.

rigor, nada parece oponerse a la viabilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del orden violado”¹⁴⁸.

El mismo autor se pregunta “si la declaración de nulidad y consecuente restablecimiento de la situación ilícitamente alterada es incompatible con la indemnización de los perjuicios causados por el acto declarado nulo”¹⁴⁹. El autor opina que no, y yo sostengo la misma opinión. Por la consideración de que si el acto nulo tuvo ejecución y efectos, pudieron haberse causado daños y perjuicios al trabajador.

Lo expuesto sobre la excepción de contrato no cumplido y sobre la nulidad revela la deficiencia existente en la legislación laboral guatemalteca respecto a los medios de defensa como respuesta al ejercicio del *ius variandi*, pues es viable legalmente el despido indirecto, y con un marco de acción muy reducido, la nulidad. Aquí no puede sino producirse una crítica muy áspera a la legislación laboral guatemalteca, que en este sentido, más bien problematiza las relaciones de trabajo, al no proveer mecanismos legales para solucionar los desacuerdos que se suscitan entre trabajador y patrono, ya que cualquier nimiedad termina necesariamente con la relación de trabajo¹⁵⁰.

D. Acción por daños y perjuicios

Daño (*damnum*) es el detrimento, pérdida o menoscabo que por acción de otro una persona sufre en su patrimonio.

Perjuicio es la ganancia lícita que un acreedor o beneficiario de una prestación deja de percibir (llamado en la doctrina “lucro cesante”).

148 *Idem*.

149 *Ibidem*, p. 93.

150 En mi opinión, esto permea a la relación de trabajo con la lógica de las relaciones siervo-señor, en las que el primero con una obediencia ciega, sin chistar, debe someterse a las ordenes de su señor. Este último, además, considera que cualquier desavenencia que el trabajador tenga con él, es un imperdonable acto de deslealtad y de ingratitud que finaliza sus relaciones o en el mejor de los casos, las envenena.

En la *exceptio non adimpleti contractus*, se decía que por disposición legal el interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios, si los hubiere.

De tal modo que el proletario podría emplazar al dador de trabajo frente a los tribunales exigiéndole el pago de daños y perjuicios que le produjo su incumplimiento contractual.

En este caso el trabajador corre con la carga de la prueba de demostrar: *a)* la antijuricidad de la conducta del empresario; *b)* la imputabilidad del daño a la parte patronal; *c)* la existencia de una lesión patrimonial y moral concreta; y, *d)* la relación de causalidad entre el cambio impuesto y la lesión detectada.

Puesto que la reparación será fijada por el juez, el monto podrá ser inferior o mayor que las indemnizaciones que hubiesen podido corresponder al trabajador en el supuesto que hubiese roto el contrato invocando *justa causa*¹⁵¹.

El artículo 1645 del Código Civil expresa que “toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Carlos Pose nos advierte que:

*[...] el trabajador que resuelva iniciar tal acción corre, en consecuencia, con los riesgos propios que genera el ejercicio de las acciones civiles y con el inconveniente potencial de que su demanda sea rechazada, en el supuesto que el magistrado laboral estime incompatible el ejercicio de tal acción con el régimen vigente en materia de relaciones laborales*¹⁵².

Aquí es importante considerar que la acción de daños y perjuicios de un patrono frente a un trabajador no es inviable en la legislación civil, que previene la responsabilidad del patrono

151 Pose, Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 102.

152 *Ibíd.*, p. 103.

por los daños y perjuicios que causen sus empleados y demás trabajadores en actos del servicio (artículo 1663 del Código Civil) con el consiguiente derecho de repetición contra el autor del daño o perjuicio (trabajador).

Parece acertado pensar que la admisión de la demanda o el rechazo *in limine* se centrará en la interpretación del artículo 283 del Código de Trabajo, el cual establece que “los conflictos relativos a Trabajo y Previsión Social están sometidos a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, a quienes compete juzgar y ejecutar lo juzgado”. Este tipo de casos, a pesar que los daños y perjuicios tienen naturaleza civil, estimo que deben solventarse en los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, considerando que es inescindible de la relación de trabajo y se necesita una valoración del juez respecto a la forma de terminación de la misma y la implicación que esa cesación tiene.

Por ello es dable pensar en la posibilidad de que el trabajador inicie una acción civil por daños y perjuicios en contra de su empleador, aunque lo etéreo de los presupuestos del *ius variandi* significa una ardua tarea de comprobación para el caso de la ilegitimidad; no así en el caso del ejercicio abusivo del *ius variandi*.

E. Amparo

El amparo, según la Constitución Política de la República de Guatemala, protege a las personas:

[...] *contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan*¹⁵³.

153 Asamblea Nacional Constituyente, *op. cit.*, nota 41, art. 265.

Los requisitos esenciales que determinan su procedencia son: a) legitimación de los sujetos activo y pasivo; b) oportunidad en el plazo, lo cual exige su interposición dentro del fijado por la ley; y, c) definitividad, que significa que previamente a acudir al mismo ha debido procurarse la tutela ordinaria de tales derechos en la jurisdicción correspondiente, por los procedimientos y recursos idóneos establecidos en las leyes¹⁵⁴.

El criterio de la Corte de Constitucionalidad respecto al amparo¹⁵⁵, y sobre todo considerando que el despido indirecto es la única medida de resistencia regulada en el Código de Trabajo, es que puede utilizarse no para revisar la legalidad del despido indirecto –lo que corresponde a un tribunal de grado– sino más bien debe emplearse con carácter subsidiario, para corregir omisiones o desviaciones de los tribunales ordinarios que puedan resultar agraviantes a derechos fundamentales garantizados por la constitución y las leyes. Y el acto reclamado debe ser una resolución de autoridad (sobre todo del poder público, quizás un juez de trabajo y previsión social, convalidado por una sala de apelaciones) que vulnere derechos constitucionales del demandante.

Esta vulneración podría consistir en: a) acoger el despido del trabajador por abandono injustificado de tareas (que en realidad es un despido *ad nutum*) cuando el trabajador optó por ejercer la *exceptio non adimpleti contractus* (con el inconveniente ya expuesto); o bien, b) que se haya admitido el *ius variandi* empleado en forma persecutoria, hostigadora, con fines disciplinarios o de manera no justificada en razones funcionales-económicas de la empresa.

154 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente núm. 360-88, sentencia: 15-03-89.

155 En relación con el amparo, el Dr. Eduardo Mayora plantea el problema de su uso como instrumento de congestión, que se origina por la concepción y reglamentación de un juicio o proceso de amparo con características y alcances amplísimos, permitiendo su empleo natural excesivo que se revierte contra el propio sistema. Agrega que las formas y los procedimientos han venido a ser o constituir fines en sí mismos; siendo posible plantear cualquier cantidad de amparos a lo largo de un proceso, después de agotar cualquier número, también de recursos judiciales. Consultado en: Mayora Alvarado, Eduardo, *El imperio del derecho y el contencioso administrativo en el derecho guatemalteco y comparado*, Guatemala, Artemis Edinter, 2005, p. 323.

X. Efectos del *ius variandi* lícito e ilícito

En este caso al hacer la alusión a efectos, nos referimos a las implicaciones que produce una declaración de un órgano jurisdiccional que declara lícito o ilícito el *ius variandi* ejercitado.

No es mi opinión que el control sobre el *ius variandi* tiene carácter *ex post*, porque ello implica que el trabajador está en el derecho de dejar de cumplir la orden empresarial una vez que se declara ilícita la modificación por el juez y hasta ese momento. Este es el caso de la legislación peruana. Sin embargo, me parece que brinda una mejor protección al trabajador la operatividad *ipso jure*, aunque implique mayores riesgos, porque de todos modos, en el caso que el trabajador, por ejemplo, se declare despedido indirectamente, el patrono también puede resistirlo si considera infundada la medida que adopta el empleado; en esta situación, considerando que más bien abandonó sus labores y fue despedido con justa causa, lo cual exigirá una declaración judicial sobre este extremo.

Si el control del *ius variandi* es *ex post*, esto constituye un aliciente para ejercitar el *ius variandi* de modo abusivo, pues son pocos los trabajadores que, en su difícil situación, se atreverán a iniciar un proceso legal. El juzgador debe convalidar o invalidar las posturas asumidas.

A. Efectos del *ius variandi* lícito

El *ius variandi* que ha cumplido con los requisitos ya enunciados y con la no alteración sustancial de las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo, no puede sino convalidarse por el juez que conoce de la impugnación del cambio de condiciones como actos lícitos.

Esta declaración de licitud entraña la obligación del trabajador de seguir cumpliendo con la orden empresarial sin más. Si el trabajador utilizó la medida de defensa de retener la prestación de sus labores, el patrono podría iniciar una acción por daños y perjuicios ocasionados por el trabajador al abandonar sus tareas.

Como expusimos en el apartado anterior, el control jurisdiccional nunca podrá ser administrativamente invasivo, en el sentido de enjuiciar el modo de administración del patrono, pero sí verificar su razonabilidad y cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho de variar.

B. Efectos del *ius variandi* ilícito

En el caso que el patrono haya variado de modo abusivo o ilegítimo las condiciones de trabajo, será responsable por los daños y perjuicios ocasionados, deberá restablecer al trabajador en su cargo original (en caso el trabajador haya desempeñado el cargo variado), compensar el salario mermado hasta su monto contractual, eliminar las funciones sobreimpuestas al trabajador o bien reubicarlo en su jornada y horario convenido.

Si el trabajador se dio por despedido indirectamente, el patrono será responsable de la indemnización tarifada que establece la ley, así como de los daños y perjuicios que le ocasionó.

Si el patrono opta por despedir al trabajador de modo injusto también deberá indemnizarlo conforme el Código de Trabajo guatemalteco.

Héctor Horacio Karpiuk propone, además, una indemnización agravada cuyo requisito formal es que el trabajador haya iniciado una acción jurisdiccional de resistencia; implica que la relación haya terminado por despido directo sin invocación de causa o despido indirecto en el periodo de sospecha¹⁵⁶. Sería una protección reforzada que la ley otorgaría, es básicamente:

*[...] desde el punto de vista teleológico, un instrumento destinado a asegurar la libertad del trabajador para luchar por sus derechos esenciales, tornándose más gravosa la decisión de su patrono de negarse a admitir las consecuencias del ejercicio abusivo del *ius variandi*¹⁵⁷.*

156 Esto es en el lapso legal posterior a que el trabajador haya iniciado la acción por indemnización agravada.

157 Karpiuk, Héctor Horacio, *op. cit.*, nota 52, p. 277.

CAPÍTULO III.

EL *IUS VARIANDI* EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA GUATEMALTECA

I. El *ius variandi* en la legislación guatemalteca

Se debe advertir que el desarrollo de este capítulo constituye un intento por estructurar regulación dispersa atinente al poder de dirección concretado por medio del *ius variandi*. La regulación, como habrá razonado ya el lector perspicaz, se encuentra disgregada e incompleta¹⁵⁸, comparativamente bastante alejada de países como España, en el que se dedica un capítulo (el tercero del título primero de la ley del estatuto de los trabajadores) a la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo, en donde se desarrollan las modalidades de *ius variandi* y se define qué cambios constituyen modificaciones sustanciales.

Además, merece que el lector dispense al autor, porque las disposiciones que aquí se citan, en su mayoría ya se mencionaron y explicaron; pero sucede que, como se señaló, el intento es esclarecer y estructurar el marco legal del *ius variandi* para el contrato individual de trabajo en Guatemala, sin más, enfatizando en el Código de Trabajo, aunque existen otras leyes aplicables (como la Constitución y el Código Civil).

A. *Fundamento legal de la empresa*¹⁵⁹

El *ius variandi* como una manifestación del poder de dirección, presupone un ente dentro del cual se dan estas relaciones, que persigue ciertos fines, y este es la empresa.

158 Sin embargo, como afirma Manuel Alonso Olea, citado por José Manuel Lastra Lastra: “la exégesis de una norma no consiente el silencio ante sus defectos; pero tampoco debe consistir en el recreo, menos aun en el goce morboso, de resaltarlos. Consultado en: Lastra Lastra, José Manuel, *op. cit.*, nota 3, p. 3.

159 La palabra “empresa” deriva del latín *in-prehensa*, que significa “acción ardua o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo” (RAE). En el sistema capitalista, la producción se ordena a través de estas unidades fundamentales denominadas empresas. Nuestra actual organización social y económica tiene su centro de gravedad en las empresas. Según Jorge Barrera Graf, la empresa es una figura de tipo eminentemente económico que ha sido transplantada al derecho. Consultado en: Barrera Graf, Jorge, *Tratado de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1957, vol. I., p. 174.

El artículo 43 de la Constitución Política de la República, titulado “Libertad de industria, comercio y trabajo”, indica que “se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes”. El reconocimiento de la libertad de comercio implica la posibilidad legal de lucrar por medio de la división del trabajo. Tal lucro solamente es posible si se aplican ciertos principios de la ciencia económica; estos principios significan ineludiblemente un proceso de administración que, entre otras cosas, conlleva un ente dirigido y una persona directora. Por ello se califica a los comerciantes en el artículo 2 del Código de Comercio como personas que:

[...] ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

1. *La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.*
2. *La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.*
3. *La banca, seguros y fianzas.*
4. *Las auxiliares de las anteriores.*

Por lo que, desde el reconocimiento de la libertad de empresa, hay implícitamente un reconocimiento a la facultad de dirección, de la que se habla a continuación. Esta dirección es necesaria para que el comerciante sea tal, y pueda satisfacer demandas del mercado a cambio de una utilidad.

B. Fundamento legal del poder de dirección

El *ius variandi*, como se mencionó, es una de las manifestaciones del poder de dirección del empresario, que formalmente está reconocido en el artículo 18 del Código de Trabajo. El mismo dispone que:

*Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y **dirección***

inmediata o delegada de esta última [resaltado es propio], a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.

Se entiende entonces partiendo de la norma que, desde que nace a la vida jurídica el vínculo contractual, el trabajador se somete a la dirección del empresario en el desempeño de su empleo.

Solamente esta regulación sería suficiente, en caso de vacío legal—como peor escenario—, para ejercitar el *ius variandi*; porque el poder de dirección, en sentido amplio, incluye al *ius variandi*.

La regulación del *ius variandi* se hace indispensable porque frente al poder de dirección dentro del ejercicio de la libertad de empresa, deben considerarse otros bienes jurídicos también tutelados, como lo son los derechos del trabajador, para no incurrir en una sobreexplotación al obrero que supedita este valor al económico subyacente en el reconocimiento a la libertad de empresa.

C. *Fundamento legal para la alteración de las modalidades de las condiciones de trabajo: novación y ius variandi*

En el artículo 20, cuarto párrafo del Código de Trabajo se encuentran dos formas de modificar las condiciones del contrato individual de trabajo de modo sustancial: la novación y el *ius variandi*; esto por cuanto expresa que:

*Las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, salvo que haya **acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social*** [resaltado es propio], cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa.

1. *La novación*

En este caso expresa que “las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, **salvo que haya acuerdo expreso entre las partes**”. Esta es básicamente una definición de novación. Comparémosla, por ejemplo, con la que afirma que novación es:

[...] la forma de extinción consistente en que, habiendo una obligación válida y vigente, es decir, pendiente de cumplimiento, los mismos contratantes, mediante un segundo acuerdo de voluntades, modifiquen de manera sustancialmente profunda dicha obligación, con el ánimo de quedar vinculados en la nueva forma pactada¹⁶⁰.

Siendo así, sabemos que con el acuerdo del trabajador es posible novar, extinguir el contrato antiguo, y crear uno nuevo. (Para esta contratación, sin embargo, existen límites como son la irrenunciabilidad de derechos y el orden público laboral).

2. *Ius variandi*

El mismo artículo 20 del Código de Trabajo expresa la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral de manera **fundamental o permanente con la autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social**, fundado en la situación económica de la empresa. Esta disposición consagra el *ius variandi* amplio, que se desdeñó en el capítulo primero por cuanto permite la modificación sustancial de las modalidades de las condiciones de trabajo. Además, por incluir el término “permanentemente” con una disyunción, permitiría incluir el *ius variandi* restringido en caso las modificaciones no sustanciales se decreten permanentemente. Sin embargo, la interpretación judicial no se ha construido en tal sentido, sino entendiendo que la disposición se refiere solamente al *ius variandi* amplio. (Al considerar causales de despido indirecto solamente la modificación sustancial de las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo, y no así la modificación accesorias, que está permitida).

El ejercicio ilegítimo del *ius variandi* amplio consistiría en modificar las modalidades de las condiciones de trabajo unilateralmente sin autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. El referéndum que hace el Ministerio de Trabajo y Previsión Social se realiza tomando en cuenta la situación

160 Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *op. cit.*, nota 4, p. 165.

económica de la empresa. Y no hay otros criterios o requisitos que determinen su legitimidad, lo cual hace patente la necesidad de una propuesta de *lege ferenda* (Se realiza en el capítulo final).

Me gustaría aclarar que aunque la enunciación legal parece coincidir con la proposición conceptual amplia de *ius variandi*, el hecho es que el legislador nunca se planteó, ni se ha planteado hasta la fecha, el *ius variandi* en los términos doctrinales expuestos. Podríamos decir que no ha reflexionado en este tópico. Menos aún ha reflexionado en que lo que se modifica no es la condición *per se*, que siempre existe, sino el contenido de las mismas condiciones que enuncia, es decir, la modalidad.

La segunda lectura del párrafo *sub examine* del artículo 20 puede hacerse por *argumentum a contrario* o argumento *a contrario sensu*¹⁶¹. Según esta interpretación, las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral pueden alterarse de modo accesorio o permanente sin necesidad de acuerdo expreso de las partes o autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Esto implica que el *ius variandi* restrictivo también está permitido, solo no hay al respecto regulaciones específicas.

El artículo 20 termina reglando que “son condiciones o elementos de la prestación de los servicios o ejecución de una obra: la materia u objeto; la forma o modo de su desempeño; el tiempo de su realización; el lugar de ejecución y las retribuciones a que esté obligado el patrono”. Este artículo implica que no hay otras condiciones más que las allí enlistadas, pudiendo llamar a otros aspectos de la contratación como modalidades, que son totalmente modificables por el patrono de modo sustancial o accesorio.

161 El Dr. Magallón Ibarra expresa que “el argumento *a contrario sensu* opera en aquellos casos en los que existe una prohibición para determinadas situaciones. Ello implica que las hipótesis comprendidas fuera de esos límites, están excluidas de las prevenciones de la ley. Un ejemplo de esta fórmula es aquella que tuvimos presente en el principio que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de una persona. Así –en sentido contrario– deberá entenderse que sí podrá aplicarse hacia el pasado, cuando ello beneficie a una persona. En esta fórmula funciona el principio de que lo que no está prohibido está permitido”. Consultado en: Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil. Tomo I, Atributos de la personalidad*, México, Porrúa, 1998, p. 159.

D. Clasificaciones del *ius variandi* contenidas en el Código de Trabajo: normal-excepcional, temporal-permanente, organizativo-disciplinario, variaciones radicales y menores

1. *Normal-excepcional, temporal-permanente*

Los criterios y formas de ejercicio dentro del Código de Trabajo guatemalteco nos permiten encuadrar como uno de ellos, el contenido dentro de la clasificación doctrinal de *ius variandi* normal y excepcional.

El *ius variandi* excepcional está admitido en virtud de una obligación de los trabajadores que no se encuentra expresamente enlistada dentro del contrato de trabajo, y no necesita estarlo. Es la obligatoriedad de obedecer la coordinación del patrono y modificaciones en caso de asuntos de trascendencia social. El artículo 63 regula que:

Además de las contenidas en otros artículos de este código, en sus reglamentos y en las leyes de previsión social, son obligaciones de los trabajadores: e) Prestar los auxilios necesarios en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono o de algún compañero de trabajo estén en peligro, sin derecho a remuneración adicional [...].

Esta disposición permite alterar todas las modalidades de las categorías del contrato individual de trabajo por una evidente necesidad, en la que el trabajador no puede oponerse sin responsabilidad de su parte; esta situación de emergencia, se configura como un *ius variandi* temporal, entendiendo que al cesar la emergencia o resuelta la crisis, el trabajador volverá a ostentar sus condiciones anteriores al episodio.

Se dijo en el capítulo II, que esta disposición es parte del *ius variandi* excepcional, pero no lo agota; nos remitimos a lo ya enunciado para complementar lo que aquí se desarrolla.

Además, en relación con el *ius variandi* ordinario, este –aunque entendido de modo extensivo– está permitido en virtud de las disposiciones que contiene el artículo 20 del Código de Trabajo, por lo cual nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe anterior.

Queda decir sobre la permanencia que el *ius variandi* ordinario se instaure con esta vocación, lo cual no implica que nunca más pueda modificarse lo modificado sino más bien que la modalidad de la condición es estable hasta que el patrono no esté en condiciones de mejorarla o de simplemente variarla por las exigencias técnico-organizativas.

2. Organizativo-disciplinario

En el Código de Trabajo, el ejercicio del *ius variandi* amplio es siempre organizativo, lo cual –como se decía en la parte doctrinal– significa justificarlo y equilibrar su manifestación con la lógica empresarial y la necesidad económica de la misma.

El artículo 20 expresa la posibilidad de modificar las condiciones del contrato individual de trabajo por *ius variandi* (ver primer epígrafe de este capítulo) si lo autoriza el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, **cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa**. Esto implica que no se admite el *ius variandi* disciplinario, porque modificar sustancialmente las condiciones del trabajador para castigar no tiene relación con la situación económica de la empresa.

Si bien en el *ius variandi* amplio la justificación para modificar sustancialmente las condiciones del contrato individual de trabajo es la situación económica de la empresa, no puede decirse lo mismo del *ius variandi restrictivo* que, se decía, está permitido. Aquí, para renegar la posibilidad de aplicarlo con fines disciplinarios, no tenemos un consistente asidero legal.

Mi opinión –que se sesga claramente por la negativa– tiene el prejuicio doctrinal, y encontraría quizás una tenue convalidación legal en el artículo 60 literal e) del Código de Trabajo, que en relación con el salario prohíbe “descontar suma alguna del salario de los trabajadores en concepto de multa”, así como suspender al trabajador sin goce de salario por más de ocho días o sin haber oído antes al interesado y a los compañeros de trabajo que este indique.

3. *Variaciones radicales y menores*

Se sostuvo en páginas anteriores que el legislador partió del concepto amplio de *ius variandi*, que permite modificar de modo sustancial las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo con autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social cuando lo justifique la situación económica de la empresa. Si no cuenta con autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, el trabajador puede terminar el contrato sin responsabilidad de su parte. Esto significa que se permiten a la luz del Código de Trabajo, variaciones radicales; permiso con el cual no estoy de acuerdo, y cuya modificación en la praxis se da al margen de la ley, y extraordinariamente con autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. La desaplicación generalizada de esta norma y la pérdida de legitimidad ameritan una reforma legislativa.

Las variaciones menores, puesto que se permite lo más, también son posibles dentro del Código de Trabajo guatemalteco, en virtud del artículo 20, y por el principio de libertad de acción; y a estas variaciones no esenciales las denominamos *ius variandi* legítimo.

E. Regulación de las modalidades de ius variandi en el Código de Trabajo: categoría, salario, función, movilidad geográfica, horario-jornada

1. *Categoría y salario*

A las modalidades de modificación peyorativa de la categoría y salario se les concede una privilegiada posición de protección dentro del Código de Trabajo, implicando que modificarlas de modo unilateral (reducirlas *in peius*) constituye un accionar ilegítimo del patrono.

En relación con la categoría se contemplan dos supuestos que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo: *a*) la ubicación del trabajador en una categoría que aunque similar implica una reducción salarial; y, *b*) la degradación, es decir, la ubicación del trabajador en una categoría inferior.

El Código de Trabajo en el artículo 78, literal j, expresa que el trabajador está facultado para dar por terminado su contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte, cuando “El patrono o su representante en la dirección de las labores lo traslade **a un puesto de menor categoría o con menos sueldo** o le altere fundamental o permanentemente cualquiera otra de sus condiciones de trabajo”. Estas modificaciones se califican de sustanciales y vedadas por completo por el legislador laboral. Son las únicas dos formas de alterar las condiciones expresamente normadas, y en las que el legislador prevé un medio de defensa.

En relación con la degradación o modificación peyorativa de la modalidad de la categoría, esta se admite excepcionalmente en dos circunstancias: *a)* por ineptitud o incompetencia del trabajador para desempeñar el cargo al que fue promovido y que comprende funciones diferentes a las desempeñadas en el cargo anterior, comprobada por el patrono dentro del periodo de prueba (artículo 78 lit. j del Código de Trabajo); y, *b)* por temporalidad en la asignación de la categoría, lo que quiere decir que si el patrono decretó un ascenso al trabajador en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, el patrono no incurre en responsabilidad al volver al trabajador a sus condiciones originales.

En relación con el salario, el artículo 79 literal a) del citado código faculta al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo sin responsabilidad de su parte “cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados”, lo cual excluye toda posibilidad de variación, aunque sea nimia y por tanto no sustancial.

Para el salario se admite solamente la excepción de temporalidad del aumento; expresando esto que si el incremento se hiciera en forma temporal, por circunstancias calificadas, el patrono no incurre en responsabilidad al regresarlas a su cuantía inicial, con la salvedad ya hecha de que si las circunstancias calificadas cesan y el patrono no elimina inmediatamente el aumento temporal decretado al trabajador, no podrá hacerlo luego sin incurrir en responsabilidad.

Para otra clase de modificaciones, el Código de Trabajo expresa en el mismo artículo 79, inciso j), que también el trabajador podrá terminar el contrato de trabajo sin responsabilidad porque el patrono “le altere fundamental o permanentemente cualquiera otra de sus condiciones de trabajo”, o bien porque “el patrono incurra en cualquiera otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato” (artículo 79, lit. k del Código de Trabajo). Esto queda a criterio del trabajador sujeto a revisión del juez.

2. *Función del trabajador*

El artículo 21 del Código de Trabajo especifica que:

[...] si el contrato individual de trabajo no determina expresamente el servicio que deba de prestarse, el trabajador queda obligado a desempeñar solamente el que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición física, y que sea del mismo género de los que formen el objeto del negocio, actividad o industria a que se dedique el patrono.

Esta modalidad de cambio de funciones, en los términos redactados, deviene bastante difícil de proteger, tanto al patrono como al trabajador. Porque la posibilidad de admitir un cambio de funciones se analiza en relación con la fuerza, aptitud, estado o condición física del trabajador o trabajadora, cualidades que solamente el mismo trabajador podrá esgrimir como alegatos. Sin embargo, el obstáculo real se presenta en el momento en que el juez de trabajo debe decretar la legitimidad o no del *ius variandi*, evaluando estas características del trabajador (tendría que auxiliarse de un perito). Y la otra dificultad es que aparentemente solo puede alegarse en caso no se hayan convenido expresamente las funciones del trabajador. El artículo finaliza expresando que las nuevas funciones tienen que ser del mismo género de los que formen el objeto del negocio, actividad o industria a que se dedique el patrono. Esto solo sugiere para los contratantes que no deben dejar indeterminadas las funciones del trabajador.

De todos modos, el artículo 29, literal c) del Código de Trabajo advierte que el contrato escrito de trabajo debe contener

“la indicación de los servicios que el trabajador se obliga a prestar, o la naturaleza de la obra a ejecutar, especificando en lo posible las características y las condiciones de trabajo”.

El artículo 53, numeral 1, del Código de Trabajo de la República de El Salvador, cuya redacción y texto es bastante similar al artículo 78, literal k, de nuestro Código de Trabajo, agrega como modificación invariable que posibilita el despido indirecto la variación de funciones del trabajador; el texto en el numeral indicado dice a la letra:

*Cuando sin mediar justa causa, el patrono reduzca el salario al trabajador, o realice cualquier acto que produzca ese mismo efecto, o lo traslade a un puesto de menor categoría, o lo destine al **desempeño de un trabajo de naturaleza distinta a la del convenido en el contrato** [resaltado es propio].*

3. Movilidad geográfica

La movilidad geográfica está regulada en el Código de Trabajo solamente en cuanto convenida contractualmente. Y en estos términos es bastante cuidadosa.

Califica de movilidad geográfica del trabajador la separación entre su vivienda y el lugar de trabajo que sea mayor de quince kilómetros; exige que si el trabajador se ve compelido a hacer viajes diarios de ida y regreso, el patrono pague a aquel los pasajes o los gastos razonables que eso le demanda (artículo 33 lit. a) y si se ve compelido a vivir en el sitio donde van a realizarse los trabajos, que el patrono debe pagarle los gastos razonables de ida y de regreso antes y después de la vigencia del contrato (artículo 33 lit. b).

La medida compensatoria descrita se extiende a la esposa y familiares que vivan y dependan del trabajador para el caso que el trabajo dure más de sesenta días y que los parientes se vean compelidos a vivir en el lugar donde van a realizarse los trabajos o en las inmediaciones de este (artículo 33 *in fine*).

Decía en el Capítulo II que estas atenciones legales no pueden sino inducirnos a creer que con más severidad veía el legislador la movilidad geográfica decretada unilateralmente por el patrono;

y es mi criterio que el patrono debe cuidar de no causar daños ni perjuicios al dependiente y además cumplir con las compensaciones económicas que enuncia el Código de Trabajo.

4. Horario-jornada

A este respecto se decía que el Código regula solamente los límites de horas y la organización de las jornadas, así como la posibilidad de su afectación en caso de siniestro o riesgo inminente. Sin embargo, no existen disposiciones particulares que prohíban al patrono la modificación de la jornada y del horario.

F. *Ius resistentiae* desde el Código de Trabajo y otras leyes: despido indirecto, exceptio non adimpleti contractus, nulidad, daños y perjuicios, amparo

1. Despido indirecto

La doctrina más antigua del *ius variandi* reconoce como forma de respuesta casi exclusiva del *ius variandi* abusivo, el despido indirecto. Y la opción primera y única que figura dentro del Código de Trabajo, como respuesta a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, es esta misma. Citamos de nuevo el artículo 79 en la parte conducente:

Artículo 79. Son causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte: a) cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados. Quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley. [...] j) Cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores traslade al trabajador a un puesto de menor categoría o con menos sueldo o le altere fundamental o permanentemente cualquiera otra de sus condiciones de trabajo. Sin embargo, en el caso de que el trabajador hubiere ascendido a un cargo que comprenda funciones diferentes a las desempeñadas por el interesado en el cargo anterior, el patrono dentro del período de prueba puede volverlo a su cargo original, si establece la manifiesta incompetencia de éste en el desempeño del puesto al que fue promovido. Cuando el ascenso o aumento de salario se hiciera en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, el patrono tampoco incurre en responsabilidad al volver al

trabajador a sus condiciones originales; y k) Cuando el patrono incurra en cualquiera otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

Pese a que el despido indirecto es la forma tradicional, el Código no la regula con carácter de exclusiva, y puesto que su ejercicio es una potestad (facultad) como directamente inicia expresando el artículo, y que facultad se opone a obligación (que excluiría otra manera de responder), podemos legítimamente encontrar otros medios de resistencia por medio de una tarea de integración de leyes.

Respecto a la forma de ejercer el despido indirecto, el artículo 80 del Código de Trabajo regula que “surte efecto desde que el trabajador la comunique al patrono, debiendo aquél en este caso cesar inmediatamente y efectivamente en el desempeño de su cargo”. Además, el patrono “goza del derecho de emplazar al trabajador ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social y antes de que se transcurra el término de prescripción, con el objeto de probarle que abandonó sus labores sin justa causa”.

En el artículo 20 se regula que las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Si suponemos que el trabajador no está de acuerdo con la modificación, pero el Ministerio de Trabajo y Previsión Social la autoriza tomando en cuenta la situación económica de la empresa, ¿cómo debería interpretarse el artículo 79 y sus causales? ¿Puede el trabajador terminar el contrato de trabajo con responsabilidad para el patrono por no pagarle íntegramente el salario, degradarlo de categoría, reducirle el salario en categoría similar o modificarle sustancialmente otras de las condiciones de trabajo a pesar de que lo hizo con autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social?

Mi criterio es que sí. Esto por dos razones: La primera es que en el artículo 79 no existe distinción en las causales que excluya la posibilidad de que el trabajador termine su contrato de trabajo sin responsabilidad de su parte por la “aquiescencia del Ministerio de Trabajo y Previsión Social” para las variaciones. Así pues,

sin importar la legitimidad de la medida por la situación de la empresa, el Código faculta al trabajador para terminar el contrato en esos casos. Después de todo, no se puede obligar al trabajador a adherirse a modalidades de las condiciones de trabajo que nunca pactó y le perjudican, lo cual vendría a configurar al derecho del trabajo como una disciplina nada tutelar, y más propaladora de la autonomía de la voluntad que el derecho civil.

La segunda razón es que la autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social es un requisito de legitimidad para ejercer el *ius variandi*, el único en Guatemala, y una cosa es que se pueda ejercer, y otra son las reacciones del trabajador frente a un *ius variandi* abusivo (que le perjudica), una de ellas el despido indirecto.

2. *Exceptio non adimpleti contractus*

La figura se encuentra contenida en los artículos 1535 a 1537 del Código Civil. Dichos artículos disponen respectivamente que:

[...] en todo contrato bilateral hay condición resolutoria y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo que le concierne. [...] El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere. [...] [O también puede] pedir la resolución del contrato, aun después de haber optado por reclamar el cumplimiento, si éste resultare imposible con posterioridad a la demanda. [...] [Quien] ha dado motivo para la falta de cumplimiento o invalidez de un contrato, no podrá invocar en su favor esa causa para pedir su resolución.

Por cuanto la retención de la prestación debida por parte del trabajador constituye una suspensión de la relación o contrato de trabajo, ya que:

[...] una o las dos partes que forman la relación laboral deja o dejan de cumplir parcial o totalmente, durante un tiempo, alguna de sus respectivas obligaciones fundamentales (prestación del trabajo y pago del salario), sin que por ello terminen dichos contratos ni se extingan los derechos y obligaciones que emanen de los mismos¹⁶².

162 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.* nota 29, art. 65.

Esto significa que sus causales están previstas en los artículos 66 al 68 del Código de Trabajo. Entre ellas, no se contempla la suspensión de la relación de trabajo por imposición de *ius variandi* que atenta contra los intereses del trabajador o similar.

Esto significa la imposibilidad de acudir a los artículos 1535 a 1537 por *analogia iuris* del artículo 15, que dispone que:

[...] los casos no previstos por este código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del Derecho del Trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de Derecho Común.

Así que resumidamente puede decirse que no es posible aplicar la *exceptio non adimpleti contractus* bajo la legislación laboral guatemalteca actual.

3. Nulidad

La nulidad como medio de defensa frente al ejercicio abusivo del *ius variandi*, se podrá utilizar solamente si tal ejercicio constituyó una disminución de las normas mínimas de derecho necesario, que están contenidas en el artículo 102 de la Constitución Política de la República de Guatemala. No puede usarse por la modificación de normas que son disponibles por el trabajador. Esto por la interpretación que se expuso del artículo 106 de la Constitución, entendiendo que el principio de irrenunciabilidad se identifica con el de indisponibilidad, pero no con el de irreversibilidad.

Aunque en la praxis, por cuanto el principio de irrenunciabilidad se ha entendido estáticamente, los jueces de trabajo admiten la interposición del recurso de nulidad en contra de la modificación de condiciones de trabajo. Esto entraña una contradicción en el pensamiento porque el artículo 20 del Código de Trabajo contempla la posibilidad de modificar las condiciones del contrato de modo accesorio o sustancial con el acuerdo del trabajador o autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Y si se entiende la norma como irreversibilidad esta disposición carece de sentido.

Se citaba como ejemplo el expediente 2331-07 del Juzgado Segundo de Trabajo y Previsión Social en que el actor presentó una demanda ordinaria de declaración de nulidad de reducción de condiciones de contratación con el objetivo principal de ordenar la restitución del trabajador al cargo del cual fue defenestrado. La demanda es acogida con beneplácito por dicho juzgado en cuanto a la nulidad de la reducción de condiciones de contratación, lo cual respalda la tesis del criterio en comento.

4. *Daños y perjuicios*

Decretar al trabajador un *ius variandi* –legítimo o ilegítimo, abusivo o no– sin considerar el principio de indemnidad, puede ocasionarle daños y perjuicios.

De tal modo que el proletario puede emplazar al dador de trabajo frente a los tribunales, exigiéndole el pago de daños y perjuicios que le produjo su incumplimiento contractual.

En el capítulo anterior, se mencionó que el trabajador en esta acción corre con la carga de la prueba de demostrar: *a)* la antijuricidad de la conducta del empresario; *b)* la imputabilidad del daño a la parte patronal; *c)* la existencia de una lesión patrimonial y moral concreta; y, *d)* la relación de causalidad entre el cambio impuesto y la lesión detectada.

La consecuencia de la producción de daños y perjuicios está regulada en el artículo 1645 del Código Civil, el cual expresa que “toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Por lo que, sincopadamente puede decirse en este apartado que el trabajador podrá iniciar una acción por daños y perjuicios en contra del empresario que los produzca en el ejercicio del *ius variandi*.

5. Amparo

El amparo está regulado constitucionalmente en el artículo 265 y protege a las personas:

[...] *contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.*

El criterio de la Corte de Constitucionalidad respecto al amparo, considerando que el despido indirecto es la única medida de resistencia regulada en el Código de Trabajo, es que debe emplearse con carácter subsidiario, para corregir omisiones o desviaciones de los tribunales ordinarios que puedan resultar agraviantes a derechos fundamentales garantizados por la constitución y las leyes. Y el acto reclamado debe ser una resolución de autoridad (sobre todo del poder público, quizás un juez de trabajo y previsión social, convalidado por una sala de apelaciones) que vulnere derechos constitucionales del demandante.

Esta vulneración podría consistir en: acoger el despido del trabajador por abandono injustificado de tareas (que en realidad es un despido *ad nutum*) cuando el trabajador optó por ejercer la *exceptio non adimpleti contractus* (con el inconveniente ya expuesto), o bien que se haya admitido el *ius variandi* empleado en forma persecutoria, hostigadora, con fines disciplinarios o no justificado en razones funcionales-económicas de la empresa.

II. El *ius variandi* en la jurisprudencia guatemalteca

La reserva hecha en la parte introductoria de esta tesis de grado vale en este momento, en el sentido de recordar que el *ius variandi* es una figura desconocida por la mayor parte de jueces y abogados en el sistema jurídico guatemalteco. Sin embargo, la medida de despido indirecto adoptada por el trabajador en caso de considerar que se han modificado sus condiciones de trabajo de manera sustancial permite develar el criterio del juzgador respecto

a estas variaciones, sobre todo su legitimidad y posibilidad. Estudiamos primero, por jerarquía, jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y luego de Juzgados de Trabajo y Previsión Social. Por los objetivos de este trabajo no podemos estudiar los expedientes *in extenso* y se transcriben solamente los fragmentos más estrechamente relacionados con los temas desarrollados.

A. Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad relacionada con el ius variandi

1. Corte de Constitucionalidad, expediente número 513-93, en apelación de sentencia de amparo

Con relación al despido indirecto, se estima que el efecto de esta clase de despidos inevitablemente es el pago de prestaciones que corresponde, pero en ningún momento podría ser la reinstalación, toda vez que por un lado, la ruptura del contrato de trabajo se debe a una determinación asumida por el trabajador cuando estima que se han cambiado, en su perjuicio, las condiciones de trabajo; y por otro, en el supuesto de que se le reinstalara, tendría que ocupar nuevamente el puesto en el que prevalecen las condiciones que no acepta [...].

El interés en este caso es que se vislumbra la necesidad de encontrar otros medios de defensa para que el trabajador pueda oponerse a la modificación de las condiciones de trabajo de modo abusivo o ilegítimo. Porque como decía, lo que el trabajador quiere no es la liquidación de la relación sino el cese de unas medidas que lo perjudican y dañan objetivamente, además que constituyen un arrollamiento de lo convenido contractualmente.

En este caso, está claro que el magistrado constitucional resolvió correctamente. El demandante optó por la terminación de la relación. Sin embargo, intentó el cese de las medidas modificatorias, lo cual no es posible; empero, no estoy de acuerdo con lo que parece ser una postura estática del magistrado constitucional al considerar el supuesto de la reinstalación, porque si el trabajador utilizara otro medio de defensa, que convalide la ilegitimidad de las modificaciones, estas no prevalecerían en el cargo que desempeñó.

El fallo en comento, además, hace patente el vacío legal respecto a los medios de defensa, pues prácticamente el trabajador únicamente puede emplear el despido indirecto, cuando su intención no es terminar la relación de trabajo, sino el cese de las medidas modificatorias. Por lo que, en este sentido, el código es una herramienta enervante de la relaciones de trabajo.

2. *Corte de Constitucionalidad, expediente número 173-96, en amparo en única instancia*

Del análisis de las actuaciones, esta Corte establece que la autoridad impugnada trasladó al postulante del cargo de Juez del Tribunal Cuarto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente al de Juez Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, sin que existiera causa que fundamentara el traslado y sin conferirle audiencia debida para que se pronunciara respecto a las razones que motivaron tal disposición. La inamovilidad de los jueces no es garantía absoluta, pero cualquier decisión contra ella debe ser fundamentada y ser consecuencia de un procedimiento en el que el funcionario haya tenido la oportunidad de defenderse; y, siendo que esto no ha ocurrido en este caso, el traslado del postulante carece de fundamento y viola los derechos constitucionales enunciados. Por las razones expuestas es procedente otorgar la protección solicitada.

El denominado “traslado” (contenido en el artículo 43 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil) es un cambio de categoría, y constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo; se evidencia en este caso porque el juez es trasladado de un tribunal colegiado a uno unipersonal, lo cual constituye un agravio directo a la imagen personal del juez. No hay consideraciones de índole laboral en la protección que decide otorgar el tribunal constitucional.

Entiendo que como servidor público, el régimen legal aplicable es el de la Ley del Servicio Civil, pero de todos modos, el artículo 4 de dicha ley estipula que:

[...] se considera servidor público, la persona individual que ocupe un puesto en la administración pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a

cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia administración pública.

Lo cual es una redacción y contenido casi exacto del artículo 18 del Código de Trabajo.

En relación con la Ley del Servicio Civil, que busca regular las relaciones entre servidor público y administración pública, no hay consideraciones de *ius variandi*, aunque la regulación es más extensa y explícita que la del Código de Trabajo, regulando las modalidades de ascenso, permuta, y traslado. Sin embargo, que pueda variarse la categoría del servidor público unilateralmente por acuerdo de la autoridad nominadora correspondiente me parece un ejemplo prototípico de violación a los derechos humanos laborales y un caso de *ius variandi* abusivo.

3. Corte de Constitucionalidad, expediente número 200-97, amparo en única instancia

En el presente caso se solicita amparo contra la Corte Suprema de Justicia y se señala como acto reclamado la resolución por la que acordó trasladar al accionante del puesto de Secretario de Instancia I, que ocupaba en el Juzgado Segundo de Primera Instancia del departamento de Suchitepéquez, al de Secretario de Instancia I del Juzgado Segundo de Primera Instancia del departamento de Huehuetenango. Del estudio de los antecedentes se establece que la autoridad impugnada en uso de las facultades que le confieren los artículos 54 inciso d) y 79 inciso d) de la Ley del Organismo Judicial y respetando lo preceptuado por el artículo 20 del Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo suscrito entre el Organismo Judicial del Estado de Guatemala y el Sindicato de Trabajadores del Organismo Judicial, decidió el traslado del postulante, sin que por ello se configure violación a sus derechos, puesto que el traslado no supone cambio sustancial de las condiciones de trabajo. Haber ordenado el traslado del amparista, es producto del gobierno que ejerce la autoridad reclamada, y de la obligación que tiene de velar porque la justicia sea pronta y cumplidamente administrada, sin que dicho cambio produzca violación de derechos como se afirma. Por esa razón, la inexistencia de agravio reparable por esta vía, determina la improcedencia del amparo y así deberá declararse.

El magistrado constitucional consideró que no existe un agravio al postulante pero desde la perspectiva de la categoría, funciones y salario. Esto porque se traslada al trabajador a un puesto en el mismo horario, salario y que posee la misma categoría; lo cual si allí se extinguiera, permitiría en mi opinión el ejercicio del *ius variandi* de manera legítima. Sin embargo, si se consideran los agravios del postulante, el panorama se aprecia de modo distinto, entendiendo que aunque no hay un cambio de categoría, salario u horario, sí hablamos de movilidad geográfica; las razones que esgrime son valiosas:

a) La distancia que existe entre Suchitépéquez donde laboró por muchos años y Huehuetenango es de ciento sesenta y cinco kilómetros y para llegar al Tribunal tiene que trasbordar tres buses diferentes, lo que implica que llega cansado a dar inicio a sus labores e incluso sin desayunar; b) así mismo, este traslado incide en la desintegración de su familia pues es padre de tres menores; también tiene que realizar gastos por alimentación, transporte y hospedaje, que repercuten en su presupuesto familiar, pues su salario sigue siendo el mismo, aunque existe una disposición que establece que el empleado que presta sus servicios en lugar diferente para el que fue contratado, se le debe pagar un renglón económico para el efecto; c) el traslado afecta su salud, porque el clima frío le perjudica, teniendo que hacer gastos médicos y de medicina que no necesitaba hacer antes y que también viene a repercutir en su ingreso salarial; d) manifiesta que en el tribunal al que fue trasladado existe exceso de trabajo, pues en el departamento hay 31 municipios y son muchos los expedientes y poco el personal; e) por no tener ninguna amonestación o apercibimiento esperaba ser ascendido, pues posee pensum cerrado en la carrera de derecho, y aunque la autoridad impugnada tenga facultades legales para realizar traslados, eso no le da derecho a alterar las condiciones iniciales pactadas en el contrato individual de trabajo, y menos cuando las nuevas condiciones resultan perjudiciales para el trabajador, además es un ex-dirigente sindical que aún goza de inamovilidad de conformidad con el Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo.

Hay aquí entonces, un incumplimiento de los presupuestos de procedencia del *ius variandi*, sobre todo el de no indemnidad, y la movilidad geográfica se hace de modo abusivo, sin compensar los gastos en los que incurrirá el trabajador. Hasta este momento vemos que la medida de despido indirecto en la que solamente se

menciona de manera directa a la categoría y salario, oscurece el entendimiento del juzgador, entendiendo que no hay modificación sustancial de las condiciones a pesar de que el lugar de ejecución del trabajo es una condición, y la movilidad a 175 kilómetros de distancia no puede sino calificarse de modificación sustancial de la condición del lugar de ejecución del contrato de trabajo.

4. *Corte de Constitucionalidad, expediente número 49-2001, en apelación de sentencia de amparo*

Al analizar el acuerdo objetado en amparo esta Corte advierte que en el mismo se acuerda que a la plaza de Asistente de la Dirección de la Gerencia ocupada por la amparista, se le devuelve la categoría de Asistente Administrativo "C", y como consecuencia de ello, designar en esta última categoría la plaza de la amparista, con las funciones, obligaciones, atribuciones, horario y salario que corresponden a la última de las categorías mencionadas. El traslado anterior, según se ve de la lectura del acuerdo impugnado, lleva implícito una disminución en cuanto a salario, atribuciones –como lo reconoce la propia autoridad impugnada en su declaración mediante informe de cuatro de diciembre de dos mil– y obligaciones laborales de la amparista, decisión que, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, solamente la podía tomar el Gerente de dicho instituto y no la Jefe Interina del Departamento de Recursos Humanos del mismo, quien firmó como responsable (aunque con un supuesto aval del Gerente) del acuerdo que se objeta en el amparo, por lo que tal proceder, a criterio de esta Corte, es agravante de lo establecido en el artículo 5º de la Constitución.

Por lo anteriormente considerado procede revocar el fallo apelado, y emitir el que en derecho corresponde, sin condenar en costas a la autoridad impugnada por presumirse buena fe en su actuación.

El artículo 21 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, expresa que corresponde al gerente nombrar, promover, permutar y corregir disciplinariamente al personal, entre otras cosas. El caso citado, tiene la relevancia no en el grado que se resuelve sino en uno más profundo. En este caso se revocó el fallo del juez *a quo* por un asunto jurídico-formal que desautoriza la resolución emitida. Aquí interesa sobre todo que el fallo que

se apela estimó que las modificaciones eran posibles cuando son a todas luces sustancialmente profundas. Se modificó categoría, horario y salario. Y el tribunal no considera otras razones más que la falta de personalidad de la jefa interina del departamento de recursos humanos, sin tomar en cuenta que el contenido de la resolución también es violatorio. Y el contenido del fallo recurrido como violatorio de derechos constitucionales puede enmendarse por vía de la apelación de sentencia de amparo. En este caso no se muestra el criterio del juzgador respecto a la posibilidad de modificaciones a las condiciones de trabajo.

B. Jurisprudencia de los Juzgados de Trabajo y Previsión Social relacionada con el ius variandi

1. Juzgado Segundo de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, Expediente número 873-97, en juicio ordinario

a. Hechos del caso

El actor presentó demanda ordinaria laboral por despido indirecto en contra de la entidad en la que inició a laborar el diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Esto porque el demandado le notificó que a partir del 24 de abril 1997, dejaría de percibir comisión sobre ventas realizadas a dependencias de salud del Estado, gobierno o Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, y que dichas ventas constituían el mayor porcentaje de su salario.

El 28 de abril de 1997 el demandado comunicó en memorándum al actor que había decidido dejar sin efecto las variaciones decretadas.

b. Resolución

La demanda terminó en conciliación, aprobada por el Juez Segundo de Trabajo y Previsión Social con fecha 28 de abril de 1999. El contenido del acuerdo consistió en el compromiso del demandado de pagar al actor las prestaciones laborales reclamadas.

c. Opinión

Considero pertinente analizar sobre todo la defensa utilizada por el demandado en la contestación de la demanda e interposición de excepciones. Opuso al demandante en lo que nos interesa, excepción de “Falta de materialización del cambio de condiciones de trabajo del actor”, “inexistencia de causa para fundamentar en ella el despido indirecto”, “falta de derecho para reclamar el pago de indemnización y daños y perjuicios” y además reconvino al actor por abandono de sus labores y por daños y perjuicios causados.

El contenido sobre el que descansaron las excepciones fue el que se desprende de su interpretación del artículo 79 literal a), y que se resume en:

El simple anuncio de un posible cambio de condiciones de trabajo que pueda producir futuramente un daño al trabajador no perfecciona el supuesto del artículo mencionado. En el presente caso, no existe la relación causal necesaria para invocar el despido indirecto cuando cabalmente el efecto no se ha dado; cuando la tangibilidad del cambio de las condiciones de trabajo del actor no encaja en la ley porque no se produce, ya que la ley se refiere a un hecho presente o pasado que se realiza o ya se realizó, nunca a un hecho futuro impreciso que puede realizarse o no, que solamente se anuncia.

No me parece que la interpretación que hizo el demandado del artículo 79 sea legítima, porque el artículo 79, literal j faculta al trabajador a darse por despedido de forma indirecta cuando el patrono le altere fundamental o permanentemente cualquier condición de trabajo. Y el artículo no se refiere a materialización. El trabajador no tiene por qué esperar la materialización de la variación para utilizar un medio de defensa, porque si lo hace, el daño ya se produjo. La alteración no debe confundirse con la ejecución de la modificación decretada. El patrono ya alteró cuando anuncia al trabajador que a partir de fecha cierta sus condiciones se han modificado. Y esto es así, porque la protección de la ley nunca pretende funcionar *a posteriori* del daño producido (*damnum factum*), sino también *a priori*, para evitarlo, para obstaculizar su producción

(*damnum infectum*). Así, la interpretación tal, parece tergiversar lo dicho en la norma¹⁶³.

Por otra parte, si como en este caso, el trabajador se da por despedido de forma indirecta, tiene derecho a una indemnización, aunque posteriormente el patrono opte por cancelar la variación y ofrecerle sus condiciones primigenias. Esto, en mi opinión, evita solamente incurrir en el pago de daños y perjuicios (si se hace la rectificación casi de modo inmediato); aunque no descarto que de todos modos los daños morales se hayan producido (pero que probar en juicio es una tarea hercúlea). Desde esta perspectiva dudaríamos de la legalidad de la resolución judicial que se expide en el sentido de aprobar el convenio al que se arribó, porque en este, el trabajador renuncia a derechos que las leyes le otorgan, como es la indemnización en el caso del despido indirecto.

En el orden de ideas propuestas sobre el carácter injustificado del despido indirecto, el demandado reconvino al actor por abandono de sus labores voluntariamente a partir del 16 de mayo de 1997.

Sobre esta acción, es un hecho cierto que el demandado anunció al actor la modificación que explicamos. Y siendo así, no puede demandar un incumplimiento contractual, como el abandono de labores, cuando es resultado de su incumplimiento. Y además no hay ya obligación de laborar porque el despido indirecto es válido conforme lo que se comentó. Como se decía en el capítulo segundo, para incurrir en mora en el caso de prestaciones recíprocas, es

163 Cabanellas relata que desde el derecho romano existía la *cautio damni infecti*, como garantía previa frente a un mal previsible. El magistrado romano, luego de exigir un juramento de que no procedía con malicia quien pretendía la caución, conminaba al dueño de la cosa que amenazaba un daño a no causarlo; y, en caso de producirlo, a indemnizarlo él o los fiadores que debía presentar. De negarse a tal promesa, quien solicitaba la caución recibía la posesión de los bienes que representaban peligro para él. Ante una segunda intimación no aceptada por el propietario, se daba una posesión que facultaba para prescribir la cosa. Esta garantía era temporal; pues, transcurrido el plazo que se hubiere señalado, dueño y cosa recobraban su anterior libertad. Consultado en: Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 9ª ed., Argentina, Heliasta, 1976, t. II, p. 470.

necesario que uno de los sujetos de la relación haya cumplido con la obligación en la parte que le corresponde¹⁶⁴.

2. *Juzgado Cuarto de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, Expediente número 2545-2005, en juicio ordinario*

a. Hechos del caso

El actor presentó demanda en contra de la entidad en la que laboraba y en la que se dio por despedido en forma indirecta el día veintisiete de junio de dos mil cinco, por cuanto según su criterio, le modificaron las condiciones laborales: rebaja salarial, rebaja del porcentaje de comisiones sobre ventas, además de aumento de tareas sin correspondiente compensación.

Consintió realizar tareas que, desde su punto de vista, no le correspondía ejecutar, considerando que se tomaría en cuenta su trabajo, ya que además del cargo que contractualmente convino realizó el de distribuidor de medicamentos y cobrador.

Reclamó las prestaciones correspondientes a los dos cargos relacionados, como si se tratara de tres relaciones diferentes, además de la indemnización respectiva y daños y perjuicios.

b. Resolución

El juzgador consideró que el actor:

[...] legalmente y de conformidad con las estipulaciones de su contratación cumplía con el trabajo para el cual fue contratado, en virtud de ello se tiene por probado que el actor desempeñó el puesto que se obligó a desempeñar, en consecuencia se desestiman las pretensiones del mismo en cuanto a la cancelación de salarios y prestaciones reclamadas derivadas de su relación como distribuidor y cobrador, este último porque estaba inmerso en la contratación que como visitador médico se le efectuó [...].

164 Aquí puede ser de utilidad el concepto de *solutio* que se utilizó en el derecho romano que atribuyó a dicho término la prestación de lo que es debido, y esta última se entendía como *solvere dicitur qui id facit quod facere promisit* (se dice que paga aquel que hace lo que prometió hacer).

Consideró adicionalmente que se le cambió el pago de las comisiones por medio de memorando presentado por el demandante, en el cual:

[...] se evidencia que efectivamente al demandante se le cambiaron las condiciones en cuanto al pago de la comisión inicialmente pactada, por lo cual la demandada incurrió en la causa justa estipulada en el artículo 79 inciso j) del Código de Trabajo, por lo que facultó al trabajador a darse por despedido sin responsabilidad de su parte.

Por lo anterior, declaró con lugar parcialmente la demanda ordinaria ordenando, entre otras cosas, al pago de indemnización y daños y perjuicios.

c. Opinión

En relación con el aumento de responsabilidad sin el correspondiente aumento salarial, este es prácticamente un agregado de funciones asignadas al trabajador, y el problema fue que el actor no utilizó el camino correcto y legalmente viable en su reclamo; pues en lugar de alegar que se alteraron sustancialmente las condiciones del contrato de trabajo, intentó comprobar la existencia de tres relaciones de trabajo distintas, las cuales ejecutó y que por ende merece el pago de sendas prestaciones. Esto no puede alegarse porque fue contratado para ejecutar unos trabajos determinados, y si bien pueden imponerse funciones propias de otro cargo o categoría, esto no significa desempeñar ese cargo, sino más bien una adición de funciones al trabajador porque el tiempo del mismo es limitado. Cuando se expuso sobre las funciones del trabajador, decía que por el poder de dirección se reconoce al patrono la facultad de modificar las funciones, agregar o remover y variar, y que esto es parte del ejercicio del *ius variandi*, siendo mi criterio que puede hacerse siempre que se cumplan los requisitos expuestos (razonabilidad y proporcionalidad, no alteración esencial del contrato, indemnidad). El camino legal en Guatemala es exponer que al imponer un exceso de funciones al trabajador, no contempladas en el contrato individual de trabajo, se modifica sustancialmente la condición de “la forma o modo de su desempeño”.

Así pues, el juzgador resolvió como es debido, porque no hay una petición de la índole que se expuso y no puede resolver *ultra petita partium* (más allá de lo solicitado por las partes). Sin embargo, el principio de tutelaridad sugiere una intervención más activa que matiza el principio civil de congruencia y otorga más amplias facultades al juzgador.

En relación con lo resuelto por el juzgador, vemos que sí admitió como válido el despido indirecto porque se amainó el porcentaje de comisión a percibir por el demandante; y de conformidad con el artículo 79 literal j, el trabajador puede darse por despedido cuando el patrono le disminuya el sueldo. Esto es interesante porque por más exigua que sea la disminución, está excluida del *ius variandi* amplio que permite el Código de Trabajo. Así, una modificación de un quetzal en el salario del trabajador, de conformidad con el Código de Trabajo, faculta al trabajador para darse por despedido y reclamar indemnización y daños y perjuicios.

3. *Juzgado Sexto de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, Expediente número 5070-2006, en juicio ordinario*

a. Hechos del caso

El actor presentó demanda en contra de la entidad para la cual trabajaba como repartidor de gas, porque se consideró despedido de forma indirecta al estimar que se modificaron sustancial y permanentemente sus condiciones de trabajo. Esto porque el patrono tomó la decisión de reubicar la tienda de gas en donde trabajaba (en su misma residencia) a cuatro cuadras del lugar, para hacerla más productiva. Además adujo que el patrono no cumplió con pagarle las horas extra que le correspondían.

El demandado presentó acta número R uno punto tres mil doscientos veinte guión dos mil seis de la Inspección General de Trabajo (R1.3220-2006) de fecha diecinueve de noviembre del año dos mil seis, por medio de la cual pretendía demostrar la no fundamentación legal suficiente del despido indirecto. Además, adjuntó comprobantes con los que pretendía demostrar que al actor no se le debía dinero por

concepto de horas extras y expuso que el trabajador, por la naturaleza de sus labores, no estaba sujeto a una jornada laboral. Además, indicó que el actor no indicó en qué consistían las modificaciones sustanciales que se decretaron en sus condiciones de trabajo (el actor solamente lo indicó ante la Inspección General de Trabajo).

b. Resolución

El juzgador considero que:

[...] cuando se formula una demanda, reclamando indemnización por despido indirecto, con base y fundamento en las causales contempladas en el artículo setenta y nueve del Código de Trabajo, es a la parte actora a quien le corresponde probar o acreditar las causales que fundamentan su decisión de darse por despedido en forma indirecta.

En tales circunstancias, no habiendo acreditado la parte actora las causales en que fundamentó su reclamación de despido indirecto formulada en contra de la entidad demandada, se impone al respecto emitir el fallo absolutorio que en derecho corresponde, en relación a tal reclamo, y como consecuencia absolver a la parte demandada, de la reclamación que por concepto de despido indirecto formuló la parte actora.

Por tales motivos resolvió:

1) SIN LUGAR la demanda promovida por el actor XXX en contra de la entidad denominada XXX, en lo que respecta a las reclamaciones de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO y PAGO DE DAÑOS y PERJUICIOS, ABSOLVIENDO a la entidad demandada de dichas reclamaciones.

c. Opinión

El contenido de la resolución del juzgador en el caso concreto me parece el correcto, dado que las causales establecidas en el artículo 79 del Código de Trabajo, puesto que ocasionan responsabilidad al patrono (indemnización y daños y perjuicios si hubieren), necesitan probarse. Y no basta con que el trabajador alegue que las modalidades de las condiciones de trabajo se han modificado sustancialmente, sino tiene que expresar claramente de qué forma esto ha sucedido.

El trabajador en el libelo inicial, y luego en la ampliación, no precisó de qué forma se modificaron las condiciones del contrato de trabajo. Lo hizo circunstancialmente en la audiencia en la Inspección General de Trabajo. Ahora, en este sentido puede aprovecharse para analizar si la modificación que el trabajador estimó como sustancial verdaderamente lo es. Esta consistió en imponerle la movilidad del establecimiento de trabajo a cuatro cuadras de distancia. Esto, desde el Código de Trabajo, no puede considerarse sustancial por cuanto el lugar original de trabajo es la residencia del actor, y se ordenó su movilidad a tan solo cuatro cuadras de su residencia. Esto no puede ocasionarle ni siquiera un perjuicio económico, e implicará nada más su movilización en una distancia ínfima.

Me parece que los términos “modificación sustancial” contenidos en el Código de Trabajo, deben entenderse como variaciones que se alejan en forma profunda de lo convenido contractualmente, que no puedan materializarse sino por medio de la novación.

El caso estudiado también desvela la necesidad de seguir un procedimiento en el caso de *ius variandi* abusivo o ilegítimo, el cual debería iniciarse con notificar al patrono la inconformidad con la medida que pretende decretar, y posteriormente si el patrono decide imponerla, considerar terminado el contrato de trabajo, o bien defenderse con otra medida como las expuestas.

4. *Juzgado Segundo de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, Expediente número 2331-2007, en juicio ordinario*

a. Hechos del caso

El actor presentó demanda ordinaria laboral de declaración de nulidad de reducción de condiciones de contratación porque siendo el director administrativo financiero hospitalario “D” del Hospital General de Enfermedades, se le designó para cumplir funciones en el cargo de director administrativo financiero “E” del Hospital General de Enfermedades, en sustitución de la persona que fungía en ese puesto, quien se encontraba gozando de vacaciones.

Sin embargo, posteriormente dicha persona renunció al cargo y el actor quedó indefinidamente en el mismo, desempeñándolo por tres años, aunque renovando periódicamente contratos temporales de la prestación del servicio en el cargo al que se le ascendió.

El dos de julio de dos mil siete el empleador dispuso concluir el contrato laboral en aquel puesto y degradarlo al anterior, considerando que su designación solamente había sido temporal. Las dos peticiones del actor consistían en: a) declarar la nulidad de la degradación decretada y ordenar por consiguiente su restablecimiento en el cargo que desempeñó por tres años; y, b) pago del diferencial del salario dejado de percibir desde el momento de haberse producido la reducción de las condiciones de la contratación, hasta el momento de su restitución al puesto de servicio del que fue degradado.

b. Resolución

El juzgador consideró:

[...] nula ipso jure, la reducción de condiciones de contratación del trabajo desempeñado por el actor, a un puesto de trabajo inferior al que ejecutó durante los últimos tres años en el instituto demandado; III.- Consecuentemente, se ordena al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que una vez firme el presente fallo, deberá restituir al actor en la plaza de Director Administrativo Financiero Hospitalario "E" del Hospital General de Enfermedades, de conformidad con lo anteriormente analizado; IV.- SIN LUGAR la demanda promovida por el actor en contra del INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL, absolviendo a éste último citado, en lo que respecta al pago de diferencial del salario dejado de percibir reclamado por el actor.

c. Opinión

Despunta primeramente, como ya había mencionado en el capítulo anterior en la parte que se desarrolló la nulidad, que se emplee la nulidad, derivada de la interpretación del artículo 106 de la Constitución, y que además sea acogida por el juzgado que conoce la causa.

Prevedo que la resolución se basó en el acuerdo 1090 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el cual en su artículo 32 regula que: “Cuando se necesita llenar una plaza vacante por ausencia temporal del titular, el Gerente puede nombrar interinamente por el tiempo que dure la ausencia del titular, a la persona que llene los requisitos del puesto y que no tenga incompatibilidades o limitaciones para ejercer el cargo”. Además, según el artículo 37 del mismo acuerdo: “No está permitido nombrar, por un periodo mayor de tres meses, en forma temporal o interina, la o las plazas que se encuentren vacantes por causa de renuncia o despido de un trabajador [...]”.

Más allá de lo advertido, el caso es útil para entender algunos supuestos y problemas que el Código de Trabajo presenta en la aplicación del *ius variandi*, así como las implicaciones que tiene el que la declaratoria de nulidad *ipso jure* sea confirmada. (Tengo claro que el régimen aplicable en este caso es el de la Ley del Servicio Civil, que tampoco tiene una legislación de *ius variandi*).

Cuando se desarrolló lo relativo a la categoría, se expuso que uno de los supuestos excepcionales que admite su modificación es el ascenso temporal que se configuraría en este caso si fuese un trabajador no sujeto al régimen de la Ley del Servicio Civil. El problema que presenta la ley, es la no precisión de esa temporalidad, la no limitación, que desfonda la finalidad de la norma. El supuesto debió haber sido más preciso, aunque está claro que en el caso examinado tendríamos que considerar como simulatorios los actos contractuales que dotaban al trabajo su carácter de temporal. La temporalidad debe cesar en el momento en que el trabajador sustituido retorna, e incluso en este caso, debieron considerarse plazos específicos para designar un sustituto.

Por otra parte, debe analizarse la declaración que desestima la parte de la demanda que solicitaba el pago del diferencial salarial dejado de percibir reclamado por el actor desde que cesó en el cargo del que fue degradado hasta que sea reinstalado. En esta situación existen dos posturas. La primera entiende que el trabajador solamente tiene derecho a percibir la remuneración del trabajo

que efectivamente desempeñó, y en este sentido se pronuncia un caso de la jurisprudencia argentina, que expresa: “en el caso de que al trabajador se le rebaje unilateralmente de categoría, si optó por mantener el vínculo sólo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquella en la cual efectivamente prestó servicios”¹⁶⁵.

La segunda postura afirma que si no hubo aceptación expresa o tácita del trabajador respecto al cambio de categoría, este tiene derecho al cobro de la remuneración del cargo que debía haber desempeñado, si se declara la ilegitimidad de la variación. En el mismo caso mencionado Serra, Héctor c/Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino. Sentencia del 25/4/72, una posición minoritaria de los doctores Podetti y López sostuvo que:

*a) no mediando aceptación, expresa o tácita del cambio de categoría, el empleado tenía derecho al cobro de la retribución correspondiente a la categoría superior que debía haber desempeñado, ya que había puesto su capacidad de trabajo en manos del empleador y éste resultaba culpable de su no uso y b) si el empleador impide al trabajador prestar los servicios correspondientes a su categoría profesional, incurre en mora, y resulta obligado al pago de los salarios que ha debido cobrar el dependiente en virtud de una decisión unilateral arbitraria*¹⁶⁶.

A mí me parece que tiene un cimiento más sólido la segunda postura, y sobre todo considerando que el remedio utilizado fue la nulidad *ipso jure* por cuanto una de sus características es que por ser radical no produce efectos. Y siendo así, si las modificaciones impuestas se declararon nulas, no producen efectos; el patrono debe por ello pagar el diferencial salarial que el trabajador dejó de percibir, pues la decisión nula es la suya.

Además resalta que en el caso *sub examine* no se solicitaron daños y perjuicios, y el restablecimiento del trabajador no repara el daño que ya se causó sino solamente lo hace cesar. No hay entonces una reparación proporcional a los daños producidos.

165 Serra, Héctor c/Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino. Sentencia del 25/4/72.

166 Pose, Carlos, *op. cit.*, nota 55, p. 59.

CAPÍTULO IV PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

I. Resultados de la investigación e interpretación de los mismos

En el Código de Trabajo guatemalteco, por medio del cuarto párrafo del artículo 20, se permite la modificación sustancial de las condiciones del contrato individual de trabajo de modo unilateral por el patrono, siempre que medie autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando así lo justifique la situación económica de la empresa.

Esta regulación se refiere a las condiciones de la prestación laboral reguladas en el último párrafo del mismo artículo: materia u objeto; la forma o modo de su desempeño; el tiempo de su realización; el lugar de ejecución y las retribuciones a que esté obligado el patrono.

No expresa cuáles modificaciones a las condiciones de trabajo son sustanciales. Además, el artículo 79 faculta al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo sin responsabilidad de su parte cuando: el patrono no le pague el salario completo (condición: retribución a que está obligado el patrono) que le corresponda en la fecha y lugar acostumbrados, o bien cuando le traslade a un puesto de menor categoría (condición: forma o modo de desempeño de la prestación laboral) o con menor salario, o cuando le altere fundamental o permanentemente cualquiera de las condiciones de trabajo (salvo excepciones ya planteadas).

Existen ciertos artículos que regulan otras modalidades específicas de modificación de las condiciones, además del salario y categoría ya mencionados. Por ejemplo, el artículo 33, relativo a la movilidad geográfica pactada contractualmente, que induce a pensar en que si contractualmente existen compensaciones monetarias para el trabajador, en ejercicio de *ius variandi* deben necesariamente proporcionarse.

Además, respecto a las funciones el artículo 21, que impide asignar al trabajador tareas distintas a las convenidas, y que si no fueron convenidas, solamente las que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición física, y que sea del mismo género de las que formen el objeto del negocio, actividad o industria a que se dedique el patrono.

En la jurisprudencia no existe un trato homogéneo que permita colegir qué modificaciones se estiman como legítimas y cuáles no. Sin embargo, en este caso es mi criterio que la interpretación de las normas citadas debe hacerse de acuerdo con la equidad (la interpretación equitativa obedece a la ley mejor que el desvarío de la interpretación literal¹⁶⁷), y es menester que el juzgador considere la posible afectación a los derechos del trabajador en aplicación del *ius variandi* aunque la regulación actual solo estime como criterio legitimador la autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Los resultados obtenidos finalmente inducen a pensar de acuerdo con mi interpretación, que puede aplicarse el *ius variandi* amplio y restrictivo, aunque dudo que en la praxis exista una diferencia entre el amplio y el restrictivo, porque las modalidades posibles que considera modificaciones sustanciales, coinciden con las contempladas para el *ius variandi* restrictivo (movilidad geográfica, funcional, re-asimilación a categoría similar, etc.). Esto significa que la diferencia existe solamente en la conceptualización del *ius variandi*.

Me parece que en Guatemala, la ciencia jurídica no ha reparado en este tema, de trascendental importancia para la consecución

167 Con estas palabras, el profesor Recaséns Siches recuerda que el juez debe interpretar la ley del modo que lleve a la conclusión más justa para resolver el problema que tenga planteado ante su jurisdicción. Al proceder así, el juez, lejos de apartarse de su obligación de obediencia al orden jurídico positivo, da a esta obligación su más perfecto cumplimiento. Interpretación literal es un desvarío o un absurdo porque si es interpretación no puede ser literal; si es literal, no constituirá interpretación. Consultado en: Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 15ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 246.

de la justicia social¹⁶⁸ dentro de la empresa y la protección de los intereses empresariales. Esta conclusión deviene del estudio de la jurisprudencia y de constatar el desconocimiento bastante generalizado respecto a la figura en estudiantes y profesores.

En cuanto a los medios de defensa, prácticamente solo puede usarse el despido indirecto y la nulidad, si se modifican normas imperativas. La excepción de contrato no cumplido no es viable. Y el amparo para buscar revocar un acto reclamado (como podría ser que la Corte de Apelaciones confirme la no concesión de una indemnización por daños y perjuicios, que no se acoja el recurso de nulidad en el caso expuesto, etc.). Los daños y perjuicios pueden reclamarse si se comprueba que el *ius variandi* no reúne los requisitos de procedencia. Sin embargo, el problema es que la ley no considera el principio de indemnidad para validar el *ius variandi*, sino exclusivamente la necesidad económica de la empresa, lo cual se identifica con un modelo jurídico con derechos humanos no desarrollados.

Finalmente a este respecto, es mi criterio que la forma de regulación del *ius variandi*, sus presupuestos, y medios de resistencia por intermediación del Código de Trabajo, acentúan o acendran

168 Se dice “justicia social”, entendida como la consecución de los fines de la justicia (que siempre es social) dentro de la empresa y las relaciones obrero-patronales. Puede calificarse también como justicia en la estructura productiva. Aquí se intenta un divorcio ideológico. El profesor Hayek aclaró acerca del carácter tautológico de los términos, citando a Curran: “la expresión justicia social es mero fraude semántico equiparable al que se comete al hablar de democracia popular”. El eminente pensador zanjó la justicia social como una exhortación propia del socialismo, por cuanto el uso del término social se hace virtualmente equivalente a propiciación de la justicia distributiva, lo cual es radicalmente incompatible con un orden de mercado competitivo y con el aumento e incluso el mantenimiento de la población y la riqueza actuales. De tal modo que se llega a llamar social lo que en realidad constituye el principal obstáculo para la buena marcha de la sociedad. Lo social debería más bien tacharse de antisocial. Consultado en: Hayek, Friedrich, *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, España, Unión Editorial, 1990, p. 188. El tratamiento que se le da a estos dos términos, “justicia social”, no es el mismo que le da Hayek, como instrumento para la justicia distributiva o engaño lingüístico, sino más bien, como se decía, lo que se ha de buscar es llevar la justicia a la empresa; que esta no se detenga ante el umbral que conduce a la productividad, cuestión bastante necesaria en Guatemala en la que la sombra de impunidad bloquea las posibilidades de justicia en las relaciones de trabajo por los privilegios elitistas que exigen de cumplir la ley a ciertos ciudadanos.

la conflictividad laboral. No hay espacios de solución para los desacuerdos, no hay proporcionales opciones reparadoras, no está desarrollado el principio de continuidad de la relación de trabajo. La conducción del desacuerdo tiene el destino en la terminación de la relación de trabajo. Y puesto que “la oferta de puestos laborales de los tres principales sectores de la economía (agricultura, industria y servicios) es menor que la demanda laboral”¹⁶⁹ esto significa la reprensión de la maduración de las relaciones laborales negando el principio de tutelaridad, que no tiene vehículos suficientes para su desarrollo.

II. Confrontación de resultados con doctrina y antecedentes del tema

A. Diferencias legislativo-doctrinarias entre el Código de Trabajo y doctrina expuesta

1. Modificación sustancial o permanente de las condiciones de trabajo y modificación de las condiciones esenciales del contrato de trabajo

En un primer acercamiento a la doctrina, se descubrió que el *ius variandi* restrictivo, mayormente ha sido definido como la potestad del patrono de modificar unilateralmente las condiciones del contrato individual de trabajo no esenciales. Esto supone de inmediato un conocimiento doctrinal sobre las condiciones esenciales y no esenciales del contrato individual de trabajo, pero sobre todo, regulación legal que precise estas cuestiones.

Sin embargo, y ya se había adelantado, en Guatemala la categoría de las condiciones no está sub-clasificada, solamente se habla de condiciones del contrato individual de trabajo. Lo que sí está clasificado son las modificaciones, según sean sustanciales o no. En esto hay oportunidad de yerro, si confundimos modificación sustancial de las condiciones de trabajo con modificación de las condiciones esenciales de trabajo.

169 Poitevin, René y Pape, Edgar, *Jóvenes que trabajan*, Guatemala, Flacso, 2003, p. 11.

Teniendo clara esta distinción, aún se presenta el problema no resuelto por la ley, de determinar qué modificaciones a las condiciones de trabajo son sustanciales y cuáles no lo son. En el caso, por ejemplo, del Estatuto de los trabajadores de España (que dicho sea de paso, admite la modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo), este problema se resuelve completamente con una enunciación legal, que puede sernos de bastante utilidad. El artículo 41, intitulado *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, regula que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

1. Jornada de trabajo.
 2. Horario.
 3. Régimen de trabajo a turnos.
 4. Sistema de remuneración.
 5. Sistema de trabajo y rendimiento.
 6. Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de la ley.
2. *Alcance de las modificaciones en las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo*

La disposición del artículo 20 cuarto párrafo del Código de Trabajo según la cual “las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse **fundamental** o permanentemente salvo que [...] así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa” coincide con la delimitación del *ius variandi* amplio, porque permite, cumplimentados los requisitos, la modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo. La doctrina expuesta se desarrolló para el *ius variandi* restringido. También permite el *ius variandi* restringido por argumento *a contrario sensu* que ya se expuso.

Sin embargo, es mi opinión que aunque lo que describe es el *ius variandi* amplio, la diferencia con la doctrina solamente es

lingüística, porque prohíbe las modalidades de modificación de degradación de categoría, disminución salarial y restringe bastante la modalidad geográfica y la asignación de funciones radicalmente distintas a las convenidas en el contrato.

Además, en la jurisprudencia se verifica que el juez de trabajo y previsión social concede indemnización y daños y perjuicios por modificaciones en las condiciones de trabajo sustanciales, cuyo término, aunque no delimitado en la ley, no se hace extender demasiado por el juzgador.

En consecuencia, el problema es que se tiene una pobre legislación en materia de *ius variandi*, que debe integrarse e interpretarse.

3. *Requisitos de legitimidad del ius variandi*

El *ius variandi* en el Código de Trabajo de Guatemala tiene solamente un requisito de legitimidad: la autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, y en esto se distancia significativamente de la doctrina expuesta. En ella se esbozaron tres requisitos: a) razonabilidad y proporcionalidad; b) no alteración del núcleo del contrato; y el que es más importante, c) principio de indemnidad. Puede decirse que con la autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, se cumple con el requisito de razonabilidad, pues eso es a fin de cuentas lo que examina el Ministerio de Trabajo, si se justifica la variación tomando en cuenta la situación económica de la empresa. La regulación allí se agota.

Es absolutamente imperioso que se adicionen estos requisitos, e incluso en ausencia de ellos, que todo juez de trabajo considere sobre todo el principio de indemnidad.

4. *Participación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social*

La participación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, a través de la Inspección General de Trabajo, es una acusada diferencia entre los acercamientos doctrinarios y el tratamiento legislativo en Guatemala. Esto porque el ejercicio del *ius variandi* reclama la

autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, que debe basarse en la situación económica de la empresa. Sin embargo, las estadísticas arrojan datos que no son alentadores para la formalización del *ius variandi* (que se prefiere ejecutar sin esta venia).

En el año 2008 se presentaron 341 casos relacionados con el cambio de condiciones de trabajo; de estos se determinó que dieciséis cumplían con la ley; y en 2009 se han presentado 298 casos, de los cuales dos cumplen con la ley. Los criterios no están muy claros porque los informes y opiniones consultivas de la Inspección General de Trabajo tienen una lógica bastante confusa. Por ejemplo, la opinión identificada con el número 12-2008, que versaba sobre la posibilidad legal de cambiar de forma de pago al personal docente de una institución educativa, en la cual la Inspección General de Trabajo se limitó a citar el artículo 20 del Código de Trabajo, sin hacer una real exégesis del mismo; no explica el alcance de esta disposición, concluye que no se puede cambiar la forma de pago al personal unilateralmente. Pero, ¿y con su autorización? Es cuestión que no aborda ni mínimamente. También se preguntó si a la directora del plantel se le puede cambiar la jornada de trabajo, tópico que obtuvo la misma respuesta, una mera citación del artículo 20 del Código de Trabajo.

La Inspección opinó de manera conclusiva que las condiciones de trabajo no pueden alterarse fundamental o permanentemente por decisión unilateral del empleador. Esto da la impresión de que considera que su rol en el ejercicio del *ius variandi* amplio es, no de legitimación o validación, sino decisonal. Pero considero que no tiene un criterio formado respecto al tema que nos atañe. Y considero que el *ius variandi* que imprime dinamismo a la relación laboral puede verse frenado por esta participación nada concienzuda, que sería una herramienta de retardo de la actividad laboral.

Por esto es mi criterio que es mejor la no participación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social en esta materia. El procedimiento para concretarlo debe ser el expuesto en el capítulo primero, que resumidamente se consagra en las recomendaciones a través de la propuesta de ley. Por cuanto como se dijo, el *ius*

variandi tiene capital importancia para cumplir los fines de la empresa y así ofrecer trabajo. Es necesario que exista; y no solo que exista, sino que funcione de modo unilateral, sin burocracia. Debe decretarlo el patrono, siempre que no incumpla los requisitos para su configuración.

5. *Polisemia en el término injuria*

El principio de indemnidad que se expuso en el capítulo segundo expresa básicamente la limitación de no injuriar (*injury*), pero en su acepción de no perjudicar en obra al trabajador (daños y perjuicios morales y patrimoniales). Sin embargo, la injuria en el Código de Trabajo guatemalteco se utiliza en su acepción de afrenta más bien verbal utilizada en las relaciones de las partes. Así debe entenderse, por ejemplo, la causal justa que faculta al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo sin responsabilidad de su parte, contenida en la literal b) del artículo 79, que indica: “cuando el patrono incurra durante el trabajo en falta de probidad u honradez, o se conduzca en forma abiertamente inmoral o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador”.

Esta advertencia de la polisemia del término doctrina-ley, es importante si entendemos que el *ius variandi* que injuria en los términos doctrinales no es legítimo, pero la ley hace silencio respecto a la protección del trabajador.

Me parece, a propósito de la injuria, que el Código de Trabajo proporciona una protección bastante pobre para el trabajador en el caso de las modificaciones al contrato individual de trabajo, que está supeditada a un criterio utilitario-economicista, y el estado de indigencia que se produzca al trabajador no es un criterio a considerar. Esto amerita una modificación legislativa parcial.

Un ejemplo de la forma en que esta protección podría mejorar lo brinda el artículo 65 de la ley 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo) de Argentina, que literalmente expresa: “Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias

de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador”.

Asimismo, el artículo 66 de la misma ley que regula lo transcrito a continuación:

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

Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se 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.

La justificación de la modificación en la situación económica de la empresa, como es el caso de nuestra legislación, ya no es suficiente, ni criterio exclusivo en una cultura jurídica que respeta o aspira a respetar los derechos humanos. Debe atenderse a la posible afectación de los derechos personales y patrimoniales del trabajador, propugnando por su preservación e incluso mejoramiento, como reza el artículo. En estos dos artículos la legislación argentina trata los temas básicos del *ius variandi*, sus posibilidades, justificación funcional-humanitaria y medios de defensa, lo cual nos parece que resuelve la mayor parte de los problemas que presenta una legislación como la nuestra.

B. Análisis del cumplimiento de los objetivos trazados y respuesta de la pregunta de investigación

1. Análisis del cumplimiento del objetivo general de la investigación

El objetivo general de la investigación era determinar la posibilidad y los términos de aplicación del *ius variandi* en el contrato individual de trabajo en Guatemala, según lo dispuesto en

el Código de Trabajo; esto suponía conocer a rasgos generales el tema del contrato individual de trabajo, que se desarrolló en el capítulo primero; la institución del *ius variandi*, que se desarrolló en el capítulo segundo; y principalmente la regulación legal para el *ius variandi* en el Código de Trabajo guatemalteco, así como su tratamiento en la jurisprudencia. Después de este recorrido, se responde que definitivamente sí es posible aplicar la figura del *ius variandi* en Guatemala desde el Código de Trabajo guatemalteco. En cuanto a los términos de aplicación, estos están sobre todo en los artículos 20, 22, 33, 63 e), 79 a), j) y k), y 122 del código citado.

2. *Análisis del cumplimiento de los objetivos específicos de la investigación*

El primer objetivo específico consistía en determinar cuáles son las condiciones esenciales en el contrato individual de trabajo en Guatemala y la consecuencia que deviene en el caso de modificación unilateral por la parte patronal.

Para este caso, se estimó preferible prescindir de la clasificación entre condiciones esenciales y no esenciales por considerar intrincado y excesivamente discrecional la estimación, que además no ha sido clarificada en la doctrina y no es congruente con la legislación guatemalteca. Así, se indicó que es mejor clasificar las variaciones a las modalidades de las condiciones de trabajo en sustanciales y no sustanciales según su alcance, excluyendo las sustanciales del *ius variandi* restrictivo. La consecuencia que deviene en el caso de modificación unilateral por la parte patronal, es que el trabajador podrá en virtud del artículo 79 dar por terminado el contrato de trabajo, exigir indemnización y daños y perjuicios que se le ocasionaren. O también podrá reaccionar utilizando la nulidad y la excepción de contrato no cumplido para permanecer en el trabajo.

El siguiente objetivo ambicionaba determinar los supuestos que deben darse para la alteración unilateral por causa del patrono y aquí se determinó que en la legislación guatemalteca basta con que lo justifique plenamente la situación económica de la empresa (artículo 20 del Código de Trabajo). Sin embargo, se agregaba la

necesidad de considerar –aunque no esté en ley expresamente– el principio de indemnidad, buscando que la modificación no cause al trabajador daños y perjuicios, lo cual implica una tarea de concienciación a los jueces de Trabajo y Previsión Social para que cultiven sus criterios actuales en este aspecto.

También se pretendía definir la función de la Inspección General de Trabajo en la cuestión que se aborda y aquí se constató que por ministerio de ley, las condiciones que rijan un contrato o relación laboral pueden alterarse fundamental o permanentemente de modo unilateral por el patrono siempre que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, quien actuará por intermedio de la Inspección General de Trabajo. Es necesario que el patrono interesado remita una carta solicitando la autorización en los extremos indicados, la cual el inspector recibirá, y visitará personalmente la empresa requirente para efectos de determinar si se justifica autorizar la modificación. Comunicará su venia o rechazo a través de un informe circunstanciado. Su rol consiste, entonces, en cubrir con una pátina de legitimidad a las variaciones que se pretenden decretar.

El último objetivo específico buscaba descubrir el criterio judicial predominante en cuanto a la posibilidad de modificación unilateral de las condiciones no esenciales del contrato de trabajo en Guatemala. En este caso el panorama es más gris, porque los casos que se analizaron no arrojan una densa cantidad de información que permita establecer el criterio predominante. Mayormente se resolvieron las disputas desde el ámbito de la forma procesal. Si permite colegir la posibilidad de plantear nulidad en contra de modificaciones sustanciales del contrato individual de trabajo, como una defensa alternativa que protege la continuidad de la relación laboral, a diferencia del despido indirecto aunque decía que a mi criterio solo en forma limitada por el entendimiento del artículo 106 de la Constitución. Aunque también lo que está claro en el fondo es que consideran que la modificación unilateral de las modalidades de las condiciones del contrato individual de trabajo ocasiona responsabilidad al patrono.

3. *Contestación de la pregunta de investigación*

La pregunta de investigación: ¿en qué modo debe aplicarse el *ius variandi* en el contrato individual de trabajo en Guatemala?, coincide bastante con el objetivo general trazado, pues el “modo” de aplicar el *ius variandi* es sinónimo de los “términos”, pues ambos hacen alusión a los límites o fronteras hasta donde el *ius variandi* puede transitar. Sin embargo, difiere en que el objetivo general traza la ontología de la institución en la ley laboral guatemalteca, y la pregunta es deontológica.

En cuanto al objetivo general, se decía que el *ius variandi* se aplica actualmente en el modo que establecen los artículos 20, 22, 33, 63 e), 79 a), j), y k), y 122. Sin embargo, como la legislación no es completa a la pregunta de investigación, se contesta en tono idealizante, que **debe** aplicarse de modo restrictivo, justificado en la necesidad económica de la empresa, en forma razonable y proporcional, sin alterar modalidades esenciales del contrato, y respetando el principio de indemnidad. Por las razones expuestas en el curso de la presente investigación, no debe permitirse: utilizar el *ius variandi* como medida disciplinaria. Además, en cuanto las posibilidades de modificación legítima, deben excluirse: a) la rebaja lisa y llana en la remuneración; b) la rebaja de categoría; y, c) el cambio de jornada.

CONCLUSIONES

1. El poder de dirección del empresario en relación con el trabajador está reconocido en el artículo 18 del Código de Trabajo. Ese poder de dirección permite el ejercicio del *ius variandi*. Y no es insondable el hecho de que sin su ejercicio, la empresa está condenada al fracaso por su vetustez frente a las exigencias del mercado.
2. En el artículo 20 del Código de Trabajo guatemalteco está regulado el *ius variandi* amplio que permite modificar sustancialmente las condiciones del contrato individual de trabajo siempre que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.
3. Las autorizaciones del Ministerio de Trabajo y Previsión Social se otorgan tomando en cuenta la situación económica de la empresa, sin embargo su labor en el tema estudiado no es la más encomiable por cuanto se ha auxiliado de criterios superados en la ciencia jurídica laboral (cuando ha esgrimido criterios).
4. El Código de Trabajo guatemalteco expresa que son condiciones de la prestación de los servicios: *a)* la materia u objeto; *b)* la forma o modo de su desempeño; *c)* el tiempo de su realización; *d)* el lugar de ejecución; y, *e)* las retribuciones a que esté obligado el patrono. Esto significa que cuando el Código de Trabajo refiere la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, el legislador está pensando en estas que en el mismo artículo enuncia. Sin embargo, no esgrime un criterio o límites que permitan colegir qué modificaciones deben considerarse sustanciales, por lo que, en este sentido, nos atenemos al entendimiento del juez de trabajo y previsión social.
5. El artículo 20 también implica por *argumentum a contrario* que las condiciones enlistadas pueden modificarse de manera accesoria (no sustancial) o temporal (*ius variandi* restrictivo). Y además, que las modalidades de la prestación laboral que no se encuentren dentro de las condiciones enlistadas –es decir, que no califiquen de “condiciones”– pueden alterarse fundamental o accesoriamente.

6. La única medida de *ius resistentiae* regulada en el Código de Trabajo frente al *ius variandi* amplio abusivo (que sería básicamente la modificación sustancial de las condiciones del contrato individual de trabajo sin el acuerdo del trabajador ni autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social) es el despido indirecto, regulado en el artículo 79 literal j).
7. En este mismo artículo hay particulares consideraciones a la disminución de categoría y reducción de salario, que facultan siempre al trabajador para darse por despedido de forma indirecta. Esto parece sugerir que la disminución de salario, aunque ínfima, es para el legislador una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
8. Deben excluirse del *ius variandi*: a) la rebaja lisa y llana en la remuneración; b) la rebaja de categoría; y, c) el cambio de jornada. En cuanto al resto de supuestos, es necesario un análisis casuístico.
9. La única medida de respuesta directa regulada en la legislación guatemalteca para la modificación de las modalidades de las condiciones de trabajo es el despido indirecto. Puede utilizarse la nulidad cuando se modifiquen normas imperativas de derecho necesario absoluto, máximas de derecho necesario y mínimas de derecho necesario. Además, como *ultima ratio*, el amparo. Y podrá pedirse daños y perjuicios ocasionados al patrono por una modificación desconsiderada.
10. Hay insuficiencia de regulación en la materia de los medios de resistencia, porque no existen mecanismos suficientes que permitan la conservación del vínculo laboral y en esto el Código alienta la conflictividad laboral.
11. La lógica del principio de tutelaridad, que discierne la desigualdad jurídica desfavorable del trabajador, ha distanciado la contratación laboral de la contratación civil. Sin embargo, sistémicamente el contrato laboral sigue siendo un contrato, y aquí parece incurrir en una contra-finalidad porque es más sencillo incumplir un contrato de trabajo que incumplir un contrato civil.

12. Debe observarse el principio de *pacta sunt servanda* en el derecho del trabajo tanto como en el derecho civil. Para ello es necesario acudir a los principios civiles generales del cumplimiento de las obligaciones.
13. En el caso del *ius variandi* amplio abusivo, en el que se ejercitó la medida de respuesta del despido indirecto, el trabajador podrá exigir en juicio al patrono, el pago de la indemnización que prescribe la ley, y daños y perjuicios. Si utilizó otros medios de resistencia podrá exigir el pago de daños y perjuicios y el cese de la variación.
14. La regulación del *ius variandi* amplio es bastante paupérrima, tan así, que para autorizar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el único criterio que impone la ley es la situación económica de la empresa sin que se considere la no indemnidad respecto al trabajador. Esto supone una supra-valoración del bien jurídico de la empresa, por encima de los derechos del trabajador, que no supera la ética del discurso de la lucha de clases porque se afina apologeticamente en un extremo de la relación jurídica laboral.
15. La anterior conclusión confuta la difundida opinión que atribuye a la norma laboral guatemalteca un carácter excesivamente proteccionista del trabajador que ocasiona el exilio y fuga de los capitales en la nación, porque esta normativa es sumamente flexible para modificar las condiciones de trabajo, y su aplicabilidad *de facto* en los términos en que está redactada no ha sido precisamente ejemplar.
16. Es necesario modificar el Código de Trabajo, derogando y agregando disposiciones legales que permitan solamente el ejercicio del *ius variandi* restrictivo. Dichas disposiciones deben, como mínimo, considerar para la legitimidad de la modificación la razonabilidad y proporcionalidad, la no alteración del núcleo del contrato y principalmente el respeto del principio de indemnidad en relación con el trabajador. Además, deben regular las modalidades de *ius variandi* de salario, categoría, movilidad funcional y movilidad geográfica.

17. Aunque no fue objeto de examen particularizado, el estudio de la Ley del Servicio Civil y de los casos de la jurisprudencia estudiados permite colegir que las conclusiones del *ius variandi* son también válidas para los servidores públicos. Constituye un hecho inadmisibles que el mecenas principal de las modificaciones abusivas de las condiciones de trabajo sea el Estado, a través de esa pluralidad de contratos que ha construido con el objeto principal de eludir y ocultar la naturaleza laboral de muchas de sus contrataciones.
18. No existen criterios uniformes en la jurisprudencia que permitan determinar los casos en que la modificación de condiciones del contrato de trabajo es abusiva o ilegítima, por cuanto no se califica qué modificaciones son sustanciales en el Código de Trabajo o cómo entender este término.

RECOMENDACIONES

1. *A las Facultades de Derecho del país:*

Que incluyan dentro de la temática a abordar en el curso de derecho individual de trabajo (Derecho Laboral I) el subtema del *ius variandi* dentro del tema del contrato individual de trabajo, abordándolo en su contenido doctrinal mínimo (concepto, requisitos para su procedencia y medios de resistencia) y en su regulación legal actual e ideal.

2. *Al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala:*

Que contribuyan a difundir el conocimiento en el tema estudiado, por medio de foros, conferencias, paneles de discusión, en los que se aborde la importancia del *ius variandi*, así como sus alcances. Además, que se motive al abogado y notario a promover demandas laborales por ejercicio abusivo de *ius variandi*, para de esta forma contribuir en el imperio de la justicia dentro de la empresa, así como a recomendar a sus clientes los medios de resistencia que pueden emplear en el caso de *ius variandi* abusivo o *ius variandi* ilegítimo.

3. *A la Unidad de Capacitación Institucional (Escuela de Estudios Judiciales)*

Por cuanto se concluyó que el juez de trabajo no ha reflexionado en la figura del *ius variandi*, y que no existen criterios uniformes que estimen abusiva o ilegítima la modificación de condiciones del contrato individual de trabajo, o que permitan determinar la sustancialidad de la variación, es necesario que el juez sea instruido en esta materia, en los aspectos doctrinario-legales de la figura y en las consecuencias de su ejercicio abusivo o ilegítimo.

4. *A la Inspección General de Trabajo (dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión Social):*

Que capacite a sus inspectores en los aspectos doctrinario-legales del *ius variandi*, y en su función específica en este tema.

Además, que se haga un esfuerzo por agilizar las resoluciones que autorizan o deniegan la solicitud de modificación de las condiciones de trabajo, porque las cifras estadísticas suministradas muestran que la mayoría de solicitudes, desde el año 2008, aún se encuentran en trámite, lo cual desnaturaliza el ideal que pretende cumplir el *ius variandi*. Al acatar o esperar las resoluciones del Ministerio de Trabajo y Previsión Social se frena la creación de riqueza y empleo en Guatemala, lo cual maniata al empleador para salir avante de la crisis económica actual.

5. Al Congreso de la República de Guatemala:

Como propuesta de *lege ferenda*¹⁷⁰, se recomienda la siguiente regulación mínima que el Código de Trabajo de Guatemala debería tener en materia de *ius variandi*:

Artículo 1. Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.

Artículo 2. El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios no sustanciales de las modalidades de las condiciones de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no estén prohibidos por la ley, importen un ejercicio irrazonable o desproporcional de esa facultad, alteren modalidades esenciales del contrato, o causen daños y perjuicios al trabajador.

170 Montesquieu hizo ciertas recomendaciones respecto a las cuestiones que han de tenerse en cuenta para la elaboración de las leyes; muchos de sus señalamientos aún son de sensata aplicabilidad. Indicó sobre las leyes que: 1) su estilo debe ser conciso; 2) debe ser sencillo; 3) es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres (tarea si no imposible en extremo ambiciosa); 4) cuando la ley debe causar alguna vejación, ha de evitar, cuanto posible, hacerlo por dinero; 5) las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio; 6) cuando en una ley no son necesarias las excepciones, limitaciones y modificaciones, vale más no ponerlas, pues tales detalles obligan a entrar en otros detalles; 7) no hay que introducir cambios en una ley sin que exista una razón suficiente; 8) debe atenderse a que las leyes se conciban de manera que no se opongan a la naturaleza de las cosas. Consultado en: Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*, 5ª ed., España, Tecnos, 2002, p. 399.

La modificación sustancial de las modalidades de las condiciones de trabajo solamente puede hacerse con el consentimiento expreso del trabajador siempre que no constituya una dimisión del trabajador a los derechos mínimos irrenunciables plasmados en la constitución y otras leyes vigentes, en cuyo caso el acuerdo será nulo en relación a tales derechos.

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 estas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva. Queda prohibida la modificación sustancial de las condiciones del contrato individual de trabajo así como la variación no sustancial de las condiciones de trabajo con fines disciplinarios.

Artículo 3. Son condiciones de la prestación de los servicios o ejecución de una obra: la categoría laboral, las funciones a desempeñar, el tiempo de su realización, el lugar de ejecución y las retribuciones a que esté obligado el patrono.

Artículo 4. La modalidad de la categoría laboral no puede modificarse sino con el consentimiento del trabajador. Incurrir en responsabilidad el patrono que la modifica unilateralmente a excepción de la degradación laboral en los siguientes casos:

- a) Cuando el trabajador hubiere ascendido a un cargo que comprenda funciones diferentes a las desempeñadas en el cargo anterior, en cuyo caso el patrono puede sin responsabilidad devolverlo a su cargo original dentro del período de prueba si establece la manifiesta incompetencia de este en el desempeño del puesto al que fue promovido; y,
- b) Cuando el ascenso se hiciere en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, en cuyo caso el patrono tampoco incurre en responsabilidad al volver al trabajador a su categoría primigenia. Sin embargo, si las circunstancias

calificadas cesan y el patrono no regresa inmediatamente al trabajador a su categoría laboral primigenia, no podrá hacerlo después sin incurrir en responsabilidad. Tampoco incurre en responsabilidad el patrono que incorpora al trabajador a una categoría similar que no implica disminución salarial u otra carga significativa.

Artículo 5. El empleador podrá aumentar unilateralmente las funciones del trabajador, siempre que las funciones recargadas sean de la misma naturaleza de las convenidas o de las que se vienen desempeñando y en armonía con la capacidad y aptitudes del empleado y no constituye una disminución en la retribución del trabajador o bien le ocasione cualquier otro daño o perjuicio.

En el caso de encomienda de funciones de distinta naturaleza esta es posible solamente si está justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores.

Artículo 6. Al trabajador que ha sido contratado para prestar servicios diurnos no se le puede imponer unilateralmente por el patrono la obligación de realizar tareas nocturnas, ni la incorporación a equipos de trabajo rotativos ni viceversa. Tampoco puede imponerse la modificación de cambio de jornada mixta a jornada en particular, salvo temporalmente en circunstancias muy excepcionales y calificadas de trascendencia indiscutible hasta que estas cesen. Además podrá imponerse de manera temporal cuando las circunstancias de la empresa lo exijan.

En caso no se hubiere convenido contractualmente la jornada en la cual el trabajador prestará sus servicios, el patrono podrá modificar la jornada de trabajo siempre que no ocasione daños y perjuicios al trabajador.

El horario de trabajo puede aumentarse unilateralmente por el patrono, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 1 y 2.

Además puede aumentarse el horario de trabajo sustancialmente y de modo excepcional en el caso que por siniestro ocurrido o riesgo inminente, peligren personas, establecimientos, máquinas, instalaciones, plantíos, productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio, no sea posible substituir a los trabajadores o suspender las labores de los que estén trabajando. Esta modificación tendrá carácter de temporal, hasta que el accidente o peligro haya cesado.

La reducción del horario laboral puede decretarse unilateralmente si no implica una merma salarial o una degradación de categoría para el trabajador.

Artículo 7. El lugar de trabajo puede modificarse unilateralmente por el patrono siempre que cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 1 y 2. Quedan excluidos de esta disposición los trabajos móviles o itinerantes que por su propia naturaleza y para su eficacia impelen a la movilización.

Artículo 8. El salario devengado por el trabajador no puede disminuirse por disposición unilateral del patrono, salvo que el salario que el trabajador devengue se hubiera asignado en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, en cuyo caso el patrono no incurre en responsabilidad al volver al trabajador su salario original. Sin embargo, si las circunstancias calificadas cesan y el patrono continúa remunerando al trabajador en la misma cuantía, no podrá después mermar su salario sin incurrir en responsabilidad.

En el caso de las ventajas económicas, estas pueden modificarse unilateralmente por el patrono en cumplimiento de los artículos 1 y 2.

LISTADO DE REFERENCIAS

Bibliográficas

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 24ª ed., España, Aranzadi, 2006.

ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú, desafíos y deficiencias*, Perú, Palestra, 2008.

BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1957, vol. I.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Manual de derecho del trabajo*, 9ª ed., España, D. Marcial Pons, 1975, vol. I.

CABANELLAS, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, 4ª ed., Argentina, Heliasta, 2001, t. I.

_____, *Repertorio jurídico. Locuciones, máximas y aforismos. Latinos y castellanos*, Argentina, Heliasta, 1974.

_____, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 9ª ed., Argentina, Heliasta, 1976, t. I.

_____, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 9ª ed., Argentina, Heliasta, 1976, t. II.

CANESSA MONTEJO, Miguel, “Los principios del derecho del trabajo y su aplicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco”, en Canessa Montejo, Miguel (dir.), *Manual de derecho del trabajo*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2008, t. I.

CARRO ZÚÑIGA, Carlos, *Derecho del trabajo costarricense*, Costa Rica, Juricentro, 1974.

CONTRERAS ORTIZ, Rubén Alberto, *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2004.

- COSTAMAGNA, Olivio Rubén (dir.), *Doctrina judicial del tribunal superior de Córdoba, Sala Laboral*, Argentina, Alveroni, 2005.
- DE FERRARI, FRANCISCO, *El derecho del trabajo*, Argentina, DePalma, 1989.
- ERMIDA URIARTE, Óscar, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, 2ª ed., Argentina, Hammurabi, 1999.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Luis, *Derecho laboral guatemalteco*, 3ª ed., Guatemala, Óscar de León Palacios, 2006.
- FRANCO LÓPEZ, César Landelino, *Derecho sustantivo individual de trabajo*, Guatemala, Fénix, 2006.
- GARCÍA-PERROTE, Ignacio, “Estudio: Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, España, Thomson, 2008.
- GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 11ª ed., Argentina, LexisNexis, 2005.
- HAYEK, Friedrich, *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, España, Unión Editorial, 1990.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª ed., España, 1993.
- JUAN PABLO II, *Carta Encíclica “Laborem Exercens” sobre el trabajo humano*, Guatemala, San Pablo, 2007.
- JUÁREZ CAJBÓN, Norma Aracely, *Las ventajas económicas, su regulación y consecuencias*, Guatemala, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, 2004, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.
- KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y derecho*, 3ª ed., España, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- KARPIUK, Héctor Horacio, *Ius variandi, medidas precautorias*, Argentina, Aplicación Tributaria, 2008.

- LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ, Francisco, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, España, Universidad de Alicante, 1983.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., México, Porrúa, 1998, t. I.
- _____, *Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., México, Porrúa, 1998, t. XII, vol. I.
- _____, *Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., México, Porrúa, 1998, t. XII, vol. II.
- MARÍN ETÉROVIC, Valeria y PROVOSTE VARGAS, Catalina, *El menoscabo del trabajador en el ejercicio del ius variandi y otros temas relacionados*, Chile, Universidad de Chile, 2005, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, et al., *Derecho del trabajo*, 16º ed., España, Tecnos, 2007.
- MAYORA ALVARADO, Eduardo, *El imperio del derecho y el contencioso administrativo en el derecho guatemalteco y comparado*, Guatemala, Artemis Edinter, 2005.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 5ª ed., España, Tecnos, 2002.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 28ª ed., España, Tecnos, 2007.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de derecho laboral*, Uruguay, Acali, 1978, t. II, vol. I.
- _____, *Los principios del derecho del trabajo*, 2ª ed., Argentina, Depalma, 1978.
- POITEVIN, René y PAPE, Edgar, *Jóvenes que trabajan*, Guatemala, Flacso, 2003.
- POSE, Carlos, *Manual práctico del ius variandi*, 2ª. ed., Argentina, David Grinberg, 1995.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 15ª ed., México, Porrúa, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, España, núm. 1, 2009.

VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, España, La Ley, 1990, t. I.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, Argentina, Astrea, 1982.

VELÁZQUEZ CARRERA, José Fernando, *Análisis comparativo del modelo de Eduardo García Máynez con algunos otros de lógica jurídica contemporánea*, Guatemala, Praxis, 2007.

WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, España, Mestas, 2007.

Legales

Nacionales

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto Número 1441, Código de Trabajo.

JEFE DE ESTADO DE GUATEMALA, Decreto Número 106, Código Civil.

Extranjeras

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Código de Trabajo.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS, Decreto Número 189-59, Código de Trabajo.

GABINETE DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Decreto Número 252, Código de Trabajo.

Electrónicas

ARCINIEGA, Federico, “El contrato de trabajo”, en: Varios autores, *Estudios en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/7.pdf>.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO DEL GOBIERNO DE CHILE, Código del Trabajo de Chile, <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95516.html>.

ERMIDA URIARTE, Óscar, y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar, “Crítica de la subordinación”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2003.

FORERO-RODRÍGUEZ, Rafael, “El empleador”, en Buen Lozano, Néstor de, y Morgado Valenzuela, Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM, 1997, capítulo 20.

HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, “Poder de dirección del empleador” en Buen Lozano, Néstor de, y Morgado Valenzuela, Emilio, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM, 1997, capítulo 23, pp. 405-419, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/26.pdf>.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, “El contrato laboral; decadencia o modificación”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, UNAM, año III, núm. 05, enero-junio 2006, pp. 129-152, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/25.pdf>.

LASTRA LASTRA, José Manuel, “El trabajo: ¿valor supremo de la vida social?”, en: Varios autores, *Estudios en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, p. 186, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/188/11.pdf>.

LEÓN XIII, *Rerum Novarum*, Ciudad del Vaticano, 1891, párrafo 15, http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html.

PODESTÁ, José María, El “ius variandi” (con especial referencia a los viajantes de comercio e industria (primera parte), Fundación Universalista Social Argentina, http://www.redsocialfuva.org.ar/redsocial/fusa/download/pubonline/IUS_VARIANDI_1RA_PARTE.pdf.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Decreto Supremo Número 003-97-TR, texto único ordenado del Decreto Legislativo Número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, http://www.mpfm.gob.pe/descargas/texto_unico_ordenado_ds_03-97-tr.pdf.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, “La nueva era del derecho del trabajo. La era de la flexibilidad laboral”, en: Varios autores, *Estudios en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/188/22.pdf>.

SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, Juan Manuel, *Las horas extraordinarias y su cotización a la seguridad social*, Lex Nova, 2004, disponible en: http://books.google.com.gt/books?id=wi51iXuLJucC&pg=PA101&lpg=PA101&dq=diferencia+entre+jornada+y+horario&source=bl&ots=QahPKJDX8w&sig=bbTrp3M0pfnhNokZNFeamD8LZo&hl=es&ei=LDeUSsrHE5uStgeQ0ZhS&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3#v=onepage&q=diferencia%20entre%20jornada%20y%20horario&f=false

http://www.bcsabogados.com.ar/trabajos/bcsabogados.com.ar-analisis_juridico_del_equilibrio_de_nash.pdf.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=facultad.

<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/12/tranfs-emp-y-dt-wsanguineti-rdsl-version-final1.pdf>.

Otras

CNTr., Sala VII, sent.17.976 del 25/8/89, “Parreño c/Platt Establecimientos Gráficos”, BCNTr., No. 124/5, Argentina.

CNTr., Sala III, sent.49.306 del 28/2/85, “Montanaro c/Banco Nueva Era Coop. Ltda., BCNTr., No. 73. Argentina.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. Expediente número 513-93. Sentencia de apelación de sentencia de amparo. Guatemala.

_____, Expediente número 360-88, sentencia 15-03-89.

_____, Expediente número 173-96, sentencia de amparo en única instancia, Guatemala.

_____, Expediente número 200-97, sentencia de amparo en única instancia, Guatemala.

_____, Expediente número 49-2001, sentencia de apelación de sentencia de amparo.

JUZGADO SEGUNDO DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL DE LA PRIMERA ZONA ECONÓMICA, Expediente número 873-97, Resolución que aprueba conciliación en juicio ordinario, Guatemala.

JUZGADO CUARTO DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL DE LA PRIMERA ZONA ECONÓMICA, Expediente número 2545-2005, sentencia en juicio ordinario, Guatemala.

JUZGADO SEXTO DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL DE LA PRIMERA ZONA ECONÓMICA, Expediente número 5070-2006, sentencia de juicio ordinario, Guatemala.

JUZGADO SEGUNDO DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL DE LA PRIMERA ZONA ECONÓMICA, Expediente número 2331-2007, sentencia en juicio ordinario, Guatemala.

Serra, Héctor c/Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino. Sentencia del 25/4/72.

Anexo V

Opinión consultiva de la Inspección General de Trabajo, de fecha 20 de febrero de 2008



**MINISTERIO DE TRABAJO
Y PREVISION SOCIAL**
Guatemala, C.A.

REF.:	
NUM.:	

Al contestar sírvase mencionar el número y referencia de esta nota.

INSPECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, Guatemala, veinte de febrero de dos mil ocho.

CORREL. 012-2008 GFSS-naach

Se tiene a la vista para emitir opinión sobre la consulta identificada con número de registro ciento treinta y nueve del año dos mil ocho, planteada por la Profesora Elisa Franco, a quien se le puede notificar en el Instituto Nacional de Mercadotecnia y Publicidad 42 avenida veinte guión cero cero zona cinco del Municipio de Guatemala del departamento de Guatemala.

I

La Inspección General de Trabajo tiene carácter de Asesoría Técnica del Ministerio respectivo y, a este efecto debe evacuar todas las consultas que le hagan las demás dependencias de aquél, los patronos o los trabajadores, sobre la forma en que deben ser aplicadas las disposiciones legales de su competencia.

II

En el presente caso, solicitan opinión con respecto a:

1. ¿Si es legal cambiar de forma de pago al personal docente? **Respuesta:** El artículo 20 del Código de Trabajo preceptúa que las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa. Dicha prohibición debe entenderse únicamente en cuanto a las relaciones de trabajo que, en todo o en parte, tengan condiciones superiores al minimum de protección que el Código de trabajo otorga a los trabajadores. De lo anterior se desprende que no se puede cambiar la forma de pago al personal unilateralmente.
2. ¿Si se podría cambiar el periodo de vacaciones, gozando únicamente quince días en el mes de diciembre? **Respuesta:** El Artículo catorce del Acuerdo Gubernativo 534 que contiene el Reglamento para el disfrute y cobro de vacaciones del Magisterio Nacional, regula que: "los establecimientos educativos particulares también se sujetarán a las distintas disposiciones del presente reglamento." Y el Artículo seis del mismo cuerpo legal establece que "El personal docente podrá disfrutar los meses de noviembre y diciembre como periodo de vacaciones, siempre que sus servicios no sean necesarios de acuerdo a lo estipulado en los artículos 7º y 8º de este Reglamento. Se exceptúa el personal docente que preste sus servicios en establecimientos de enseñanza especial." En virtud de lo cual no se podría cambiar el periodo de vacaciones.
3. ¿Si a la directora del plantel se le puede cambiar la jornada de trabajo? La consulta formulada por la interesada tiene relación con las condiciones de trabajo existentes en el contrato individual de trabajo vigente y para ello es menester tener en cuenta que las condiciones de trabajo no pueden alterarse fundamental o permanentemente por decisión unilateral del empleador, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes es decir que el empleador y trabajador lo acuerden o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa; por lo que, el empleador no puede cambiar la jornada de trabajo tal y como lo manifiesta la interesada.



**MINISTERIO DE TRABAJO
Y PREVISION SOCIAL**

Guatemala, C.A.

REF.: _____
NUM.: _____

Al contestar sírvase mencionar el número y referencia de esta nota.

4. ¿Existe algún Decreto o ley, en donde se establezca que los Docentes del Sector Privado, gozan de los mismos derechos que los docentes del Sector Público? Acuerdo Gubernativo 534 que contiene el Reglamento para el disfrute y cobro de vacaciones del Magisterio Nacional

POR TANTO: Esta Inspección General de Trabajo, con base en lo considerado y leyes citadas; OPINA: I) Que no se puede cambiar la forma de pago al personal salvo que haya acuerdo expreso entre las partes y cuando se tengan condiciones superiores al mínimo de protección que regula la ley; II) No se puede cambiar el periodo de vacaciones en una institución educativa; III) Las condiciones de trabajo no pueden alterarse fundamental o permanentemente por decisión unilateral del empleador; IV) Notifíquese y Archívese



[Handwritten Signature]
Lic. Giovanni Francisco Soto Mejías
Inspector General de Trabajo
MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISION SOCIAL



[Handwritten Signature]
Carlos Roberto de León I.
In Inspección General de Trabajo



Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S.A. en el mes de octubre de 2014. La edición consta de 800 ejemplares en papel bond beige 80 gramos.

