



Pontificia Universidad Católica del Perú

Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

**Título de la Tesis: “El lus Resistentiae frente al deber de obediencia. Una
visión sustantiva y procesal”**

Manuel Gonzalo De Lama Laura

Asesor: Javier Neves Mujica

A Dios Todopoderoso por cada segundo de vida que, muchas veces, inmerecidamente nos regala.

A José Manuel De Lama Infante, mi padre y primer maestro. Porque su constante recuerdo y amor siguen, y seguirán, siendo nuestro oxígeno.

A Lupe, José Luis y Marilia, por sumarme siempre con su amor inmensurable, comprensión y cariño incondicional.

A mi futuro sobrino, por la dulce alegría y esperanza que nos brinda con su pronta llegada.

Índice

Introducción	1
Capítulo I: Marco teórico	3
1. Alcances respecto al deber de obediencia	3
2. Los límites del poder de dirección	8
3. El derecho de resistencia	15
3.1. Definición	16
3.2. ¿La orden de trabajo tiene un carácter <i>iuris tantum</i> de legitimidad?	18
Capítulo II: Manifestaciones del derecho de resistencia y ¿su regulación en el derecho peruano?	24
1. Situaciones que permitirían el ejercicio del derecho de resistencia	24
1.1 Contra órdenes que superan los límites internos	25
1.2 Contra órdenes que superan los límites externos: razonabilidad, dignidad y derechos fundamentales	46
2. El derecho de resistencia en el Derecho de Trabajo peruano	63
2.1. ¿Regulación implícita?	63
2.2. ¿Necesidad de una regulación específica y detallada?	67

Capítulo III: Formas de protección procesal del derecho de resistencia	71
1. Mediante el nuevo proceso laboral	71
2. Mediante el proceso constitucional de amparo: los criterios del TC en torno a la procedencia del amparo en materia laboral	77
3. La garantía cautelar y su repercusión en la protección de las afectaciones del derecho de resistencia	91
Conclusiones	102
Bibliografía	117
Jurisprudencia citada	122



Manuel Gonzalo De Lama Laura

Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Título de la Tesis: “El *Ius Resistentiae* frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal”

Resumen ejecutivo

En el presente trabajo se busca abordar el derecho de resistencia a partir, en primer lugar, de una perspectiva sustantiva y, posteriormente, desarrollando las vías y herramientas adjetivas que permitirían su real eficacia. Naturalmente, al tratarse de una facultad que pone en entredicho el deber de obediencia, ínsito a toda relación laboral individual, se exige que previamente veamos hasta qué punto este deber puede ser requerido. Asimismo, como parte de un marco teórico previo, trataremos de identificar una definición del derecho de resistencia y de sus características y analizaremos si nuestro ordenamiento jurídico reconoce la supuesta legitimidad, *iuris tantum*, de las órdenes de trabajo.

En una segunda parte, plantearemos algunas ideas que procuran identificar qué situaciones pueden habilitar el *ius resistentiae* del trabajador de acuerdo a la extralimitación de las fronteras internas y externas del poder de dirección. De esta manera, presentaremos ciertas movi­lidades funcionales, geográficas y temporales como ejemplos que, en nuestra consideración, escapan a los linderos internos del *ius variandi*. Por otra parte, ubicaremos ciertas órdenes irrazonables y otras, que de acatarse, pondrían en juego la vigencia de diversos derechos fundamentales inespecíficos o específicos, como supuestos ajenos a los límites externos del poder de dirección. Todo este desarrollo nos permitirá esbozar una propuesta de regulación expresa, aunque no taxativa, de algunos supuestos que habilitarían el *ius resistentiae*.

Luego de todo este planteamiento desplegado, a partir de una óptica sustantiva, presentamos un estudio que procura encontrar las vías procesales que el trabajador, que hizo efectiva su debida resistencia y que fue sancionado por ello, tendría a la mano para resguardar la vigencia de su *ius resistentiae*. De este modo, encontraremos que tanto la senda procesal laboral, ordinaria y abreviada, y la constitucional-amparo-podrían permitir dicha protección de aunque no de manera alternativa y atendiendo a diversos criterios como la claridad de la lesión, si esta recae sobre un derecho fundamental, etc. Como complemento de este tratamiento procesal, damos cabida también a las medidas cautelares que en ambas vías permitirían una pronta y eficaz protección del desacato legítimo del trabajador.

Introducción

La relación jurídica vertical que existe entre las partes laborales, desde la perspectiva del Derecho Individual del Trabajo, se manifiesta en la subordinación del trabajador al poder de dirección del empleador. Dicha situación permite válidamente a este último dirigir su afán empresarial a partir de las diversas instrucciones u órdenes que imparte a sus trabajadores.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, el ejercicio irregular o viciado del poder de dirección puede provocar el acatamiento u observancia indebida de disposiciones empresariales que podrían provocar situaciones indeseables e inclusive lesiones a la dignidad y demás derechos fundamentales del trabajador, quien por el temor de ser sancionado disciplinariamente, acata sin objetar la instructiva empresarial anómala.

Ante la constatación de dicha problemática, consideramos preciso abordar un tema de suma relevancia que permitiría a su vez evitar o remediar en gran forma los efectos de las extralimitaciones del poder de dirección. Nos referimos al derecho de resistencia, cuyo tratamiento escaso, e indirecto inclusive, por parte de la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana, atrae aún más nuestro interés académico.

De esta manera, empezaremos este trabajo con el tratamiento de un marco teórico que nos permita encuadrar las principales nociones que rodean el *ius resistentiae*. Cumpliendo esta premisa tenemos que abordar el deber de obediencia del trabajador, los límites del poder de dirección (internos y externos), para luego intentar dar una definición del derecho de resistencia, sus características y verificar si en realidad sobre las órdenes de trabajo existe un carácter *iuris tantum* de legitimidad que obliga al trabajador a cumplir cualquier tipo de directiva empresarial.

A continuación, en una segunda parte, nos detendremos a analizar en qué supuestos el empleador sobrepasa los parámetros internos y externos que guían su accionar directivo. A partir de este examen intentaremos dar algunas

ideas respecto a cuáles serían las situaciones que habilitarían el ejercicio del *ius resistentiae* del trabajador. De este modo, trataremos de ubicar ciertas movilidades funcionales, geográficas y temporales susceptibles de ser resistidas por el trabajador. Asimismo nos referiremos a aquellos supuestos en los que el desacato encuentra justificación en la irrazonabilidad de la instructiva o en la tutela de un derecho fundamental.

Continuando esta segunda sección analizaremos si el derecho de resistencia tiene algún reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento jurídico y/o si la jurisprudencia ha sabido reconocer algunos supuestos que habilitan su puesta en práctica. Con estos insumos, buscaremos responder la inquietud respecto de si es necesaria una regulación explícita del derecho de resistencia.

En la tercera parte de nuestro trabajo, exploraremos las alternativas procesales que el afectado en su derecho de resistencia tendría a la mano para que dicha lesión obtenga una tutela jurisdiccional efectiva. En tal sentido, veremos cuáles son los tipos de protección que el nuevo proceso laboral y el proceso constitucional de amparo plantean para tutelar el ejercicio del *ius resistentiae*.

Por otro lado, como parte final de este capítulo, resulta necesario apreciar cómo las medidas cautelares podrían ayudar a que la protección del derecho de resistencia adquiere eficacia en el marco de un proceso laboral y/o constitucional, sobretodo en el primero en virtud de la novísima regulación de aquellas.

A modo de epílogo compilaremos las principales ideas que iremos proporcionando a lo largo de este trabajo.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

Previamente al tratamiento puntual del *ius resistentiae*, desde un punto de vista sustantivo y procesal, consideramos preciso introducir este trabajo con un desarrollo breve de ciertos aspectos que servirán para enmarcar la situación jurídica en la que dicho derecho se desarrolla y despliega sus efectos.

Naturalmente habría que referirnos al deber de obediencia del trabajador como respuesta a las instructivas empresariales en tanto la resistencia se opone a esta cardinal obligación laboral. Seguidamente, el poder de dirección tendría que ser objeto de un breve análisis a partir de los aspectos que configuran sus fronteras tanto internas como externas.

Tratados estos puntos, estaremos en condiciones de aportar una definición del derecho de resistencia que nos permita concatenar los puntos tratados previamente. Asimismo nos referiremos a aquella discusión doctrinaria respecto de si las órdenes de trabajo se presumen legítimas y si procede por tanto su acatamiento inmediato y su cuestionamiento posterior, en otras palabras, si el *ius resistentiae* tiene un ámbito de aplicación muy reducido o prácticamente escaso en contraposición a la regla de la obediencia ante toda orden del empleador.

1. Alcances respecto al deber de obediencia

Cierta y necesariamente todo intento de desarrollo del derecho de resistencia debe empezar por un acercamiento al deber de obediencia que tiene todo trabajador respecto de las directivas que su contraparte contractual le imparte dado que el objeto contra el cual se dirige esta prerrogativa está conformado justamente por las diversas órdenes que el empleador indique al trabajador en virtud de su poder de dirección.

De esta manera, así como se señala que el trabajador tiene derecho a percibir

íntegra y puntualmente su remuneración, a la ocupación efectiva, a que se le provean de las medidas de seguridad e higiene ocupacionales, etc., queda claro que también se encuentra sujeto a cumplir con una serie de obligaciones o deberes en virtud de que, del contrato celebrado con su empleador, surgen obligaciones recíprocas. En efecto, por ejemplo, debe cumplir con la labor pactada y en concordancia con las instrucciones o indicaciones proporcionadas por su empleador.

Como sabemos, una relación laboral se constituye cuando una persona es contratada para que preste sus servicios de manera personal, subordinada a cambio de una remuneración por estos. De estos elementos, el que singulariza el contrato de trabajo y, por ende, lo distingue de otras modalidades contractuales de prestación de servicios-llámense locación de servicios, contrato de comisión, agencia, etc.-reside en aquella situación de dependencia en la que se encuentra el trabajador en relación con el empresario que le ha contratado.

Según Neves Mujica la subordinación puede definirse, a grandes rasgos, como el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla¹. De esta manera, el empleador dirige la labor de sus trabajadores en función de los resultados económicos que persigue, fiscaliza la forma en que se llevan a cabo los servicios y, de darse el caso, sanciona los incumplimientos contractuales que puedan cometer sus empleados.

¹ Vid. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 33.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha considerado que el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es el de la subordinación del trabajador con respecto al empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario). Así, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte del comitente de impartir órdenes a quien presta el servicio, o en la fijación de un horario de trabajo para la prestación del servicio, entre otros supuestos, indudablemente se estará ante un contrato de trabajo, así se le haya dado la denominación de contrato de locación de servicios. (Vid. Sentencia que resuelve el Expediente N° 01846-2005-PA/TC).

De tal particularidad se deriva la prerrogativa que le permite al empleador dirigir la labor de sus trabajadores y encauzarlas a lograr los fines económicos propios de su afán empresarial. Naturalmente, tales potestades se reflejan o concretizan en obligaciones o deberes dirigidos hacia los trabajadores. Entre ellos encontramos el referido a la sujeción y acatamiento a las órdenes que el empleador considere pertinente instruirles.

Se aprecia entonces que desde el mismo meollo de la relación laboral surge el hecho de que el trabajador tiene como una de sus principales obligaciones, sino la más relevante, la de obedecer las disposiciones y órdenes que su empleador le imparta.

Con la lucidez que lo caracteriza, el profesor Montoya Melgar explica sobre el particular lo siguiente:

“Ni poder directivo empresarial ni posición de dependencia del trabajador son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por la realidad económico-social: sin dirección del trabajo no hay producción posible”²

De este punto se desprende la extrema importancia práctica que este deber adopta lo cual permite a su vez calificarla como una obligación primaria del trabajador, como una característica manifestación de dependencia del trabajador respecto del empresario y al mismo tiempo una clara prueba de que la tan alegada desigualdad económica entre trabajadores y empresarios es también y sobre todo una desigualdad jurídica: el empresario ordena y el empleado obedece; sus relaciones son jerárquicas y no paritarias o de igualdad³. Cabe decir, entonces, que una empresa comprende a quien o quienes mandan (empleadores y sus representantes) y aquellos que obedecen,

² MONTOYA MELGAR, Alfredo. “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N° 48. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2004, p. 135.

³ *Vid.* MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Trigésima edición. Tecnos. Madrid, 2009, p. 329.

que prestan un servicio personal subordinado (los trabajadores)⁴.

En virtud de esta facultad se le permite al empleador ordenar las concretas prestaciones de sus trabajadores. Dicha prerrogativa se viabiliza o reconduce, a través de las llamadas órdenes de trabajo las cuales pueden definirse como aquellas indicaciones dadas a conocer al trabajador una vez iniciada la relación laboral—sea a través del empleador por sí mismo o por medio de sus representantes, funcionarios o jefes debidamente autorizados—con tal capacidad coercitiva que modifica la conducta de aquel, conminándolo a hacer o no hacer algo, o a dejar de hacerlo, bajo pena de sanción justamente por efecto de la subordinación o sujeción jurídica de uno hacia otro⁵.

Las órdenes de trabajo podrían admitir las siguientes clasificaciones o tipología: la primera se daría en función de la forma en que se exterioriza una instrucción, de este modo, podría ser oral o escrita. Naturalmente, en el eventual caso que un prestador de servicios desee probar que estuvo sujeto a órdenes de trabajo a efectos de acreditar que su relación era de corte laboral⁶, la disposición empresarial dada por escrito tendrá un efecto probatorio importante⁷.

⁴ Vid. HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. “Poder de dirección del empleador”. En: *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Universidad Nacional Autónoma de México Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 1997, p. 405.

⁵ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. “Las obligaciones implícitas o inherentes de los trabajadores”. En: *Soluciones Laborales*. N° 36. Gaceta Jurídica. Lima, diciembre de 2010, p. 21.

⁶ Esta afirmación requiere de cierto matiz. En efecto, la Nueva Ley procesal de Trabajo (Ley N° 29497), al referirse a la carga de la prueba en el nuevo proceso laboral, señala que cuando se acredite la prestación personal de servicios, se entenderá la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado. Así lo establece el dispositivo 2 del artículo 23 de la nueva ley adjetiva de trabajo. En este sentido, en un principio, la demostración de la subordinación ya no tendría mucho sentido en el nuevo proceso laboral aunque sí en el proceso constitucional de amparo en donde la carga de la prueba de este elemento aún se mantiene en la persona del prestador de servicios.

⁷ De ello da muestra el Tribunal Constitucional (TC) cuando resuelve que: “Respecto al elemento de subordinación cabe resaltar que con el Memorando N.º 075-05-DP/CAJ de fecha 6 de octubre de 2005, que obra a fojas 41, por el cual el Jefe de la Oficina Defensorial de Cajamarca le solicita expresamente al actor “(...) abstenerse de realizar actividades como la anteriormente descrita —compra e ingestión de cerveza en el local de la institución— pues de lo contrario se adoptarán otras medidas correctivas tendientes a evitar se repita este tipo de conducta en el personal que labora en esta institución” se demuestra que el actor prestaba sus servicios bajo un deber de sujeción frente al empleador, es decir, que el empleador impartía ordenes de trabajo al demandante. Asimismo, se ha presentado el Memorando N° 033-2005-DP/AEE remitido al demandante por el Adjunto al Defensor del Pueblo para la Administración

Por otra parte, una orden de trabajo puede dirigirse a la generalidad de trabajadores, a un grupo o categoría de ellos o a uno solamente. Normalmente las órdenes destinadas a todos los empleados de una empresa se dan por intermedio de un reglamento interno de trabajo⁸ o estatuto que haga sus veces⁹ aunque ello no impide que esta norma disponga también obligaciones a cierto grupo de trabajadores. Las órdenes individuales se reflejan a menudo mediante los llamados memorandos.

Íntimamente ligada a esta obligación se encuentra el deber de trabajar con diligencia y buena fe¹⁰. Recordemos, tal como lo explica el desaparecido maestro Plá, que el contrato de trabajo no crea solo derechos y obligaciones exclusivamente patrimoniales sino también personales, estables y continuadas en las cuales se exige confianza recíproca en múltiples planos, por lo que para el debido cumplimiento de esas obligaciones y el adecuado mantenimiento de esas relaciones, resulta imperativo que ambas partes actúen de buena fe, es decir, actuar con honradez y honestidad, con la plena conciencia de no

Estatal con fecha 27 de enero de 2005, que obra a fojas 38, por el cual se le solicitaba que absuelva un cuestionario relativo a la consultoría “Sistematización de Aprendizajes Institucionales en la Defensoría del Pueblo sobre los Derechos Humanos en Salud a favor de los Pobres y Excluidos en el ámbito de las Oficinas Institucionales”. Finalmente, se ha adjuntado el Memorando N.º 029-2005-DP/CAJ remitido al actor por el Jefe de la Oficina Defensorial de Cajamarca con fecha 21 de marzo de 2005, que obra de fojas 39 a 40, por el cual se informan pautas procedimentales relativas a la admisión de casos en la Oficina Defensorial de Cajamarca. Por lo tanto se acredita con los medios probatorios adjuntados que al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios suscritos por las partes, las labores desempeñadas por el recurrente entre el 1 de noviembre de 2004 y el 28 de febrero de 2006 han sido prestadas en forma permanente, personal, subordinada y a cambio de una remuneración determinada, razón por la que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral de duración indeterminada.” (Fundamentos jurídicos 9 y 10 de la Sentencia que resuelve el Exp. N° 02382-2007-PA/TC)

⁸ De acuerdo al artículo 2 del Decreto Supremo N° 039-91-TR el reglamento interno de trabajo, deberá contener las principales disposiciones que regulan las relaciones laborales, entre ellas los derechos y obligaciones del empleador y los derechos y obligaciones del trabajador.

⁹ La obligación de contar con un reglamento interno de trabajo, según el artículo 3 del Decreto Supremo N° 039-91-TR, se genera cuando un empleador cuente con más de 100 trabajadores, sin embargo ello no impide que aquel lo implemente si no cuenta con este número de empleados.

¹⁰ CANO GALÁN, Yolanda. “Derechos y deberes de los trabajadores”. En: AA. VV. *Temas actuales de Derecho Laboral*. Editora Normas Legales. Trujillo, 2005, p. 207.

engañar ni perjudicar ni dañar a la otra parte¹¹.

Pues bien, a la impartición de órdenes de trabajo le corresponde su acatamiento por parte de sus destinatarios. Atendiendo al carácter cardinal de este deber, se indica, por el contrario, que la desobediencia es la falta más grave dado que la relación de trabajo radica en la subordinación por lo que la violación a esta característica, el no acatar el trabajador las órdenes que recibe, constituye una falta imperdonable¹².

Sin embargo esta afirmación no podría ser absoluta. Puede darse el caso de que alguna de las directivas emitidas por el empleador ingrese en el campo de la arbitrariedad y se comporte, por lo tanto, como una manifestación viciada del poder de dirección como veremos en líneas posteriores.

Al respecto coincidimos con Saco Barrios cuando sostiene que amparar el obligado acatamiento de órdenes ilegítimas previamente a cualquier reclamo significa desnaturalizar el propio deber de obediencia, que sólo surge ante un mandato válidamente emitido, e implica la consagración de un evidente abuso bajo pretexto de una autoridad y disciplina mal interpretadas¹³.

En tal orden de ideas, resulta conveniente entonces saber cuales son las fronteras que enmarcan el accionar empresarial cuando se dirige a regentar las actividades laborales. Atendiendo a esto dedicaremos algunas líneas a los llamados límites del poder de dirección.

2. Los límites del poder de dirección

Derivado de su libertad de empresa, derecho de rango constitucional por cierto, el empleador tiene la facultad de organizar y gestionar su organización

¹¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Tercera edición. Depalma. Buenos Aires, 1998, pp. 393-394.

¹² DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Cuarta edición. Porrúa. México D.F., 1981, p.91.

¹³ Vid. SACO BARRIOS, Raúl. *Jus Variandi. Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación laboral*. CIAT-OIT. Lima, 1993, p. 136.

empresarial¹⁴. Naturalmente esta potestad se refleja en el ámbito laboral y en dicho campo se conoce normalmente como poder de dirección, el cual puede definirse como la potestad privada derivada de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva¹⁵.

En buena cuenta también, el elemento de la ajenidad propio de la relación laboral, aunque no exclusivo de ésta, permite justificar la titularidad del poder de dirección. Al respecto se ha señalado, inclusive, que dicho aspecto constituye el justificativo ético-jurídico de dicha relación contractual dado que sólo si el trabajador, al acordar la puesta a disposición del empleador enajenaba los futuros frutos de su trabajo independientemente de la utilidad que los mismos finalmente dieran al empleador, a cambio de la percepción de una remuneración y otros beneficios laborales con total prescindencia de los riesgos de la empresa, se justificaba que aquél no fuera socio; y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir por la ajenidad¹⁶.

Ahora bien, el poder de dirección del empleador, como cualquier otro derecho,

¹⁴ Al respecto, el TC, (Fundamento jurídico 13 del EXP. N° 3330-2004-AA/TC) ha señalado que el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.

- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.

- En tercer lugar, está la libertad de competencia.

- En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

¹⁵ LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Editorial Bosch. Barcelona, 1999, p. 30.

¹⁶ ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. "Crítica de la subordinación". En: *Estudios jurídicos en homenaje a Néstor de Buen Lozano*. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 2003, pp. 285-286.

debe practicarse de acuerdo a ciertos parámetros de tal manera que su ejercicio no se considere arbitrario o irregular. Sobre el particular se ha indicado que existen dos tipos de fronteras que determinan su práctica: los llamados límites internos y externos. Los primeros se encuentran delineados por las definiciones propias de la libertad de empresa y del poder de dirección. Por su parte, los externos se corresponden con el principio de razonabilidad y los derechos fundamentales del trabajador¹⁷.

Pareciera que los contornos internos de esta facultad se encuentran previstos en el artículo 9º del Decreto Supremo N° 003-97-TR (TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante LPCL) al definir el elemento de la subordinación. Se establece que éste se configura cuando el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El mismo precepto establece también 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 las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Como podrá apreciarse, el poder de dirección permite a su titular emitir las instructivas adecuadas que permitan establecer el marco de trabajo y conducta laboral de sus empleados. En sentido contrario, podría colegirse que el empresario no está facultado a emitir una orden laboral que escapa a tales criterios.

Al respecto, se ha señalado que las órdenes tienen que estar relacionadas con el trabajo o encontrar una conexión íntima con él. Si no se cumpliera con este

¹⁷ GARCÍA BIRIMISA, Eduardo. "El ejercicio del poder de dirección y el uso del correo electrónico en el ámbito de trabajo". En: *Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*, Grijley. Lima, 2009, p. 214

presupuesto no tienen porque ser obedecidas en cuanto escapan por completo al ámbito propio del poder de dirección empresarial¹⁸.

Básicamente, lo reseñado hasta ahora respecto de los límites internos del poder de dirección se refieren principalmente a las funciones¹⁹ por las que se le contrata a un trabajador. Habría que precisar también que estos parámetros están también dirigidos a la fijación del tiempo y lugar en que las labores deben prestarse. Al respecto se ha indicado que el trabajador no está al servicio del empleador para cumplir cualquier actividad, durante todo el día y todos los días y en el sitio que a este le parezca²⁰.

De otro lado, así como el trabajador debe llevar a cabo sus servicios de acuerdo a criterios de buena fe, el empleador debe también ejercer su poder de dirección atendiendo a esta pauta. La buena fe genera deberes recíprocos en el contrato de trabajo y, quizás, exige sobre todo al empresario, lo cual le permite adoptar la forma de mecanismo eficaz de limitación y control de los poderes empresariales²¹.

En esta línea consideramos que el principio de buena fe se comporta como otro freno derivado del interior del contrato de trabajo, inherente a las obligaciones derivadas de la misma relación laboral, por lo que el empleador deberá tener en cuenta que la emisión de una disposición deshonesta o desleal a su trabajador escapa a su poder de dirección.

¹⁸ ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981, p. 266.

¹⁹ A partir del nexo o relación que debe existir entre la orden de trabajo y las funciones que devienen del contrato de trabajo celebrado, se derivan las llamadas obligaciones laborales implícitas o inherentes y la consecuente inquietud de si éstas se encuentran fuera de los linderos contractuales laborales. Nosotros consideramos que no por lo que cuando hablemos en el siguiente capítulo sobre el derecho de resistencia a las órdenes remitidas por el empleador nos referiremos también a este tipo de deberes. Para revisar más sobre el tema puede acudir a: GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *Ob. cit.*, pp. 20-25.

²⁰ NEVES MUJICA, Javier. *Ob. cit.*, p. 32.

²¹ GIL Y GIL, José. *Principio de buena fe y poderes del empresario*. Mergablum. Sevilla, 2003, pp. 195-196.

En cuanto a los límites externos tenemos que las órdenes empresariales no podrían ingresar en el ámbito de lo irrazonable ni contravenir derechos fundamentales de los que es titular el trabajador en tanto persona.

En relación al primer límite tenemos que la razonabilidad tiene una importancia especial en las relaciones laborales, en las que se da una interacción de partes jurídicas que no se encuentran en un mismo nivel de negociación.

Recordemos que la relación de trabajo consiste en una situación contractual de carácter vertical dado que se advierte una marcada situación de desequilibrio que se refleja en que el empleador, en virtud de su poder de dirección, tiene la facultad de regentar los servicios que el trabajador le brindará. Es decir, este último se encuentra claramente subordinado al poder directriz de aquel.

En virtud de lo señalado, en el devenir de la relación laboral se requiere que las partes, pero sobretodo el empleador, actúen de manera razonable. Y es que, dada su posición jurídica, este último es más susceptible de incurrir en arbitrariedades o en un ejercicio irregular de su poder de dirección.

Pues bien, la razonabilidad es una especie de límite o freno formal y elástico, al mismo tiempo aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro, y sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles²²

Coincidentemente, refiriéndose a su ejercicio por los poderes públicos, pero no por ello no susceptible de ser aplicado al ámbito laboral, nuestro Tribunal Constitucional señala que “la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. (...) esto implica encontrar justificación lógica en los hechos,

²² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Ob. cit.*, pp. 364-365.

conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”²³.

Los criterios recién citados nos dan una noción general de lo que implica la razonabilidad. Pero, ciertamente, determinar qué es lo razonable es una tarea que aterrizará en cada caso concreto²⁴.

Como podrá advertirse el artículo 9 de la LPCL contiene también este límite externo cuando establece 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 las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Sobre el límite referido a los derechos fundamentales habría que anotar que este viene impuesto desde la misma norma constitucional, la cual, a través de su artículo 23, apunta a reconocer de manera muy concreta, directa y categórica que en toda relación laboral se debe respetar el carácter vinculante de los derechos constitucionales del trabajador y de la dignidad de éste. Este dispositivo, en opinión de Blancas Bustamante, encierra un potencial muy grande en orden al desarrollo normativo, jurisprudencial e institucional para posibilitar el cabal ejercicio de los derechos constitucionales y el respeto de la dignidad del trabajador en la relación laboral^{25 26}.

²³ Vid. Fundamento jurídico 16 de la sentencia que resuelve el EXP. N° 00535-2009-PA/TC

²⁴ En tal sentido puede revisarse: BAZÁN, José y MADRID, Raúl. “Racionalidad y razonabilidad en el Derecho”. En: *Revista chilena de Derecho*, Volumen 18. N° 2. Santiago, 1991, p. 180.

²⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, p. 266.

²⁶ Dicho precepto es una de las manifestaciones de la doctrina jurisprudencial, que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, conocida como la “Drittwirkung” la cual ha venido a superar aquella tradicional teoría de los “derechos públicos subjetivos” que restringían la eficacia de los derechos fundamentales a las interacciones derivadas de las relaciones jurídicas entre el poder público y los particulares, ya que se consideraba que las relaciones suscitadas entre personas jurídicas de Derecho Privado se encontraban sujetas a los principios de la autonomía de la voluntad y la libre contratación. En este sentido, explica BILBAO UBILLÚS, que a la Constitución no le resulta indiferente las relaciones jurídico privadas dado que el contenido “principal” de sus dispositivos permite que todos los ámbitos jurídicos, ya sean privados o públicos, se constitucionalicen. Vid. “La Eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares”. *Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Madrid, 1997, p. 258.

En este sentido, aquellos derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por estos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer encuentran, plena vigencia también en el entorno laboral de una persona²⁷, no podrían ser obviados por el empleador cuando imparta sus órdenes.

Naturalmente, la dignidad del trabajador es la raíz o generatriz de dichos derechos en tanto partir de ella todas las disposiciones fundamentales se van desarrollando. Si se le dejara de atribuir a la persona esta consideración, los derechos fundamentales no serían más que meras declaraciones vacías, completamente desprovistas de valor ontológico y vinculante; en pocas palabras, como lo dice Castillo Córdova: *“ninguna de estas declaraciones tendría sentido o, en el mejor de los casos, serían simplemente declaraciones huecas”*²⁸.

Recordemos que la dignidad de la persona ha sido prevista en el artículo 1 de nuestra Constitución, lo cual reafirma su carácter primario y basilar no solo en relación de los derechos fundamentales sino también del resto del ordenamiento jurídico. Su previsión adicional en el referido artículo 23 no tiene otra finalidad sino la de recalcar la dignidad de la persona en un contexto especial como es la relación de trabajo, originalmente asimétrica²⁹.

Y es que, evidentemente, como argumenta Pacheco Zerga, el ejercicio de los derechos constitucionales en las relaciones de trabajo se configura como

²⁷ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador”. En: *Libro de Informes Generales, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Montevideo, 2003, p. 47.

²⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El Valor Jurídico de la Persona Humana”. En: *Revista Gallega de Cooperación Científica Iberoamericana*. N° 11. Santiago de Compostela, 2005, p. 32.

²⁹ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZÁLEZ HUNT, César. “Promoción del Trabajo, Empleo Productivo y Educación para el Trabajo. Comentario al artículo 23° de la Constitución”. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 528.

manifestación imprescindible y, en suma, importante de la dignidad del trabajador, y es, en nuestros días, tópico central en el Derecho del Trabajo³⁰.

Finalmente, queremos puntualizar un aspecto que quizás no se ha tenido muy en cuenta cuando se trata el poder de dirección del empleador y que procura el eslabonamiento entre este derecho con el componente social de nuestro modelo económico. En efecto, el hecho de que se haya reconocido constitucionalmente la libertad de empresa implica que esta atienda a un acentuado tinte social por la misma connotación que peculiariza el esquema económico adoptado por nuestra Constitución. En ese sentido, aunque refiriéndose al contexto español, se pronuncia Martínez Val: “(...) parece innegable que en el fondo estructural y económico de la empresa se introducen, por vía jurídica del más alto rango, unos elementos morales, de orientación hacia la justicia social; erradicando un posible concepto sólo o principalmente liberal o privatista”³¹.

Vistos a grandes rasgos algunas cuestiones generales sobre el deber de obediencia y ciertos parámetros que debe atender el empleador al momento de impartir sus preceptos, iniciaremos el tratamiento de los aspectos más relevantes del derecho de resistencia.

3. El derecho de resistencia

En esta parte de nuestro trabajo presentaremos los primeros puntos respecto al derecho de resistencia tales como su definición y un breve tratamiento de aquella postura que sustenta que las órdenes de trabajo tienen un carácter *iuris tantum* de legitimidad y si, por lo tanto, el trabajador debe obedecerlas y luego de ello proceder con su impugnación en caso de considerar que éstas se derivaron de una práctica irregular del poder de dirección.

³⁰ PACHECO ZERGA, LUZ. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Universidad de Navarra. Navarra, 2006, p. 29.

³¹ Vid. MARTÍNEZ VAL, Josemaría. “El contenido esencial de la libertad de empresa”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*. N° 3. Barcelona, Julio-Septiembre 1982, p. 247.

3.1. Definición

Naturalmente ante la obediencia laboral se contraponen la resistencia o desacato, no obstante ésta debe encontrar justificación en un anómalo ejercicio del poder de dirección del empleador.

Así pues, en principio, fuera de los límites internos y externos del poder de dirección del empresario que hemos referido, se habilita el derecho del trabajador de desobedecer la orden. Cuando nos encontremos en un terreno extraño a la regularidad del poder directivo del empleador, procede el llamado *lus resistentiae*.

Esta facultad se define como un principio en virtud del cual cabe admitir excepcionalmente la desobediencia frente a aquellas órdenes que no se inscriban al ejercicio regular de las facultades directivas, ya sea por poner en peligro o menoscabar bienes, derechos o intereses del trabajador³².

González de Patto explica que este derecho implica la facultad de no acatar órdenes empresariales ilícitas, vejatorias, arbitrarias, que comporten grave riesgo o impliquen abuso de derecho, que afecten a derechos inviolables del trabajador o coarten el libre desarrollo de su personalidad. Refiere que este derecho se fundamenta en el hecho de que el deber de obediencia del trabajador decae ante órdenes dadas por el empresario en el ejercicio “irregular” de su poder directivo³³.

De acuerdo a Montoya Melgar, el uso regular de los poderes directivos se condiciona a la licitud y conformidad con el ordenamiento jurídico y al cumplimiento de esta condición se supedita el deber de obediencia. Desde esta perspectiva, la negativa del trabajador a adaptar su actividad laboral a la

³² Así lo define Garriges Jiménez citada por: OLMO BAU, Carlos. “*lus resistentiae*: De la objeción de conciencia a la desobediencia colectiva en el ámbito laboral”. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N° 11. Madrid, 2007/2008, p. 265.

³³ GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa. *La Dimisión Provocada: Estudio Sistemático del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Editorial de la Universidad de Granada. Granada, 2008, p. 170

nuevas condiciones de trabajo impuestas por una medida modificativa que lesiona gravemente sus derechos al respeto de la dignidad y/o la formación profesional del trabajador y, por tanto, manifiestamente ilícita, sería perfectamente legítima³⁴.

De acuerdo a lo expuesto, tenemos que el derecho de resistencia supone, asimismo, un supuesto, en efecto, de desobediencia, no obstante este desacato es legítimo y por tanto dicho incumplimiento no podría ser sancionado de manera alguna³⁵.

De esta manera, se puede advertir que el ejercicio del *ius resistentiae* requiere necesariamente de una práctica desmedida del poder de dirección, por lo que, en sentido contrario, se colige que la desobediencia de una inestructiva regular del empleador facultaría a éste a iniciar el procedimiento disciplinario que corresponda.

Hasta aquí entonces podemos ir recogiendo ciertas características de esta facultad: en primer lugar tenemos que se trata de una desobediencia por parte del trabajador aunque permitida en tanto responde al ejercicio anormal del poder de dirección del empleador, ésta sería la segunda peculiaridad. La tercera gira en torno a la permisión o autorización de un desacato legítimo de una orden empresarial que sobrepasa los límites mencionados, el cual no puede ser objeto de sanción disciplinaria alguna. Inclusive, en ocasiones, no solo es un derecho a resistir una orden empresarial sino también es una obligación proceder con el incumplimiento como ya veremos más adelante.

Ahora bien, se sustenta que esta facultad es ciertamente excepcional ante la regla de obedecer. De este modo, solo cabría la resistencia en casos en los que la instrucción es notoriamente irregular por lo que su ejercicio debe darse con cautela dado que, de lo contrario, el empleador podrá activar su poder

³⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo. "Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N° 23. Madrid, 2000, pp. 48 y ss.

³⁵ CANO GALÁN, Yolanda. *Ob. cit.*, p. 208.

disciplinario por la desobediencia ilegítima. Veamos entonces brevemente de qué trata esta discusión.

3.2. ¿La orden de trabajo tiene un carácter *iuris tantum* de legitimidad?

Se discute en torno al carácter excepcional de la práctica de la resistencia ante una orden empresarial debido a la predicable legitimidad *iuris tantum* de las órdenes impartidas por el empleador. El tema lo ha tratado básicamente, directa y expresamente, la jurisprudencia española y algunos indican que ésta se ha decantado por que la regla general sigue siendo la de la obediencia y posterior reclamación por parte del trabajador a la orden o instrucción que, en su consideración, no ha sido ejercida dentro de las facultades regulares de dirección del empleador³⁶.

Se anota que esta posición se justifica en tanto la orden empresarial goza de una presunción *iuris tantum* de validez debido a que la dependencia y subordinación constituyen rasgos delimitadores de la relación laboral. En tal sentido la regla imperante ante una presunta orden empresarial irregular es la de obedecer y luego cuestionarla judicialmente³⁷.

Al respecto se argumenta también que, en la línea de la tradicional doctrina amparada en principios del derecho administrativo, el principio de "*solve et repete*" (obedece y después reclama) sería el único garante de la eficacia del poder directivo del empresario, ya que si el trabajador decidiera cuando obedecer o no una directiva empresarial, se complicaría o resultaría muy dificultoso el gobierno de la empresa, no pudiéndose olvidar que entre los fines de la normativa laboral está el de posibilitar el efectivo rendimiento de la fuerza de trabajo. Así, si el trabajador reputa ilegítima la orden empresarial, debe pese a ello cumplirla sin perjuicio de su impugnación ante los órganos

³⁶ Esta conclusión es a la que arriba FABREGAT MONFORT, Gemma luego de analizar una serie de pronunciamientos jurisprudenciales: *Vid.* "La posición del trabajador ante las ordenes empresariales ¿ius resistentiae o solve et repete?". En: *Revista de treball, economia i societat*. Nº 27. Generalitat, Valenciana. Comité economic i social de la Comunitat Valenciana. Valencia, 2003, p. 27.

³⁷ *Ibidem*.

correspondientes³⁸.

En efecto, así lo ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 2 noviembre de 1983 (RJ/5563): “*el deber de obediencia no autoriza a desatender las órdenes de quien está investido en la empresa para darlas, ni siquiera so pretexto de la improcedencia de aquéllas, ya que es regla general, deducida de la normal subordinación jerárquica, la del acatamiento de la orden y la impugnación posterior en forma, si aquella no se ajusta a derecho*”³⁹.

Al respecto se ha criticado que este criterio jurisprudencial resulta insostenible, trasnochado e incluso inconstitucional por estar vinculado a un diseño autoritario de la empresa regido por los principios de jerarquía y mando que en su proyección en la relación laboral implica la rigurosa sujeción jerárquica y disciplinada del trabajador a las órdenes empresariales y, con ello, una quiebra del principio de igualdad⁴⁰.

En nuestro medio, el profesor Arce Ortiz sustenta, contra tal postura, que dejar en manos del trabajador la decisión de cumplir o no una orden no implica poner en riesgo la productividad de la empresa toda vez que si el empleado en cuestión dejara de incumplir sus obligaciones sin ninguna causa razonable sabe que podría ser despedido por tal soslayo. Obviamente en este caso la irresponsabilidad será castigada, lo cual serviría a manera de disuasivo de descatos injustificados⁴¹.

Asimismo indica que si las labores son urgentes, generadas por hechos

³⁸ Esta postura es indicada por NAVARRO AMARO, Salvador, mas no pareciera que la comparte: “Una concepción desfasada del deber de obediencia del trabajador. Comentario a la STSJ Cataluña, de 6 mayo 2004 (AS 2004, 2272)”. En: *Arazandi Social*. N° 3, Aranzandi-Thomson. Navarra, 2004, p. 2871.

³⁹ Asimismo puede verse las siguientes resoluciones del mismo Tribunal de fechas 20 enero 1981 (RJ/215), 12 febrero 1981 (RJ/701), 27 junio 1984 (RJ/3368) y 26 febrero 1985, (RJ/920), entre otras.

⁴⁰ Citando a Rivero Lamas. *Vid.* GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa. *Ob. cit.*, p. 171.

⁴¹ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra. Lima, 2008, pp. 491.

imprevisibles y que afectan intereses superiores del ordenamiento, el empresario siempre podrá aplicar el recurso del *ius variandi* excepcional. En base a estas razones, no existiría el riesgo inmanejable referido⁴².

Ahora bien, la postura de la judicatura ibérica ha ido virando relativamente su criterio respecto a la presunción de legitimidad de las órdenes de trabajo, señalando que existen ciertos supuestos que permitirían al trabajador desobedecer, y por ende, ejercer lícitamente un *ius resistentiae*, en aquellos casos en los que la orden empresarial, bien presente una manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho, bien sea gravemente discriminatoria, contraria a la buena fe, a la dignidad de los trabajadores, o a la seguridad en el trabajo⁴³.

Uno de los primeros pasos para mermar el principio jurisprudencial del *solve et repete* se da con la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de fecha 12 enero de 1982 (RTCT/26) que exige que la inobservancia de los mandatos patronales tiene que provocar un “perjuicio difícilmente recuperable” para que la actitud desobediente del trabajador pueda ser calificada como causa de despido. De forma parecida puede verse la sentencia del Tribunal Supremo del 7 marzo de 1986 (RJ/1277) y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 7 mayo de 2002 (AS/2042).

En una línea progresiva destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 1 octubre de 1993 (AS/4238) en donde se establece que procede la resistencia “*frente a órdenes que excedan del ejercicio regular de la dirección y en los supuestos de órdenes peligrosas, ilegales, abusivas, o más simplemente, en todos aquellos casos en que la negativa se presente razonable*”. En el mismo orden de ideas, y un poco más cercana en el tiempo, se tiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 21 diciembre 2009 (AS 2010/684).

⁴² *Ibidem*, pp. 491-492. Ya nos referiremos con más detalle al llamado *ius variandi* excepcional

⁴³ FABREGAT MONFORT, Gemma. *Ob. cit.*, p. 29.

Nuestra jurisprudencia presenta algunas muestras, algo lejanas en el tiempo, de dicha discusión. Existen algunas sentencias que recogen la postura que presume la legitimidad de las órdenes por lo que cabe su acatamiento en tanto éstas no hayan sido revocadas por alguna autoridad. En este sentido se ha concluido que no corresponde al trabajador determinar la ilegalidad de una orden expedida por su empleador de cambio de colocación pues dicho examen está reservado a la Autoridad de Trabajo ante quien puede acudir en resguardo de sus derechos. En tanto no haya un pronunciamiento revocando la referida orden, el servidor debe cumplirla; lo contrario configuraría una falta grave⁴⁴.

En la misma línea, aunque más próxima, tenemos aquella resolución de una Sala laboral de la Corte Superior de Lima, la cual resuelve el Expediente N° 5358-2004-IDA(S), que indica lo siguiente:

“El trabajador no puede resistirse a cumplir las ordenes de su empleador que considera injustas pues ello implica un cuestionamiento al poder de dirección de que goza este y que le ha sido reconocido por el artículo 9º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.”

Por su parte, cierto sector de nuestra doctrina considera que ante el dilema de acatar la orden arbitraria y luego proceder con el reclamo correspondiente al órgano jurisdiccional o resistirla a ejecutarla, debe optarse por la primera alternativa, aunque se precisa que cuando se pongan en juego los derechos fundamentales del trabajador debería admitirse la desobediencia⁴⁵.

Inclusive se ha indicado que la norma peruana recoge como regla que toda orden del empleador debe ser cumplida por lo que el derecho de resistencia suele ejercerse indirectamente dado que el trabajador incumple una orden y el

⁴⁴ Saco Barrios cita la Resolución del Tribunal de Trabajo (R.T.T.) de Lima del 28.12.90 recaída en el Exp. No. 1600-90-CD(S). *Ob cit.*, p. 134. Se refiere que las R.T.T. que resuelven los Exp. N°s. 082-88-CD, 047-90-CD, 0653-90 esta última del R.T.T de La Libertad se pronuncian en la misma línea.

⁴⁵ NEVES MUJICA, Javier. *Ob. cit.*, p. 33.

empleador lo sanciona; entonces, aquel impugna la medida disciplinaria impuesta y en la instancia judicial se verifica la legalidad de la medida⁴⁶.

En contra de esta apreciación se señala que en nuestra legislación no existe ni una sola norma que fundamente la presunción de legitimidad de las órdenes empresariales. Es más, cuando se analiza el texto del inciso a) del artículo 25 de la LPCL, se puede caer en cuenta que esta norma no podría validar en la práctica disposiciones de carácter ilícito debido a su carácter sancionatorio el cual impediría que su interpretación se haga de manera extensiva. En este orden de ideas dicho artículo deberá entenderse referido a la resistencia del trabajador frente a órdenes lícitas⁴⁷.

Casi concluyendo esta parte de nuestro trabajo queremos anotar que coincidimos con esta última postura dado que entender que nuestro ordenamiento jurídico establece la presunción de legitimidad absoluta de las órdenes empresariales implicaría sostener que el poder de dirección no tiene límites lo cual a su vez podría avalar una serie de arbitrariedades y perjuicios al trabajador al no tener la posibilidad de frenar oportunamente una disposición a todas luces irregular.

Por otro lado consideramos que no solo la vulneración de un derecho fundamental podría provocar un desmedro ilegítimo para el trabajador, por lo que sustentar que la desobediencia permitida procede respecto solo de las órdenes que lesionan dichos derechos resultaría, en nuestra opinión, insuficiente al dejar de lado intereses legítimos del trabajador cuya vulneración podría verse agravada al tener que transitar la vía judicial correspondiente para proceder con la impugnación de la disposición lesiva acatada.

Naturalmente, la orden que excede los límites internos y externos del poder directivo del empleador debe ser de tal entidad que su carácter nocivo resulte

⁴⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 239.

⁴⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. *Ob cit*, pp. 490-491. En el mismo orden de ideas puede verse: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Segunda edición. ARA. Lima, 2006, p. 171

ciertamente evidente pues, de darse un desacato insuficiente e irrazonable, este podría provocar la sanción disciplinaria que corresponda por la infracción a uno de los deberes básicos de una relación laboral: la obediencia.

En este sentido el ejercicio del *ius resistentiae* debe estar precedido de un examen cauteloso a efectos de dilucidar que un precepto empresarial ha excedido sus límites internos o externos, lo cual permitirá también evitar que el empleador se vea perjudicado por un incumplimiento injustificado.

Vistos estos aspectos, finalizamos este capítulo anotando que no compartimos una postura que admite *a priori* la presunción de legitimidad de las directivas del empleador y su acatamiento inmediato y reclamo posterior. Consideramos que el asunto debe analizarse desde otra perspectiva: hay que verificar si en cada caso particular la orden impartida se ha dado en el marco del poder de dirección, un análisis que no se agote en concluir que una inestructiva, por irregular que sea, deba ser cumplida y luego puesta en cuestión ante las autoridades respectivas, sino un estudio razonable del caso concreto que, en la medida de lo posible, permita colegir, de darse el caso, que la orden en particular ingresa en terrenos que no corresponden al poder de dirección y que por lo tanto habilita un desacato válido.

¿Cuales podrían ser los supuestos que habiliten al trabajador a desacatar válidamente una orden irregular? ¿Tales casos deberían estar plasmados en una norma para obtener una adecuada seguridad jurídica sobre el particular? Las respuestas a estas interrogantes tratarán de ser respondidas en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE RESISTENCIA Y ¿SU REGULACIÓN EN EL DERECHO PERUANO?

Apreciado a grandes rasgos el marco teórico en el cual se desenvuelve el deber de obediencia y el llamado derecho de resistencia, resulta necesario proceder con un tratamiento específico de aquellos supuestos que permitirían al trabajador proceder con el desacato válido frente a las instructivas empresariales anómalas ya sea porque escapan a los límites internos del poder de dirección o a los externos del mismo.

De esta manera procuraremos ubicar aquellas situaciones que habilitarían el ejercicio de la resistencia, frente a las órdenes de trabajo que no se corresponden con las necesidades de la empresa, provocando la modificación irregular de las condiciones de trabajo pactadas, para contrarrestar el abuso o ejercicio irrazonable del poder de dirección y a efectos de frenar aquellas instrucciones que pondrían en peligro la vigencia de los derechos fundamentales que le corresponden al trabajador por tal condición y en tanto persona.

Posteriormente a este desarrollo, trataremos de resolver la inquietud relativa a si el derecho de resistencia se encuentra amparado por nuestro ordenamiento jurídico, y si, en todo caso, es conveniente una regulación expresa del particular, en conjunto, naturalmente, con las situaciones que habilitarían su puesta en práctica.

2. Situaciones que permitirían el ejercicio del derecho de resistencia

En primer lugar nos referiremos a aquellas situaciones que muestran una extralimitación de las fronteras internas del poder de dirección. En este apartado trataremos puntualmente aquellas órdenes que tienen como finalidad variar sustancialmente las condiciones contractuales pactadas, tales como las funciones encargadas al trabajador y el lugar en donde tendría que prestar sus

labores. Asimismo daremos nuestras impresiones respecto al procedimiento regulado para modificar el tiempo de trabajo⁴⁸.

2.1. Contra órdenes que superan los límites internos

El contrato de trabajo, como todo acuerdo de voluntades, descansa en el llamado principio del *pacta sunt servanda*, y, por lo tanto, en principio, obliga a las partes en lo que se haya estipulado. Sin embargo, habría que recordar también que sobre esta relación contractual inciden dos aspectos, vinculados entre sí, que permiten concluir que la proclamación de este principio en el marco de las relaciones laborales admite ciertos matices.

En efecto, tenemos que, adicionalmente, el contrato laboral se caracteriza por ser de tracto sucesivo, es decir, se extiende en el tiempo y por ende es susceptible de que en su transcurrir, ciertas circunstancias ameriten la modificación de los elementos que componen la prestación inicialmente pactada.

Por su parte, habría que recordar que desde el mismo meollo de la relación de trabajo surge la necesidad de que haya una parte subordinada y otra directiva, una que obedezca y otra que dirija. Justamente, en la medida que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, resulta evidente que existirán ciertas situaciones que exigirán modificar la prestación laboral, y quien sino el empleador para determinarlas.

La posibilidad que tiene el empleador de implementar las variaciones en virtud de su poder de dirección admite la denominación latina de *ius variandi*. Al respecto se ha señalado que esta facultad permite al empleador disponer las

⁴⁸ No nos referiremos en este trabajo a la llamada variación unilateral de la remuneración en tanto su implementación dependerá únicamente de la voluntad del empleador dado que en sus manos está la concreción del pago del salario, por lo que simplemente la disconformidad del trabajador no evitaría la disminución remunerativa.

Por su parte, en los casos de movilidad funcional, geográfica y temporal, su eficacia dependerá en última instancia de la voluntad del trabajador, es decir en estos casos, el cambio de categoría, lugar de trabajo, jornada u horario de trabajo es susceptible de ser objeto de resistencia del trabajador.

variaciones, dentro de ciertos límites, de la forma y modalidades de la prestación de servicios del trabajador⁴⁹.

Ahora bien, estas modificaciones naturalmente admiten una gradualidad toda vez que no todas tienen la misma entidad. Así, por ejemplo, no tiene el mismo grado que un trabajador sea destacado a uno de los centros de trabajo ubicado a unas cuadras del establecimiento donde laboraba, ambos en Trujillo, que se le movilice a la sucursal que queda en Puno. Asimismo, es distinto que a la recepcionista de una empresa se le ordene que además de sus funciones explícitas, entregue los documentos llegados al personal de la empresa a sus destinatarios, que se le indique que a partir de determinado momento se encargará también de la elaboración de ciertos informes del área de contabilidad.

En este sentido cabría indicar que el *ius variandi* admite una clasificación atendiendo a la trascendencia de la modificación implementada. Es decir, puede responder a un ejercicio normal, común o habitual o, en todo caso, puede afectar de tal manera las condiciones de trabajo que transformarían prácticamente las condiciones contractuales inicialmente pactadas. En suma, un *ius variandi* ordinario y uno sustancial⁵⁰.

Al respecto se ha indicado que el carácter sustancial de una modificación de una condición de trabajo se configura como la línea divisoria entre aquellas facultades empresariales ordinarias, como es el poder de dirección en sentido estricto, y aquéllas otras que trastocan aspectos fundamentales y sensibles de la relación laboral⁵¹.

⁴⁹ A dicha conclusión llega SACO BARRIOS luego de citar a variados autores como Plá Rodríguez, Montoya Melgar, Sarthou. En: *Ob. cit.*, p. 11.

⁵⁰ Algunos autores entiende que el *ius variandi* solo permitiría modificaciones accesorias, simples, mas no las que terminan alterando la esencia del contrato de trabajo. Un repaso de estas posturas puede verse en: *Vid. HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. Ob. cit.*, pp. 411-412.

⁵¹ *Cfr. ROMÁN DE LA TORRE, María. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales. Comares. Granada, 2000, pp. 9 y 12.*

Planteada esta clasificación, y para efectos de nuestro trabajo, nos gustaría determinar cual de estas formas que adopta el *ius variandi* está amparada por nuestra legislación

De acuerdo al artículo 9 de la LPCL, por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Según lo sustenta un sector de la doctrina nacional, posición a la cual nos adherimos, dicho precepto solo reconoce el *ius variandi* ordinario o común, por lo que, la facultad de modificar esencialmente las condiciones de trabajo, no está amparada por nuestro ordenamiento jurídico⁵², salvo el caso de la variación del tiempo de trabajo como veremos más adelante.

Esta conclusión se fundamenta básicamente en que, adoptar la postura contraria, es decir, que el artículo 9 de la LPCL se refiere a todas las variaciones contractuales, implicaría avalar un sobredimensionamiento del poder de dirección que convertiría la empresa en un lugar en donde el autoritarismo se impondría a los intereses sociales y profesionales del trabajador. Asimismo se explica que una interpretación amplia del mencionado dispositivo, pondría en peligro la libertad contractual, reconocida en nuestra Constitución, del trabajador al no haber intervenido en la determinación del nuevo contenido de su prestación⁵³.

⁵² Vid. ARCE ORTIZ, Elmer. *Ob. cit.*, pp. 459 y ss.

⁵³ *Ibidem*, p. 462 y 463.

De esta manera entonces, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo sólo sería viable si así lo contemplara la ley, en tanto en el artículo 9 de la LPCL no reside el fundamento para ello, pues este precepto solo reconoce el *ius variandi* habitual. En esta línea, si las variaciones esenciales no tienen cabida contractual ni legal, su práctica siempre sería irregular, a menos que esta se viabilice mediante una novación contractual⁵⁴.

Ahora bien, cabe precisar que dentro del conjunto de alteraciones trascendentales del contrato de trabajo, se tiene que algunas de éstas no necesariamente son inválidas siempre que respondan a intereses o valores que para el ordenamiento jurídico tienen especial interés.

En estos supuestos el cambio radical de la condición de trabajo encuentra justificación no en el contrato de trabajo ni en la ley sino en el mismo orden constitucional. Normalmente su implementación se da de manera urgente o rápida dado que, de no realizarse de este modo, se pondría en peligro la vigencia de ciertos derechos fundamentales (a la vida, a la salud, interés social de la empresa, etc.). Asimismo, la causa que motiva la modificación no es imputable a las partes ni a la actividad normal de la empresa, aunque, por ser imprevisible y ciertamente inaplazable, su duración se extenderá por el tiempo estrictamente necesario para que se tomen las medidas adecuadas⁵⁵.

Es el caso, por ejemplo, de la disposición del traslado de profesionales de un centro hospitalario, a una ciudad cercana que ha sufrido un desastre natural, provocando perjuicios a la salud e integridad física de la mayoría de sus pobladores, toda vez que el centro médico de la localidad afectada no cuenta con el personal suficiente para atender a los damnificados.

Vistas estas cuestiones introductorias queremos referirnos seguidamente al ejercicio del derecho de resistencia cuando estemos frente a las llamadas

⁵⁴ *Ibidem*, p. 465 y ROMÁN DE LA TORRE, María, *Ob. cit.*, p. 9.

⁵⁵ Un desarrollo más completo sobre el particular puede verse en: ARCE ORTIZ, Elmer. *Ob. cit.*, pp. 465 y ss.

movilidades funcional y geográfica que por el escaso desarrollo legal que tiene en nuestro país dejan la puerta abierta a una serie de arbitrariedades empresariales en su práctica.

El profesor Arce indica que las condiciones de trabajo (lugar, tiempo y lugar) son necesarias para que se cumpla la función económica-social del contrato de trabajo, por lo que resulta imprescindible que el trabajador sepa qué labores realizará, en qué tiempo y en dónde a efectos de que sus servicios confluyan en un beneficio para su empleador. Por otro lado, explica, que la determinación de estos elementos apunta también a proteger la persona del trabajador y de sus intereses personales y familiares. Así por ejemplo el lugar de trabajo servirá, usualmente, al empleado para fijar donde vivirá junto con su familia⁵⁶.

En este orden de ideas consideramos acertado y conveniente traer a colación la siguiente premisa, esbozada por García Murcia: los cambios en las condiciones de trabajo que preocupan no son los resultantes de un acuerdo entre las partes, sino los que el empleador desea introducir de forma unilateral y que presumiblemente chocarán con la resistencia del trabajador afectado, entre otras razones porque implican una alteración no sólo del trabajo inicialmente ajustado, sino también, previsiblemente, de su régimen de vida⁵⁷.

Tal afirmación recoge una reacción natural cuándo el empleador decide modificar sustancialmente una condición de trabajo que debería ser, en nuestra consideración, ser puesta al análisis como habilitante del *ius resistentiae* del trabajador. Naturalmente, este tipo de cambios pueden estar avalados en una necesidad del centro de trabajo, tal como lo señala el artículo 9 de la LPCL, sin embargo, recordemos que las órdenes que materialicen estas variaciones no deben sobrepasar el *ius variandi* ordinario en tanto las modificaciones que

⁵⁶ Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. "La determinación de la prestación de trabajo en el contrato laboral (los casos de la determinación geográfica y funcional)". En: *Trabajo y Seguridad social- Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley, Lima, 2008, p. 202.

⁵⁷ Con ciertos matices puede confrontarse: GARCÍA MURCIA, Joaquín. "Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 58. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2005, p. 92.

transforman la sustancia de la prestación de trabajo contratada no están amparadas por dicho precepto legal.

Como sabemos, en nuestro ordenamiento jurídico las variaciones sustanciales de los aspectos funcionales y geográficos han sido tratados desde la óptica hostil⁵⁸, es decir, como supuestos que permitirían al trabajador, previo procedimiento interno⁵⁹, dar por concluido su contrato aunque solicitando en vía judicial la correspondiente indemnización, como si se hubiera tratado de un despido arbitrario⁶⁰.

En efecto, se ha determinado que si a un trabajador se le reduce inmotivadamente la categoría o se le traslada a un lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio, aquel podrá iniciar el procedimiento respectivo para ser reparado económicamente. Estas modificaciones son conocidas como actos de

⁵⁸ Artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR: Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

(...) b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;

c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; (...)

⁵⁹ Artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR: (...) El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

⁶⁰ Artículo 35 del Decreto Supremo N° 003-97-TR: El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30° de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,

b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38° de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Artículo 38 del Decreto Supremo N° 003-97-TR: La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba

hostilidad, cuya práctica empresarial implicarían la comisión de un despido arbitrario indirecto⁶¹.

Ciertamente, como se podrá apreciar, dichos cambios radicales escapan a las fronteras internas del poder de dirección del empleador y por tal razón permitirían al trabajador afectado, proceder con el trámite correspondiente con la finalidad de dar por concluido el vínculo laboral, aunque, cabe reiterar, a raíz de una actitud hostil de aquel.

Pues, revisado a grandes rasgos el único tratamiento legal de los cambios sustanciales relativos a las funciones y lugar de trabajo, nos surge la siguiente interrogante: ¿Si se permite que tales actos sean tomados en cuenta por el trabajador para dar por concluido el vínculo laboral, qué razón habría para que los mismos no sean resistidos sin tener que dar por terminada la relación de trabajo?

Consideramos que, dando respuesta a la inquietud planteada, tales movi­dades podrían ser habilitantes del derecho de resistencia en tanto, si motivan el cese de la relación laboral, con mayor razón aún podrían ser objeto de un desacato justo sin necesidad de que el contrato de trabajo se extinga. Inclusive, el ejercicio del *ius resistentiae* en tales situaciones resultaría beneficioso o conveniente para ambas partes en la medida que, por un lado, el

⁶¹ Resulta curioso hablar de despido en estos casos en tanto esta forma de extinción, por definición, proviene finalmente de la voluntad del empresario y no de la decisión del empleado. Sin embargo, se considera que las referidas actitudes empresariales encubren o manifiestan implícitamente una iniciativa irregular e ilícita que busca la resolución del contrato, por lo que esta figura es conocida como despido indirecto.

Recordemos que el despido, en estricto, responde a una falta de capacidad o de conducta del trabajador, es decir, hay una causa justa que permite al empleador dar por resuelto el vínculo. Por su parte, cuando se da el despido indirecto, no hay de por medio incumplimiento del trabajador, sino, por el contrario, se advierten infracciones laborales por parte del empresario que buscan hostigar al trabajador con el objeto de que este se retire motivado por dichas irregularidades.

Como se podrá apreciar, entonces, el hecho de que el trabajador decida dar por extinguida la relación laboral, no es sino consecuencia de una actitud maliciosa del empleador. En este sentido, no cabría considerar en este caso que la extinción se deba a una renuncia. Lo correcto sería colegir que la extinción de la relación laboral parte del empresario y, por lo tanto, estamos frente a un despido injustificado, por cierto.

trabajador no tiene porqué obedecer órdenes que escapan a los límites internos del poder dirección, que podrían provocar para éste una serie de inconvenientes⁶², y evita dar por terminado su vínculo contractual mientras que, por el otro, el empleador, ante la desobediencia válida, tendrá más celo en la impartición de sus futuras instructivas y no se verá sancionado con el pago de una reparación económica.

Pues bien, habiendo sustentado la utilidad de la calificación de tales supuestos como meritorios de la práctica del *ius resistentiae*, tendríamos que dirigir nuestro estudio a procurar la ubicación de los elementos que nos permitan distinguir otras situaciones en las cuales la movilidad funcional o geográfica se encuentra fuera de los contornos internos del *ius variandi*.

Como habíamos mencionado, la única referencia legal que tenemos sobre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo está dada por su consideración como actos de hostilidad por lo que para el desarrollo de las siguientes líneas partiremos de las disposiciones respectivas.

El inciso b) del artículo 30 de la LPCL dispone que la reducción inmotivada de la categoría califica como un acto de hostilidad. Naturalmente, si hay un cambio de categoría, es porque el trabajador afectado se encuentra inserto en una y ello en tanto este último se obliga a desempeñar unas funciones determinadas de acuerdo a su calificación profesional.

Según Alonso Olea y Casas Baamonde, la categoría es la posición relativa de cada trabajador dentro de la empresa como organización racionalizada, dentro de la cual se ocupa una posición igual a la de otros de calificación similar y superior o inferior a la de otros tantos⁶³.

⁶² Este problema es puesto en relieve por García Murcia cuando indica que: “ (...) el cambio en la clase o las condiciones de trabajo puede ser bueno, desde luego, para la organización productiva, y eventualmente para el trabajador, pero probablemente suponga para éste mayores trastornos e inconvenientes que para la empresa”. En: *Ob. cit.*, p. 79.

⁶³ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. Undécima edición. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995, p. 277.

Cuando se determina la categoría profesional de un trabajador, se especifican también los servicios que éste prestará. En efecto, tal como indica Valdés Dal-Ré, la categoría profesional cumple una doble misión en el plano contractual. Por un lado, favorece el proceso determinativo de la prestación designando el conjunto de cometidos a que el trabajador queda obligado. Por el otro, encauza dentro de unos límites precisos el poder de especificación del empresario, que podrá modalizar y acomodar los singulares comportamientos a las necesidades de su organización, sin alterar el objeto contractual⁶⁴.

Lo curioso y, por cierto, contradictorio, de la regulación de este aspecto es que la norma que asimila el cambio inmotivado de categoría con la hostilidad no especifica qué se entiende como categoría cuando todo indica que entre movilidad funcional y clasificación profesional no hay sino una relación íntima⁶⁵. Es más ninguna norma laboral lo hace⁶⁶. Ello, evidentemente, complica la determinación del acto hostil y, en nuestro caso, de la resistencia del trabajador.

Ante la inexistencia, al menos, de un mandato legislativo que ordene a las empresas a elaborar clasificaciones profesionales la vicisitud sigue latente. Sin embargo ahí no acaba el problema dado que, aún así se señale esta obligación empresarial, la determinación de aquellas dependerá prácticamente del empleador, lo cual agudiza la posibilidad de arbitrariedad en el ejercicio del *ius variandi* funcional⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi*". En: *Revista de Política Social*. N° 103. Madrid, 1974, p. 7.

⁶⁵ Así lo entiende VALLE MUÑOZ, Francisco. *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*. Consejo Económico y Social. Madrid, 1998, p. 148.

⁶⁶ Al respecto, el profesor Arce Ortiz señala que el legislador obra con hipocresía en tanto por un lado exige la determinación de la categoría profesional pero no obliga a las empresas a tener un cuadro de funciones profesionales. Cfr. "La determinación de la prestación de trabajo....*Ob. cit.*", p. 208.

⁶⁷ En la misma línea: *Ibidem*, pp. 208-209

Ante este panorama ciertamente adverso a efectos de determinar a partir de qué momento la movilidad funcional rebasa sus límites internos, consideramos que un criterio a tener en cuenta estaría dado por la pauta de las categorías profesionales equivalentes.

La equivalencia entre categorías es la regla básica a partir de la cual parte la movilidad funcional ordinaria del trabajador toda vez que cada categoría, aún comprendiendo distintas funciones, podrían tener un grado tal de similitud que permite la adaptación del trabajador de la categoría original al desempeño de las labores propias de la categoría de destino y viceversa con mucha facilidad⁶⁸.

En tal orden de ideas esta máxima constituye un parámetro de control de la modificación de la categoría y, por ende, debe ser comprendida como un criterio de control del fenómeno de la variación funcional y no como una forma de extensión la prestación contratada⁶⁹.

En suma, lo importante es que el cambio de funciones no ocasione un agravio eventual o futuro al trabajador, es decir, que la nueva ocupación no perjudica su formación o íter profesional⁷⁰.

Ahora bien, en nuestra opinión, el desacato válido ante la reducción de la categoría y ante la modificación funcional horizontal que no respete la pauta de la equivalencia de funciones, no serían los únicos supuestos que permitirían la resistencia del trabajador. Nos referimos básicamente al supuesto de la movilidad ascendente. Veamos brevemente porqué.

De entrada habría que referir que la promoción en el empleo, en principio, es deseable por cualquier trabajador; es más, el mismo Tribunal Constitucional ha

⁶⁸ Así lo entiende Alarcón Caracuel, citado por Valle Muñoz en: *Ob. cit.*, p. 91.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Así lo destaca De Ferrari, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido....ob. cit.*, p. 427.

señalado que el derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones tiene su fundamento constitucional en el derecho al trabajo, entendido como un medio de realización de la persona (artículo 22) y en el principio-derecho de igualdad de trato y de oportunidades en la relación laboral (artículo 26)⁷¹.

Sin embargo tal afirmación no puede ser aplicada a todos los supuestos, pues puede existir algún tipo de temor respecto al ascenso ya sea por la responsabilidad mayor, la peligrosidad del cargo, los riesgos derivados de la prestación en el cargo superior, la pérdida de condiciones para participar de las actividades sindicales, entre otros factores⁷². Es decir, no siempre el trabajador estará dispuesto a ser promovido.

Sin perjuicio de lo anotado, tenemos que un sector doctrinal afirma que el ascenso no puede disponerse unilateralmente por el empresario sino, por el contrario, debe siempre provenir del acuerdo de las partes⁷³. Al respecto cabe citar a Castiñeira Fernández cuando explica que: *“En cuanto a los trabajos de superior categoría, su realización no viola en absoluto, como es lógico, la promoción a través del trabajo, pero, en principio, no hay razones por las que no deba exigirse el consentimiento del trabajador.”*⁷⁴

Estamos frente, además, ante una modificación sustancial no amparada por nuestro ordenamiento jurídico tal como hemos explicado líneas arriba, por lo que en nuestra opinión un trabajador que se ve promovido a un cargo de categoría superior debería estar de acuerdo, caso contrario, sería válida su resistencia.

⁷¹ Cfr. Fundamento Jurídico 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04331-2008-PA/TC.

⁷² Valle Muñoz, Francisco. *Ob. cit.*, p. 221.

⁷³ Recogiendo la impresión de Ermida Uriarte, puede verse SACO BARRIOS, Raúl. *Ob. cit.*, p. 68.

⁷⁴ Cfr. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Javier. “La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el estatuto de los trabajadores”. En: *Revista de Política Social*. N°121. Madrid, 1979, p. 128.

En suma, cuándo la movilidad funcional sea descendiente o ascendente puede ser objeto de un desacato válido por parte del trabajador al superar los límites internos del poder de dirección. Si se tratara de una movilidad horizontal, el análisis debe realizarse a partir del principio de equivalencia de funciones o categorías equivalentes de tal manera que si se rompe esta premisa no habría motivos para corregir o disciplinar la resistencia.

Cabe reiterar, que si la movilidad funcional, como todo tipo de variación de las condiciones de trabajo, resulta excepcional o de emergencia en función de salvaguardar bienes jurídicos de alto valor jurídico, la desobediencia no sería regular por lo que válidamente podría ser objeto de una sanción disciplinaria.

Pues bien, toca ahora referirnos a la resistencia ante la denominada movilidad geográfica. Para ello hay que señalar, nuevamente, que este tipo de alteración del contrato de trabajo está regulado solo desde la perspectiva hostilizatoria. De este modo, el acto hostil se configurará siempre que el traslado del trabajador, a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios (un ámbito geográfico distinto), sea con el propósito de ocasionarle perjuicio.

Ciertamente, como indica Cruz Villalón, el lugar de ejecución del contrato, influye profundamente en la relación jurídica en su conjunto y, especialmente en factores tales como son las expectativas profesionales o carrera profesional del trabajador, relaciones de compañerismo, posibilidades de actuación sindical del propio trabajador⁷⁵, etc. Sin perjuicio de esto cabría anotar también que no solo la propia relación de trabajo se ve condicionada por este elemento, sino incluso el propio desarrollo de la vida extralaboral del trabajador como sus relaciones familiares, sociales, la educación y formación propia y la de sus hijos, el ambiente cultural, entre otros aspectos, toda vez que la determinación

⁷⁵ Cabe precisar que la regulación de la movilidad, de un establecimiento a otro, de trabajadores amparados por el fuero sindical, la trataremos en la sección correspondiente a la cabida normativa que nuestro ordenamiento legal proporciona al derecho de resistencia.

del lugar de trabajo servirá, a su vez, para definir el domicilio de residencia del trabajador⁷⁶.

Las consecuencias del traslado unilateral pueden, inclusive, afectar la relevancia constitucional del lugar de trabajo, toda vez que nuestra Carta Fundamental reconoce, en el inciso 11 del artículo 2, que toda persona tiene derecho a elegir su lugar de residencia y a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él. Cabe destacar que, a su vez, tal afectación incide también en la libertad de la vida privada y familiar del trabajador dado que la libertad de permanecer en el domicilio o residencia elegido no es sino una manifestación de aquella⁷⁷.

Cabe preguntarse entonces si cualquier tipo de cambio de lugar de trabajo podría ser objeto de incumplimiento válido atendiendo al cardinal rol que juega este elemento en la determinación de la prestación de servicios y en el mismo desarrollo de la vida personal y familiar del trabajador.

No nos queda duda que si se dispone una movilidad fuera del lugar de trabajo cabría la resistencia toda vez que si dicho supuesto califica como un acto de hostilidad, con más razón aún calza como una manifestación del que hemos llamado *ius variandi* sustancial no amparado por la ley y que, por cierto, escapa a los perímetros internos del poder de dirección.

Es cierto que según la norma peruana no solo se requiere del elemento objetivo de la movilidad geográfica para que se configure la hostilidad, sin embargo, no puede negarse que de por sí, pese a que no haya intencionalidad

⁷⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús. "La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal". En: *Revista de Política Social*. N° 125, Madrid, 1980, p. 86.

Con acierto, en la misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema en su resolución casatoria N° 298-99-LIMA al señalar que: "(...) *el ámbito geográfico en el que el trabajador presta sus servicios es un factor determinante para éste al momento de celebrar el contrato de trabajo; de manera que el cambio de esta situación suele crearle dificultades personales al trabajador y a sus familiares; causándole problemas económicos y de salud*".

⁷⁷ La importancia de este tema desde el punto de vista constitucional es destacada, en el contexto jurídico español, por SERRANO OLIVARES, Raquel. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*. Consejo Económico y Social. Madrid, 2000, pp. 118 y ss.

en causarle un perjuicio al trabajador⁷⁸, estamos frente a una modificación radical del elemento locativo de la relación laboral.

Empero, surge cierta incertidumbre respecto a si sería válido el incumplimiento de una orden que indique la movilidad a algún centro de trabajo ubicado en el mismo ámbito geográfico en donde el trabajador se desempeña normalmente. Por ejemplo, nos preguntamos si sería válido el desacato de un trabajador ante la orden que le indica que ya no va a laborar en el local del distrito de Miraflores sino que será trasladado al establecimiento ubicado en la comuna de Independencia.

Un caso similar, tratado por la jurisprudencia peruana, aunque no exactamente para evaluar si se trataba de un supuesto de resistencia sino para analizar la comisión de un acto de hostilidad, puede servirnos para resolver tal inquietud. El órgano colegiado revisor, en segunda instancia, determinó que el cambio de lugar de centro de trabajo del actor, quien originalmente se desempeñaba en el Cercado de Lima, y luego en Miraflores y San Luis, no calificaba como acto de hostilidad⁷⁹.

Consideramos que el criterio jurisprudencial citado puede ser extrapolado a efectos de resolver la duda planteada. En este sentido tendríamos que concluir que el traslado de un centro de trabajo a otro, para ser objeto de resistencia legítima, debe corresponderse con un cambio de domicilio o residencia del trabajador, en otras palabras, si la ubicación del centro de trabajo a donde el

⁷⁸ Cabe precisar que en nuestra consideración la exigencia legal de dicho elemento a efectos de la configuración del acto de hostilidad geográfico es ciertamente perverso y desproporcional.

La rigidez de esta previsión probatoria, sin embargo, ha sido, por decirlo de un modo, “aligerada” mediante una interpretación jurisprudencial reciente (Casación Laboral N° 505-2010-Lima) que sostiene que la exigencia prevista tanto en el artículo 30 inciso c) del Decreto Supremo N° 003-97-TR como en el artículo 50 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, no supone una acreditación exhaustiva del “propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador”, sino que se satisface ofreciendo los indicios y medios de prueba idóneos que permitan advertir que el ejercicio de la facultad de dirección por parte del empleador no se ha sujetado a los límites que impone el principio de razonabilidad. El juez, en cada caso concreto y atendiendo a las particularidades del mismo, deberá ponderar y atenuar las exigencias de prueba, mas no así su eliminación.

⁷⁹ *Vid.* Fallo recaído en el Expediente N° 3584-2005 HOST.(S)

empleado será trasladado difiere del ámbito geográfico donde radica éste, la desobediencia no tendría por qué ser sancionada.

En definitiva, el elemento que justificaría la resistencia legítima al mandato del traslado a un centro de trabajo estaría dado por el hecho de que el cambio del lugar de trabajo afecte la estabilidad domiciliaria del trabajador, de tal manera que no importaría si la modificación locativa trae consigo la adscripción del empleado a un centro de trabajo diferente. Ello implicaría básicamente que el concepto de centro de trabajo se equipara prácticamente al del ámbito geográfico en donde se ubica el lugar donde se desempeña el trabajador⁸⁰.

En resumen: la movilidad geográfica será radical, y pasible de resistencia, cuando esta implique que el nuevo lugar de trabajo se encuentre en un ámbito geográfico distinto a aquel donde laboraba el empleado afectado y que a su vez le obligue a variar su residencia habitual. Por su parte, si el traslado se limita a un centro de trabajo ubicado en el mismo ámbito geográfico, la orden tendría que ser acatada por encontrarse dentro de los límites internos del poder de dirección.

Nuevamente, habría que insistir en que si la movilidad a un ámbito geográfico distinto del lugar habitual de labores, responde a evitar poner en riesgo o salvaguardar la vigencia de algún bien jurídico de transcendencia social, la indicación empresarial no podría ser desobedecida, caso contrario, podría ser objeto de la sanción disciplinaria que corresponda.

A continuación presentamos un cuadro que pretende recoger las conclusiones que hemos referido a raíz de las variaciones de las condiciones de función y lugar de trabajo susceptibles del *ius resistentiae*.

Supuestos	Cuestiones complementarias	¿Puede ser objeto de resistencia?	Precisión
-----------	----------------------------	-----------------------------------	-----------

⁸⁰ Esta idea es recogida de: SERRANO OLIVARES, Raquel. *Ob. cit.*, p. 76.

Movilidad funcional	Descendente	Supera los límites ordinarios del poder de dirección y calificaría como acto de hostilidad si es injustificada.	Sí	Si cualquiera de estas variaciones se realiza en función de salvaguardar algún bien jurídico de cardinal importancia o trascendencia en el desarrollo de la sociedad, no cabe resistencia alguna.
	Horizontal	Debe analizarse a partir del principio de equivalencia de funciones.	Si la variación cumple con el principio referido, la orden no puede ser desacatada.	
	Ascendente	Supera los límites ordinarios del poder de dirección aunque no ha sido catalogada como hostilidad.	Sí	
Movilidad geográfica	Dentro del ámbito geográfico	No implica el cambio de residencia del trabajador.	No	
	Fuera del ámbito geográfico	Supera los límites internos del poder de dirección, aunque para ser acto de hostilidad se debe probar la intencionalidad de ocasionarle un perjuicio al trabajador.	Sí	

De esta manera entonces, hasta que no se prevea un procedimiento legal que permita al empleador llevar a cabo un cambio radical de las funciones y/o lugar de trabajo, como sucede en algunas legislaciones comparadas⁸¹,

⁸¹ Por ejemplo, en España, el Estatuto de los Trabajadores sí prevé una serie de directrices cuando se dispone una movilidad que afectaría sustancialmente estos elementos

consideramos que los supuestos planteados podrían ser tratados como habilitantes del derecho de resistencia.

Como hemos señalado, las modificaciones sustanciales de las condiciones relativas a las funciones y lugar de trabajo no se encuentran reguladas por nuestro ordenamiento jurídico en tanto el artículo 9 solo reconoce el *ius variandi* habitual u ordinario. Sin embargo, el legislador sí le ha dado un tratamiento a la alteración del tiempo de trabajo, es decir a la variación esencial de la jornada y horario de trabajo, por lo que, respecto de este elemento en particular, el derecho de resistencia verá limitado su espacio de ejercicio aunque no totalmente como veremos más adelante.

Pues bien, son los Decretos Supremos N° 007-2002-TR y 008-2002-TR, TUO de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo y su reglamento, respectivamente, las normas que regulan las variaciones del tiempo de trabajo. En este caso, el *ius variandi* sustancial está pautado por la misma ley.

El artículo 2 del TUO señala que el empleador está facultado para efectuar las siguientes modificaciones:

- a) Establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal.
- b) Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de 8 horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de 48 horas por semana.
- c) Reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso ésta no podrá exceder en promedio de 48 horas semanales. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de

contractuales. En estos casos, el *ius variandi* sustancial sí vendría determinado y pautado por la ley, aspecto ausente en nuestro ordenamiento.

horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

d) Establecer, con la salvedad del trabajo en sobretiempo, turnos de trabajo fijos o rotativos, los que pueden variar con el tiempo según las necesidades del centro de trabajo.

e) Establecer y modificar horarios de trabajo.

El mismo dispositivo indica que para implementar cualquiera de estas alternativas, el empleador deberá comunicar con 8 días de anticipación al sindicato, o a falta de éste a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados, la medida a adoptarse y los motivos que la sustentan.

Dentro de este plazo, el sindicato, o a falta de éste los representantes de los trabajadores, o en su defecto, los trabajadores afectados, pueden solicitar al empleador la realización de una reunión a fin de plantear una medida distinta a la propuesta, debiendo el empleador señalar la fecha y hora de la realización de la misma. A falta de acuerdo, el empleador está facultado a introducir la medida propuesta, sin perjuicio del derecho de los trabajadores a impugnar tal acto ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, dentro de los diez (10) días siguientes a la adopción de la medida.

El reglamento, precisa en su artículo 7, un supuesto de *ius variandi* excepcional, que no necesariamente se ciñe a las reglas reseñadas. En efecto se establece que en caso se presente un suceso fortuito o fuerza mayor que haga indispensable introducir alguna de las modificaciones referidas será suficiente contar con la aceptación escrita del o los trabajadores involucrados.

Por otro lado la variación del horario de trabajo, si es colectiva y mayor a una hora, podrá ser objeto de impugnación ante la autoridad administrativa si es que la mayoría de trabajadores afectados está en desacuerdo con tal cambio,

dentro del plazo de 5 días siguientes de la adopción de la medida. Así lo indican los artículos 6 y 12.a del TUO y del reglamento respectivamente.

Por su parte, cuando se dé la modificación individual del horario de trabajo, por más de una hora, el trabajador podrá impugnar dicha medida ante el Poder Judicial, de acuerdo al procedimiento de cese de hostilidad (artículo 12.b del reglamento).

Como podrá apreciarse, en realidad el único procedimiento previo a la modificación sustancial del tiempo de trabajo está dado en función del cambio de jornada mas no con relación a la variación del horario, toda vez que la modificación de aquella se dará luego de la consulta al sindicato, representantes o trabajadores afectados, mientras que en relación con el cambio del horario, la norma no prevé un procedimiento anterior frente a los afectados aunque sí permite que la alteración sea cuestionada ante la autoridad administrativa⁸².

De las previsiones reseñadas se nos presenta la siguiente interrogante ¿Cuál podría ser la reacción que los trabajadores afectados podrían adoptar de no seguirse el procedimiento para modificar la jornada de trabajo?, ¿cabría válidamente la resistencia al cambio?

⁸² Al respecto la Dirección General de Trabajo (dependencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) ha precisado, a manera de precedente vinculante mediante las Resoluciones Directorales Generales N° 03-2012/MTPE/2/14 y N° 04-2012/MTPE/2/14, que luego de comunicar a los trabajadores la modificación del horario de trabajo, el empleador tiene la carga de propiciar una negociación seria y de buena fe sobre el contenido de su propuesta con su contraparte laboral. Ello incluye el deber de la parte empleadora de motivar el cambio del horario en forma suficiente y sobre la base de argumentos objetivos y razonables; esta obligación de motivación no puede considerarse cumplida si el empleador justifica la medida usando referencias genéricas o ambiguas.

Sin embargo ha reconocido que si en la negociación las partes no llegasen a un acuerdo, la medida modificatoria podrá ser aplicada por el empleador y los trabajadores tienen la obligación de acatarla, sin perjuicio de su posterior impugnación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Por otro lado ha señalado que si los trabajadores impugnasen la medida modificatoria, se aplicará el control ex-post de la misma por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, con la finalidad de verificar la legalidad del procedimiento seguido por el empleador para la modificación y, si fuese el caso, invalidar las medidas radicalmente arbitrarias.

Creemos que la inobservancia del modo establecido por la ley, podría habilitar un desacato válido en la medida que se comporta como un mecanismo mediante el cual los trabajadores puedan sugerir una medida alterna o consensuar una solución frente a una alteración radical y unilateral de uno de los elementos esenciales de la prestación de trabajo: la jornada. Tal procedimiento es una forma de apuntar a una participación conjunta de las partes laborales en la determinación de los aspectos esenciales de la prestación de trabajo⁸³.

Ahora bien, ¿qué sucedería si estuviéramos frente a una alteración de la jornada de un solo trabajador para la cual no se ha establecido un procedimiento concreto? ¿Cabría la resistencia o estaríamos frente a un supuesto de *ius variandi* ordinario y por lo tanto exigible al trabajador?

Las interrogantes no son menores si tomamos en cuenta que la modificación individual del horario de trabajo, por más de una hora, puede ser impugnada como si se tratara, de un acto de hostilidad, sin que se haya previsto algo similar para al cambio individual de la jornada.

Si tuviéramos que seguir la lógica mencionada *supra* respecto de los actos de hostilidad como supuestos meritorios del *ius resistentiae* no nos queda más opción que colegir que esta última modificación del horario de trabajo calificaría como una causal de resistencia; sin embargo aún resta saldar la duda de si podría predicarse lo mismo respecto a la alteración individual de la jornada.

Todo indicaría que la omisión en la regulación de un procedimiento específico para el cambio de la jornada de un solo trabajador ha sido voluntaria y que, por defecto, esta variación calzaría como facultad ordinaria del empleador y por ende no cabría incumplirla. Es como si tácitamente el legislador haya optado por catalogar a la alteración colectiva de la jornada de trabajo como una

⁸³ Apoya esta postura el hecho de que la Dirección General de Trabajo, mediante Informe N° 031-2011-MTPE/2/14, considere que cualquier cambio de la jornada de trabajo que pretenda adoptarse sin observar dichos requisitos previstos en la ley implicará la nulidad de la medida.

variación sustancial mientras que la individual la hubiera dejado en el ámbito del *ius variandi* ordinario

Se aplicaría la misma lógica para los casos en los que la variación del horario de trabajo individual o colectiva, menor a una hora, se implemente toda vez que inclusive la misma norma faculta al empleador a modificar el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas, es decir, si el horario no es trastocado en más de una hora, no procede la impugnación respectiva en la medida que es una práctica que no escapa a las fronteras internas del poder de dirección.

Anexo a estos temas tendríamos que tratar también la práctica del *ius resistentiae* frente a las órdenes relativas a prestar labores en sobretiempo. Para ello debemos tener en cuenta que el artículo 9 del TUO del Decreto Supremo N° 007-2002-TR señala que el trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación, que nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva y que la imposición del trabajo en sobretiempo será considerada infracción administrativa de tercer grado.

Sobre el particular, la respuesta a la cuestión planteada saltaría a la vista: el trabajo en sobretiempo es voluntario y en caso de obligarse su prestación resulta válida la desobediencia con la salvedad señalada por el mismo dispositivo, la cual califica como un supuesto de *ius variandi* excepcional como hemos señalado líneas arriba. Reafirma nuestra posición el hecho de que tal imposición se considere como una infracción administrativa, de acuerdo al Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

Hasta aquí hemos tratado de dirigir nuestro estudio hacia una formulación del derecho de resistencia frente a ciertas situaciones derivadas de órdenes que superan los límites internos del poder de dirección. De esta manera, para completar esta sección de nuestro trabajo, las líneas siguientes apuntarán a

ubicar los supuestos que escapan a los llamados límites externos del poder de dirección.

2.2. Contra órdenes que superan los límites externos: razonabilidad, dignidad y derechos fundamentales

Queremos empezar este apartado con una suerte de advertencia: Quizás respecto a esta parte de nuestro trabajo, haya más consensos sobre la práctica del *ius resistentiae* en tanto, la equívoca, en nuestra consideración, apreciación de que la ley peruana recoge, además del *ius variandi* habitual, la posibilidad de alterar sustancialmente las condiciones de trabajo, evitaría mirar más allá de los supuestos que trataremos a continuación como situaciones en las que cabe la práctica de la llamada desobediencia justa.

Tal como lo hemos explicado en el primer capítulo de este estudio, el poder de dirección está enmarcado también por criterios de razonabilidad y por los derechos fundamentales que le corresponden al trabajador en tanto persona, los cuales se insertan en la relación laboral para explayar su vinculatoriedad también en este espacio privado. Naturalmente, estos derechos no son sino manifestaciones concretas de la dignidad del trabajador.

Habría que empezar el tratamiento mismo del *ius resistentiae* frente a la extralimitación de tales parámetros comentando que en el marco de una relación laboral el principio de razonabilidad juega un papel cardinal debido, en buena cuenta, al hecho de que aquella presenta una evidente disparidad de fuerzas contractuales en donde la puesta en práctica del poder de dirección por parte del empleador es susceptible de incurrir en arbitrariedades frente a la posición subordinada del trabajador.

Es por ello que consideramos acertado que el legislador laboral haya considerado que esta pauta basilar debe ser atendida por el empleador al momento de introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores.

Ahora, si bien los contornos teóricos del principio de razonabilidad son ciertamente difusos, su silueta se va delineando a partir de la aplicación, al caso concreto, del llamado test del mismo nombre el cual servirá, a efectos de nuestro trabajo, para identificar si una orden resulta arbitraria o no.

Aplicándolo al análisis respecto de si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad, el TC ha considerado que dicha evaluación se compone de tres sub-principios, cuya superación, determinará la validez de la medida revisada.

Tales parámetros de examen son los siguientes⁸⁴:

1. El subprincipio de idoneidad o de adecuación según el cual toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.
2. El subprincipio de necesidad, por el cual se evalúa si no existe ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.
3. El subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu* permite analizar si una injerencia en los derechos fundamentales es legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades

⁸⁴ Vid. Fundamento jurídico 65 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC

o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

Pues bien, con la finalidad de verificar si una orden de trabajo es razonable o no, consideramos que este examen metódico puede ser extrapolado. De esta manera, solo la instructiva que sea idónea, necesaria y proporcional no podrá ser objeto de desobediencia alguna.

De acuerdo a este test, entonces, la instructiva proporcionada al trabajador debe ser idónea de tal manera que la necesidad empresarial (acorde con un requerimiento objetivo, suficiente y coherente de la empresa) que la motiva, cumpla su finalidad. Asimismo, se requiere que dicha indicación empresarial sea la menos gravosa de entre la gama de alternativas que se pudieron haber señalado para cumplir el mismo objetivo. Finalmente se debe tener en cuenta que esta medida idónea y necesaria debe a su vez ser proporcional, es decir la afectación de los intereses del trabajador debe guardar el equilibrio y proporción suficiente con los beneficios que el empleador obtiene con la impartición de la orden en examen.

Para entender adecuadamente la aplicación de estas pautas a nuestro objeto de estudio acudiremos a un caso analizado por la jurisprudencia ordinaria constitucional. Se trata de una persona que fue despedida por incumplir sus obligaciones y por resistirse a acatar las órdenes emitidas respecto de la ejecución de un plan de marketing propuesto y puesto al conocimiento de la junta directiva institucional.

Cabe precisar que esta labor, no se hallaba dentro de las funciones descritas en el Manual de Organización de Funciones (MOF) así como otras tantas que el actor efectuaba. Se tiene además que la implementación de dicho plan requería del esfuerzo conjunto del mismo órgano de gerencia, ejecutivos de ventas, cobradores, auxiliares de servicios de la institución; por lo que, ante el reclamo respecto de la imposibilidad física de llevar a cabo la implementación del plan encargado y la sugerencia para que éste sea realizado con personal

de apoyo que debía ser contratado con la orientación y dirección de su persona, la empresa procedió con el despido.

Adicionalmente se indica que la empresa no acreditó haber realizado lo que le competía, es decir, en ningún momento involucró a los funcionarios correspondientes y trabajadores adecuados no convocó a estudiantes de alguna universidad, ni asignó el presupuesto necesario para llevar adelante el plan referido.

A partir de tales datos, la Sala especializada en lo Constitucional de Lambayeque, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 02168-2010-0-1701-JR-CI-02, concluyó que las labores de implementación encargadas a la demandante no eran de su competencia, por lo que no cabía el despido por desobediencia.

Además, dicho colegiado ha señalado que la demandante, al expresar la imposibilidad material de desarrollar una labor encomendada fuera de su competencia, la cual a su vez demandaba el esfuerzo de muchas personas, y exigía la participación del mismo órgano de gerencia y la plana de los trabajadores de la institución, no configura una resistencia a las órdenes relacionadas con las labores asignadas.

Pues bien, las órdenes impartidas a la demandante, relacionadas con la elaboración de un plan de marketing, podrían estar justificadas por una necesidad de mejorar la presencia de la empresa en el mercado en el que se desenvuelve, interés, por cierto, legítimo y natural de toda entidad empresarial, sin embargo consideramos que pecan por innecesarias y desproporcionales.

En efecto, la indicación de llevar a cabo dicho plan, sin proveerle los medios necesarios para su implementación, refleja una arbitraria y abusiva actitud empresarial. En este sentido se advierte que esta alternativa tendente a optimizar el espacio alcanzado de la empresa en el mercado o a corregirlo, no califica como la última opción o la menos gravosa para la actora, por el contrario, es la que más le perjudica en la medida que implica una instructiva

que desborda sus posibilidades materiales e intenciones toda vez que para su realización requería necesariamente de la colaboración de la empresa.

Naturalmente, si no se supera el parámetro de la necesidad no habría porqué analizar este supuesto bajo el prisma de la proporcionalidad. Pese a ello, en caso que se hubiera saldado aquel examen, podría colegirse que la orden impartida no es razonable ya que los perjuicios que hubiera irrogado su cumplimiento (estrés laboral y todo lo que ello provoca, asunción de funciones que no le competían y los conflictos internos que ello ocasionaría, etc.) no encuentran proporción con los beneficios que la empresa hubiere obtenido, es decir, el mejor posicionamiento o mejoramiento en el mercado se hubiera conseguido a costa de inmerecidos daños como los mencionados.

Existen, por su parte, algunas órdenes de trabajo que a primera vista son arbitrarias y ni siquiera superan un examen de idoneidad. Nos referimos particularmente a aquellas órdenes que implicarían que el trabajador, a quien se le dirige, cometa un ilícito penal o civil.

En relación con este supuesto se explica que el trabajador no solo está facultado a oponer su *ius resistentiae* –pues, de lo contrario, sería cómplice de un delito– sino también está obligado a denunciar la actividad ilícita del empleador⁸⁵.

Este supuesto se verifica por ejemplo cuando se le ordena al abogado de la empresa que soborne al inspector de trabajo con la finalidad de que no imponga una multa por las infracciones advertidas durante su visita. De darse cumplimiento a esta orden, se estaría cometiendo el delito de corrupción activa de funcionario, tipificado en el artículo 399 del Código Penal.

Tal como lo ha establecido el TC, según hemos señalado *supra*, el principio de razonabilidad, además de ser una de las líneas divisorias externas del poder de

⁸⁵ PACHECO ZERGA, Luz. “Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional”. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Academia de la Magistratura-SPDTSS. Lima, 2004, p. 78.

dirección, sirve como pauta de observancia en el análisis de una injerencia en un derecho fundamental a efectos de determinar si esta intervención resulta válida. En tal orden de ideas, se justifica encontrar en las siguientes líneas referencias a dicho test.

El otro límite externo del poder de dirección, referido en la primera parte de este trabajo, está constituido por el respeto de los derechos fundamentales, cuya vigencia, como no podía ser de otro modo, se extiende también al contexto de una relación laboral.

Al respecto resulta preciso rescatar lo expresado por el TC peruano al recoger la posición de la doctrina nacional:

"(...) la afirmación de tales derechos en el ámbito laboral supone el " superar la noción tradicional según la cual el contrato de trabajo acotaba a favor del empleador una < zona franca y segregada de la sociedad civil > en la que los derechos civiles y libertades del trabajador quedaban en la < puerta de la fábrica > careciendo, por consiguiente, de relevancia en la vida de la relación de trabajo (...)".⁸⁶

En otra oportunidad el mismo órgano ha referido que:

"(...) Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna

⁸⁶ Vid. Fundamento jurídico 20 de la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC.

relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23º, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral (...)"⁸⁷

En la misma línea se decanta su par español cuando indica lo siguiente:

"El que se reconozca al trabajador frente al empresario el derecho a no ser discriminado en el empleo, a la consideración debida a su dignidad y al respeto de su intimidad y a sus demás derechos fundamentales significa interiorizar esos derechos en la relación contractual, imponer el empresario límites y obligaciones <<contractuales>> y un deber de salvaguarda de esos derechos que va más allá del respeto a los intereses económicos del trabajador y que alcanza el de sus intereses y valores como persona y como ciudadano. Los derechos fundamentales como límite al ejercicio de los poderes empresariales llegan a operar al igual que la buena fe, como cláusula general, incluso si el empresario no está sujeto por las normas a causas o procedimientos en su actuación, <<opera, si cabe, con más intensidad en tales casos>>."⁸⁸

El basamento normativo, para completar la referencia a los derechos inespecíficos del trabajador, lo encontramos en cinco artículos constitucionales. El primero de ellos se refiere a la consagración de la dignidad de la persona humana como fin supremo de toda la sociedad y del Estado, máxima jurídica recogida en el artículo 1 de nuestra Carta Magna.

El segundo (artículo 2) contiene gran parte de los derechos fundamentales reconocidos a la persona, entre ellos, el derecho a la vida, a la intimidad, al

⁸⁷ Vid. Fundamento jurídico 6 del fallo que resuelve el Expediente N° 1124-2001 AA/TC.

⁸⁸ Este extracto jurisprudencial corresponde a la sentencia del TC español N° 90/1997 citada por RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. "Buena Fe y ejercicio de poderes empresariales". En: *Relaciones Laborales*. N° 2. La Ley, Madrid, 2003, p. 10.

honor, a la libertad de conciencia y de religión, de igualdad ante la ley y no discriminación, etc.

El tercero (artículo 3) consagra la postura de los llamados derechos implícitos que igualmente son vigentes en cualquier relación laboral. El cuarto tiene que ver con el carácter vinculante de la Constitución pues ésta refiere, en su artículo 38, que la sociedad en general tiene el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación. Ciertamente, entonces, se reconoce que el carácter vinculante *erga omnes* de la Carta Política peruana implica que la fuerza normativa de ésta no solo se debe predicar en el marco de las relaciones derivadas entre los ciudadanos y el Estado, sino también se extiende a las que se desarrollan entre los particulares. Consecuentemente, cualquier actuación de una persona natural o jurídica de Derecho Privado que pretenda desconocer la eficacia de los derechos fundamentales, como parte medular del texto fundamental, desemboca, inexorablemente, en inconstitucional^{89 90}.

Por último, tenemos al artículo 23 de la Constitución, el cual apunta a reconocer de manera muy concreta, directa y categórica que en toda relación laboral se debe respetar el carácter vinculante de los derechos constitucionales del trabajador y de la dignidad de este en los siguientes términos: “(...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)”.

En este sentido, los derechos inespecíficos encuentran plena vigencia también en el entorno laboral de una persona y, por lo tanto, no podrían ser desconocidos por el empleador. No obstante, no siempre resulta sencillo

⁸⁹ Así lo ha entendido el mismo TC en el fundamento jurídico 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001 AA/TC.

⁹⁰ Justamente, uno de los ámbitos en los que interactúan intereses jurídicos particulares se configura en el campo laboral, en donde, evidentemente, no se puede dilucidar una completa concretización de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación en función de la subordinación característica en las relaciones laborales, peculiaridad que hace, aún más imperioso, acudir a la lógica que concluye en predicar la vinculatoriedad de las premisas fundamentales en todas las relaciones jurídicas, tanto públicas o privadas. Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales.... ob. cit.*, pp. 80 y ss.

determinar cuándo el ejercicio del poder de dirección resulta lesivo de los derechos fundamentales del trabajador, es más en ciertas situaciones tal tarea se caracteriza por ser bastante complicada.

En efecto, no es nada fácil resolver los problemas que plantea la incidencia o incursión de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, en tanto estos pueden tornarse susceptibles de limitaciones en su ejercicio, ante la puesta en práctica de la facultad que tiene el empleador de organizar y dirigir su empresa, potestad que tiene su generatriz en un derecho que, al igual que los derechos inespecíficos del trabajador, está reconocido en nuestra Constitución, concretamente en su artículo 59.

En esta línea puede seguirse la idea deslizada por Sanguinetti Raymond quien explica que en el marco jurídico laboral se puede aceptar la posibilidad de que los derechos fundamentales del trabajador puedan verse al menos matizados en atención al adecuado cumplimiento de las obligaciones voluntariamente contraídas por él. Naturalmente, aquí el problema radica, más que en la aceptación de la existencia de límites, en determinar cuáles pueden ser estos y hasta dónde son capaces de afectar al goce de los derechos garantizados por la Constitución⁹¹.

Las interrogantes presentadas por tal autor no son vanas en tanto resulta de vital importancia, para el tema que es objeto de este trabajo, determinar hasta qué punto una orden de trabajo que podría poner en riesgo la eficacia de un derecho fundamental puede dejar de ser acatada válidamente. Es por ello que líneas arriba se ha comentado que el test de razonabilidad servirá también para determinar si una instructiva en particular resulta idónea, necesaria y proporcional y por ende respetuosa del derecho constitucional puesto en cuestión.

⁹¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español". En: *Revista Foro Jurídico*. N° 4, Lima, 2002, p. 226.

Sin perjuicio de lo anterior, Cortés Carcelén señala que en el caso peruano existen algunos derechos inespecíficos que podrían colisionar con el poder de dirección del empleador con más frecuencia que otros⁹² tales como el derecho a la igualdad y no discriminación, libertad religiosa y de conciencia, el derecho al honor, intimidad personal y a la imagen, la libertad de expresión, el derecho a reunión y el derecho al debido proceso.

Algunos de los derechos mencionados han sido objeto de ciertos pronunciamientos jurisprudenciales, aunque no precisamente las pretensiones se han dirigido a examinar directamente la validez de una orden empresarial que haya puesto en riesgo un derecho fundamental en particular, sin embargo a partir del análisis realizado se puede colegir algunos supuestos en los que cabría un válido derecho de resistencia. Veamos.

El TC tuvo la oportunidad de tratar⁹³ un supuesto de “movilidad funcional” de un Embajador de la República que se desempeñaba como tal en la República de Indonesia (sin necesidad de jubilación, por cuanto le quedaban todavía cinco años para cumplir el tope de ley vigente y cumpliendo a cabalidad su función), a quien, mediante una resolución ministerial, se le ordenaba retornar al Perú sin su consentimiento para ocupar un cargo de Asesor, que no le correspondía, desempeñando labores domésticas.

Al respecto el colegiado constitucional refiere que dicha resolución resulta incompatible con la Constitución, por cuanto viola la dignidad humana del servidor activo quien, como Embajador en el Extranjero, es devuelto al Perú sin motivación alguna, por el hecho de cumplir los 65 años de edad, otorgándole un sueldo mensual sin prestación de servicios, sin oficina, sin máquina

⁹² Vid. CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional”. En: *Estudios sobre la jurisprudencia...ob. cit.*, pp. 67-68.

Obviamente, como precisa este autor, este listado solamente menciona aquellos derechos inespecíficos que resaltan frente a los demás derechos que se encuentran en esta categoría, lo cual no impide que otro derecho fundamental se encuentre en juego frente al poder de dirección del empleador.

⁹³ Lo hizo mediante resolución recaída en el Expediente N° 9707-2005-PA/TC.

computadora, mobiliario de atención permanente, manual de asignación de funciones, etc. De esta manera, indica el TC, se verifican factores incompatibles con su preparación académica y antecedentes profesionales, que le permitan desarrollar eficazmente una labor.

Añade el TC que estas medidas exteriorizan una descalificación, atentatoria de su dignidad en su condición, no sólo de persona humana, sino de diplomático en aptitud, con una hoja de servicio que pone de manifiesto su eficiencia en una sucesión de cargos desempeñados con excelencia en el exterior.

Evidentemente, en este caso se advierte la impartición de órdenes que soslayan el principio de igualdad y no discriminación por causa de la edad y de la ocupación efectiva⁹⁴ y por ende la dignidad de todo trabajador toda vez que la no facilitación de los medios necesarios para que cumpla sus funciones, atenta contra la dignidad del trabajador de tal manera que perjudica su formación profesional, su bienestar o tranquilidad psicológica, etc. lo cual redundaría en una afectación de su dignidad. De esta manera, instrucciones de este tipo podrían ser legítimamente desobedecidas.

Por su parte, el TC, mediante el fallo recaído en el Expediente N° 0895-2001-AA/TC, resolvió una demanda por la cual el recurrente solicitaba que su empleadora no le obligue a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión.

El recurrente afirmaba que prestaba servicios a la emplazada como médico desde el 4 de febrero de 1988, y que, durante los últimos cinco años, la demandada estableció los horarios de trabajo mediante la estructuración de un rol mensual que incluía los días y las horas de labor que corresponden a cada

⁹⁴ El derecho a la ocupación efectiva no está regulado expresamente en el régimen laboral general, sino en el régimen especial que regula la relación laboral de los futbolistas profesionales con los clubes deportivos. No obstante, somos de la opinión de que este derecho se vincula directamente con el derecho a la dignidad de todo trabajador por lo que su exigencia no solo debe restringirse en al ámbito laboral del futbolista profesional pese a su no adopción expresa en el régimen laboral común.

profesional de la salud. Sostuvo que desde el comienzo no se le incluyó en los días sábados, puesto que sus jefes inmediatos y la alta dirección del hospital conocían que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día⁹⁵, uno de cuyos preceptos conlleva la observancia del día sábado como día dedicado al culto, pues es el "Día del Señor o Día de Reposo Cristiano". No obstante esto, a partir de la expedición del rol de trabajo correspondiente a febrero de 2001, se le programó labores para los días sábados, con lo cual se le estaría obligando a incumplir sus preceptos doctrinarios o a generar una serie de inasistencias injustificadas que podrían generar su despido.

Pese a que existieron dos votos en discordia, los correspondientes a los magistrados Rey Terry y Revoredo Marsano, que consideraban que se debía declarar infundada la demanda, el Pleno del colegiado constitucional concluyó que dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional resulta plenamente aplicable a esta causa. De esta manera, ordena a la demandada no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente.

Cabe precisar también que el colegiado considera que si en un principio la empleada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente (ver nota al pie n° 95), no existían razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión.

⁹⁵ En autos se dejó constancia de que el centro de salud empleador del demandante conocía de tal situación razón por la que el TC señala que se puede presumir con razonable objetividad que éste fue el motivo por el que no se le programó en las jornadas laborales de los días sábados durante los años 1999 y 2000.

De lo resuelto por el TC en este caso, se puede concluir que la objeción de conciencia, como variante del derecho de resistencia, califica como argumento suficiente para justificar un desacato, más aún si no se comprueba que la afectación del derecho en cuestión es razonable y que previamente se ha tenido en cuenta la particular situación del trabajador al momento de impartir instructivas que podrían menguar la eficacia de su libertad de conciencia y de religión.

Un pronunciamiento jurisprudencial, aunque no del TC, que se acerca también al asunto que tratamos, es el emitido por la Primera Sala Laboral de Lima a propósito del Expediente N° 2425-91-CD. En este fallo, se explica que la negativa del trabajador a prestar servicios en determinado lugar no constituye causal que justifique el despido cuando dicha negativa esté motivada por el peligro que implicaría para la integridad física del trabajador el trasladarse al lugar requerido.

En efecto, el elemento fáctico que subyace a este caso gira en torno a la orden impartida al actor con la finalidad de que retorne a trabajar a La Oroya durante los años noventa, momento en el cual las acciones subversivas de Sendero Luminoso, en la zona referida, eran frecuentes. Además, se verifica que sus anteriores funciones de Superintendente de Seguridad del Ferrocarril del Centro abonan su derecho de resistencia al retorno a esta zona toda vez que mientras ocupó tal cargo, tuvo una actuación destacada en la captura de presuntos subversivos y recuperación del material explosivo, situación que ciertamente permite deducir que su integridad física peligraba ante su participación directa y efectiva en el sometimiento de los actos terroristas; de allí su reiterada solicitud de ser reubicado en cualesquiera de los departamentos del territorio nacional, que contara con estaciones ferroviarias, por razón netamente de seguridad para él y su familia.

Vistas estas sentencias nacionales, queremos traer a colación un fallo del TC español expedido en torno a la negativa de una orden que afecta el derecho a la imagen. Nos referimos a la STC 99/1994. En este caso se tiene que, a raíz de la muestra de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación y

autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota, fabricado por la empresa en la que prestaba sus servicios el demandante, éste fue reiteradamente requerido por su empleador para que realizara el corte de jamón frente a dichos medios dada su destreza en dicha labor. Finalmente el recurrente se negó a cumplir tales instrucciones, alegando que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle.

Para resolver dicha demanda el TC español examina si el propio objeto del contrato, requería, o podía entenderse que pretendía conforme a las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar. Todo ello porque es claro que existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de la dignidad de la persona o de la intimidad de ésta.

De esta manera se pasa a analizar si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, se puede considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal forma que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador -expresada al celebrar el contrato- la que legitimaba ciertas obligaciones que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer.

Concluye el colegiado español que no es éste el caso dado que no consta que el trabajador, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles -o al menos habituales- de las funciones que debía desarrollar. Con este condicionante básico, el vínculo contractual

originario no puede estimarse, por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada.

Muy relacionado con la aplicación del test de razonabilidad se agrega que la posición de la empresa no podría legitimarse por la sola orden dada al trabajador; era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador -y no otro, o de otra manera- cumpliera la orden dada, en los términos en que se le dio, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta.

Apreciadas algunas situaciones en las que el *ius resistendi* puede desplegar sus efectos como reacción ante una orden de trabajo cuyo cumplimiento podría vaciar el contenido de un derecho inespecífico, tendríamos que referirnos también a la aplicación de esta garantía frente a instructivas que ponen en vilo la vigencia de derechos fundamentales específicamente laborales.

Al respecto, Palomeque López y Álvarez de la Rosa, han señalado que estos derechos tienen su origen específico o razón de ser en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas⁹⁶.

Para efectos de nuestro estudio nos importa apuntar hacia la resistencia oponible a órdenes que afectarían derechos colectivos y en particular las que implicarían una violación de la libertad sindical.

De alguna manera, el TC se ha pronunciado sobre la posibilidad de desobedecer una orden que contraviene este derecho fundamental. Nos referimos a la sentencia recaída en el Expediente N° 01139-2007-PA/TC.

⁹⁶ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA. *Derecho del Trabajo*. Novena edición. Centro de Estudios Ramón Aceres. Madrid, 2001, p. 147.

Sobre el particular, se precisa que pese a tal afirmación algunos derechos fundamentales laborales son de aplicación a otros sectores distintos de los trabajadores subordinados, como es el caso de la libertad sindical que es ejercida por trabajadores autónomos, no sujetos a una relación de subordinación, aunque este caso excepcional se debe a la denominada fuerza expansiva del derecho del trabajo. *Cfr.* CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p. 59.

Veamos. En el presente caso, el recurrente, como Secretario General de la Federación Nacional de Trabajadores Aduaneros y Tributarios del Perú (FENTAT), recibe una invitación, por parte de la Asamblea Nacional de la Asociación de Funcionarios de Aduanas Chile (ANFACH), para participar los días 21 y 22 de marzo de 2006 en dicha Asamblea y tratar asuntos gremiales y sindicales, razón por la cual solicita a su empleador que le otorgue una licencia sin goce de haber.

Sin embargo dicho permiso fue rechazado por el Intendente de la Aduana de Tacna. Pese a tal negativa el trabajador demandante se ausentó para asistir a dicho evento, por lo que la emplazada inició el procedimiento de despido por no haberse presentado a laborar por más de tres días consecutivos, entre otras infracciones. Posteriormente, la emplazada despide al demandante por no haber desvirtuado las imputaciones.

Apreciados estos datos, el TC sentencia que el Intendente de la Aduana de Tacna, al haber rechazado la solicitud de licencia sin goce de haber, obstruyó el libre funcionamiento de la sindicalización, toda vez que el recurrente solicitó la licencia, y ésta le fue rechazada sin tener en cuenta que aquel ejercía la representación legal de la FENTAT. De esta manera se configuraría un acto totalmente irrazonable y no justificado al impedir el libre ejercicio de la representación sindical.

Como se podrá apreciar entonces estamos frente a una convalidación de un desacato de una orden empresarial. En efecto, la entidad demandada no validó el pedido de licencia sin goce de haber del recurrente, es decir tácitamente le indicó que no podía asistir a dicho evento sindical sin justificación razonable alguna, ante lo cual, el trabajador desobedeció lícitamente dicha instructiva dado que de no asistir a ella el ejercicio de su libertad sindical se hubiera truncado.

Por otro lado, tenemos un caso particular y de especial interés cuando a través de la promoción, se pretende lesionar la libertad sindical. Recordemos que el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto

Supremo N° 010-2003-TR (LRCT) no extiende los derechos sindicales a los trabajadores de dirección y confianza⁹⁷, por lo que bastaría que el empleador promueva a un dirigente sindical a cualquiera de estas categorías para que se atente contra la libertad sindical.

En estos casos, estimamos que, en función a lo expuesto en las normas internacionales de la OIT sobre protección a la libertad sindical y el artículo 28.1 de la Constitución se podría concluir que los trabajadores en cuestión tienen el derecho a oponerse a una promoción cuando ésta entraña una lesión a la libertad sindical⁹⁸.

Finalmente, queremos referirnos a un caso reciente resuelto por la Sala Especializada de Derecho Constitucional de Lambayeque, mediante sentencia recaída en el Expediente 00524-2011-0-1701-JR-CI-02, a partir del cual podemos verificar la convalidación judicial de un incumplimiento de un requerimiento empresarial que apuntaba a resguardar el derecho al trabajo.

En el caso apreciado por dicho órgano, la demandante, vencido su contrato de suplencia, continuó laborando, sin contrato por escrito. Ante esto, el empleador manifestó que la demandante se negó reiteradamente a suscribir el contrato de prórroga, a pesar de los constantes requerimientos realizados, por lo que la no firma del referido contrato modal no implica su desnaturalización sino la manifestación de una conducta de mala fe con el evidente propósito de hacerse de la plaza por malas artes.

Pese a estas alegaciones, la Sala verificó que la oposición del empleador, de que la demandante siga laborando, ha sido tardía y no inmediata al término de su contrato, dado que el requerimiento referido se dio casi un mes después de haber concluido el mismo.

⁹⁷ A menos que el estatuto sindical permita la afiliación de los trabajadores de confianza según lo prevé el artículo 12 de la LRCT, posición confirmada por el Informe N° 07-2012-MTPE/2/14, emitido por la Dirección General de Trabajo

⁹⁸ TOYAMA MIYAGUSKU, Jorge. *Ob. cit.*, p. 234.

De esta manera, la Sala concluyó que si un empleador desea suscribir una prórroga del contrato con su trabajador, esta renovación debe realizarse previa o inmediatamente al vencimiento del contrato, dado que posteriormente al cumplimiento del plazo, el contrato se volverá indefinido. En tales circunstancias, la negativa del trabajador a la renovación, no podría ser sancionada con el despido.

A partir de este caso particular se puede deducir que la negativa a suscribir un contrato desnaturalizado, no podría ser objeto de una sanción empresarial dado que este desacato procura que la adquisición de una estabilidad laboral⁹⁹ más sólida, no se vea soslayada con la suscripción de un contrato fraudulento que pretende encubrir una relación laboral que ya se volvió permanente o indefinida. Ergo, esta negativa califica como un supuesto válido de resistencia del trabajador.

2. El derecho de resistencia en el Derecho de Trabajo peruano

Pese a que resulta evidente que no existe una regulación específica, directa y concreta del derecho de resistencia en nuestro ordenamiento jurídico, cabe preguntarse si al menos este tratamiento es implícito. Es por ello que en los siguientes acápite procuraremos responder dos preguntas en particular. Si la consagración del derecho de resistencia se puede deducir de las normas que componen el ordenamiento laboral y si, de ser positiva esta respuesta, resulta necesario que tal previsión del *ius resistendi* sea tratada como una figura jurídica reconocida expresa e independientemente en un marco normativo que delimite su ámbito actuación.

2.1. ¿Regulación implícita?

⁹⁹ Es tal la importancia de la estabilidad laboral, como componente medular del derecho al trabajo, recogido como derecho del más alto rango normativo en el artículo 22 de la Constitución, que se ha indicado, con acierto y rotundidad, que se configura como el presupuesto indispensable para que el trabajador pueda ejercitar sus derechos individuales y colectivos. *Vid.* VILLAVICENCIO, Alfredo. "PROEM". En: *Coyuntura Laboral*. N° 9. Desco. Lima, 1996, p. 9.

Como comentábamos, el derecho de resistencia no está regulado explícitamente en ninguna norma laboral. Sin embargo consideramos que existen básicamente cinco (5) dispositivos legales que nos permiten considerar que el derecho de resistencia tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico laboral aunque de manera implícita.

En primer lugar, tenemos al artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR el cual establece que el empleador tiene las facultades para dictar las órdenes necesarias para la ejecución de estas dentro del marco de la razonabilidad. Por su parte, tenemos el artículo 25 de la misma norma, el cual dispone que la resistencia reiterada a tales instructivas, permitiría a aquel proceder con el despido del trabajador infractor, tal como lo indica el inciso a) del mismo dispositivo.

Si leemos en contrario estos preceptos, sobre todo el inciso a) del artículo 25, podría concluirse que la sanción del despido se daría solo en función de incumplimiento –reiterado por cierto– de órdenes lícitas. Por lo que, el desacato de una medida que califica de modificación sustancial, que escapa a las fronteras del propio contrato, no puede considerarse una falta grave, dado que a lo único que se ha obligado el trabajador es al cumplimiento de su contrato.

Recordemos que tal artículo refleja una disposición sancionatoria, por lo que su interpretación debe realizarse de manera restrictiva, y por ende no podría corregirse con el despido la resistencia reiterada a órdenes que no tienen nada que ver con las labores para las que se le ha contratado al trabajador en cuestión¹⁰⁰.

Por otro lado tenemos, en relación con el artículo 9 de la LPCL, que el poder de dirección permite a su titular emitir las instructivas adecuadas que permitan establecer el marco de trabajo y conducta laboral de sus empleados. En sentido contrario, podría colegirse que el empresario no está facultado a emitir una orden laboral que escapa a tales criterios. Asimismo recordemos que el

¹⁰⁰ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo.....ob. cit.*, p. 491.

mismo dispositivo contiene el límite de la razonabilidad, parámetro que debe guiar la impartición de las instrucciones empresariales, es decir, si no se dan en función de esta pauta, las órdenes serían anómalas y susceptibles de ser desobedecidas legítimamente.

Asimismo tenemos que, hace algunos meses atrás, entró en vigencia la Ley N° 29635, norma que regula la libertad religiosa en nuestro país. Entre sus novedades trajo consigo el tratamiento de la llamada objeción de conciencia. Este derecho es definido en el artículo 4 de la misma como la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece.

Traemos a colación esta reciente regulación, dado que consideramos que la objeción de conciencia es una manifestación particular, relacionada con un derecho fundamental, del derecho de resistencia. La objeción podría plantearse, por ejemplo, frente a una variación de la ideología del empleador. Naturalmente, se debe apreciar una confrontación ideológica entre la organización y el trabajador de tal magnitud que haga inviable el desarrollo usual o hasta la continuidad de la relación laboral. No se trata de una simple u ocasional confrontación ideológica, el análisis debe ser casuístico y según las circunstancias que se presenten pues, finalmente, se trata de un conflicto de derechos fundamentales¹⁰¹.

Otra de las recientes normas laborales que trata cercanamente el tema del derecho de resistencia es la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, la cual en su artículo 63 estipula que el empleador establece las medidas y da instrucciones necesarias para que, en caso de un peligro inminente que constituya un riesgo importante o intolerable para la seguridad y

¹⁰¹ Vid. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Igualdad religiosa laboral, empleadores de tendencia y objeción de conciencia". En: *Soluciones Laborales*. N° 37. Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011, p. 66.

salud de los trabajadores, estos puedan interrumpir sus actividades, e incluso, si fuera necesario, abandonar de inmediato el domicilio o lugar físico donde se desarrollan las labores.

Hasta aquí podría argumentarse que en realidad no estamos frente a una consagración de un derecho de resistencia dado que se regula solo una previsión de una obligación empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo este dispositivo se completa con la siguiente precisión: “No se pueden reanudar las labores mientras el riesgo no se haya reducido o controlado”.

Si este precepto no puede catalogarse como la consagración legal de una manifestación del derecho de resistencia, no podría ponerse en duda que se acerca mucho a esta garantía en función de salvaguardar la integridad y salud de los trabajadores, pues no resulta difícil concluir que si el empleador ordenara a los trabajadores en cuestión que reanuden las labores, pese a que no se haya reducido o controlado el peligro, éstos podrían resistirse a este mandato.

Otra previsión normativa que contiene de alguna manera una manifestación del *ius resistendi* es aquella contenida en el artículo 30 de la LRCT, precepto que indica que el fuero sindical garantiza a determinados trabajadores¹⁰² no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación. Seguidamente acota que no es exigible el requisito de aceptación del trabajador cuando su traslado no le impida desempeñar el cargo de dirigente sindical.

Consideramos que, a partir de la precisión dada por el segundo párrafo de dicho artículo, se puede concluir que si la movilidad complica las funciones sindicales, necesariamente ésta debe basarse en una causa justificada. No tiene otra finalidad que el legislador requiera, en sentido contrario, el

¹⁰² Los trabajadores amparados por el fuero sindical están previstos en el artículo 31 de la misma norma.

consentimiento del trabajador afectado, en estas circunstancias. Ello permitiría inferir que si la movilidad perjudica la función sindical y si el trabajador no está de acuerdo con aquella, el empresario no podría disponer tal modificación pese a que exista una causa justificada.

Sin perjuicio de lo anotado, debemos reiterar que existe más de un fundamento normativo del más alto rango normativo que sustenta la resistencia de un trabajador, cuando considere que la vigencia de alguno de sus derechos fundamentales se pone en riesgo de acatarse una orden impartida. Nos referimos al artículo 23 de la Carta Fundamental y con este todo el entramado normativo constitucional que reconoce derechos específicos e inespecíficos al trabajador.

Como se habrá podido apreciar entonces, no existe una regulación específica, particular y expresa respecto al derecho de resistencia. A lo sumo existen ciertos preceptos legales, aislados y relativos a diversas materias, y constitucionales que permitirían deducir un tratamiento, entre más o menos próximo y cercano, del particular. Su vigencia, no obstante, no podría negarse ya que, como hemos reseñado también, su presencia se desprende de varios dispositivos no solo de carácter legal, sino también de corte constitucional.

De ello, aunque con cierta proximidad, han dado cuenta algunas sentencias, inclusive del Tribunal Constitucional, como hemos visto *supra*. No son muchas, pero sirven para advertir que hay una suerte de reconocimiento relativamente importante de este derecho.

2.2. ¿Necesidad de una regulación específica y detallada?

Pese a que en nuestro ordenamiento normativo no hay un tratamiento específico en torno al *ius resistentiae*, su vigencia o presencia en el Derecho Laboral peruano no podría negarse, como lo han puesto de manifiesto la interpretación de ciertos dispositivos legales y constitucionales.

Sin embargo surge la duda respecto a si este tratamiento es suficiente o si haría falta que un tema de tal envergadura, tenga que ser regulado de manera particular. En efecto, por ejemplo, el derecho de resistencia se vincula íntimamente con la eficacia de derechos, del más alto valor jurídico, en el seno de las relaciones de trabajo con la finalidad de que un poder de dirección, irregularmente ejercido, vea frenada su eficacia.

En este sentido tenemos también la latente inseguridad jurídica que afronta el trabajador en relación con el particular y lo complicado que le resulta el ejercicio de sus derechos. Recordemos que la ley le obliga a obedecer de forma expresa únicamente aquellas órdenes empresariales ejercidas en el regular ejercicio del poder de dirección del empleador; sin embargo, la realidad de las cosas conmina, prácticamente, al trabajador a cumplirlas todas. En efecto, son por lo menos tres los factores que hacen del ejercicio del “*ius resistentiae*” una decisión riesgosa¹⁰³:

1º) en primer lugar, la ausencia de un verdadero criterio delimitador de la regularidad de la orden empresarial;

2º) en segundo lugar, que en la práctica los tribunales sean más favorables a la aplicación del “*solve et repete*” que al “*ius resistentiae*”;

3º) en tercer lugar, el posible despido disciplinario con el que puede ser sancionado por desobedecer “erróneamente” una orden empresarial regular o una irregular que, a pesar de serlo, no lo es, a juicio del juez, de tal relevancia como para justificar su desobediencia.

Ahora bien, un argumento en contra de que se regule exhaustivamente las situaciones en las que resulta válido el derecho de resistencia radica en el hecho de que la gama de supuestos en los que se puede presentar esta posibilidad es innumerable y diversa, lo cual dificultaría la labor legislativa de

¹⁰³ Estos aspectos son reseñados por: FABREGAT MONFORT, Gemma, *Ob. cit.*, p. 32.

tipificar las situaciones que habilitarían el incumplimiento legítimo o en todo caso resultaría escasa o insuficiente.

Creemos que la interrogante no resulta fácil de resolver; no obstante, podríamos apuntar que es factible elaborar una suerte de regulación algo dúctil, que a partir de ciertos criterios generales, admita la posibilidad razonable de que otros supuestos no tratados de manera específica, puedan habilitar la práctica del *ius resistentiae*.

Por el contrario, consideramos que un tratamiento cerrado que limite solo a ciertas circunstancias el ejercicio de este derecho, podría provocar más de una vulneración de derechos fundamentales del trabajador por ejemplo.

Habría que incidir en el hecho de que la desobediencia requiere que los trabajadores justifiquen de manera razonable su alegación, y para ello deberán evitar actitudes que atenten contra la buena fe laboral. De la misma manera, los jueces deberán examinar exhaustiva y detalladamente los supuestos al respecto que les compete analizar.

No se trata entonces de hacer apología a una desobediencia basada en la mera arbitrariedad del trabajador. Por el contrario se quiere adoptar la razonabilidad como guía de una adecuada perspectiva del deber de obediencia del trabajador y, como consecuencia de ello, sustentar una mayor cobertura legal para aquellos incumplimientos que, en el plano social se consideran justificados¹⁰⁴.

En este punto de nuestro trabajo resulta acorde recordar una postura que cierto sector de la doctrina sostiene: amparar el obligado acatamiento de órdenes ilegítimas previamente a cualquier reclamo significa desnaturalizar el propio deber de obediencia, que sólo surge ante un mandato válidamente emitido, e

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 33.

implica la consagración de un evidente abuso bajo pretexto de una autoridad y disciplina mal interpretadas¹⁰⁵

De esta manera resulta lógico que un empleo abusivo de este derecho habilitaría al empleador a proceder con las medidas disciplinarias que correspondan en cada caso. Y es que si bien en una empresa el autoritarismo no puede tener espacio alguno, lo mismo sucede con el desgobierno, la anarquía y la pura contemplación de las inconductas de los trabajadores.

Los abusos y conductas no alineadas a la buena fe derivados de la parte empresarial y de su contraparte laboral deben ser proscritos y no tolerados. Para ello, una regulación adecuada y razonable del derecho de resistencia ayudaría mucho en tanto permitiría, por una parte, proveerle al empleador de los elementos a tener en cuenta cuando ponga en práctica su poder de dirección, y, por la otra, evitar que el trabajador vea alterado sus intereses contractuales y sus derechos fundamentales dando cumplimiento a una orden irregular.

¹⁰⁵ Vid. SACO BARRIOS, Raúl. *Ob. cit.*, p. 136.

CAPÍTULO III

FORMAS DE PROTECCIÓN PROCESAL DEL DERECHO DE RESISTENCIA

El estudio abordado hasta aquí sería incompleto si es que no nos referimos también a un tratamiento procesal que permita apreciar de qué manera se puede buscar una protección efectiva frente a actos que vulneren el derecho de resistencia. En efecto, un derecho de tal envergadura en el seno de las relaciones laborales amerita que la jurisdicción le provea las reparaciones necesarias de verificarse su inobservancia.

De este modo, trataremos de ubicar las vías jurisdiccionales que permitirían al trabajador afectado reconducir su pretensión sobre el particular. En este sentido procuraremos encontrar las alternativas que el nuevo proceso laboral ofrece para encauzar las reclamaciones derivadas de la vulneración del *ius resistentiae*. Por su parte, nos acercaremos al proceso constitucional a efectos de determinar si esta senda jurisdiccional nos ofrece alguna forma de salvaguardar este derecho. Finalmente nos detendremos brevemente a ver qué tipos de medidas cautelares permitirán que la protección procesal de este derecho adquiera efectividad y prontitud.

1. Mediante el nuevo proceso laboral

Para iniciar este apartado, debemos realizar la siguiente precisión: de acuerdo a lo descrito en el capítulo anterior, existen ciertas órdenes de trabajo que escapan a los límites internos y externos del poder de dirección y que, por lo tanto, son pasibles de un desacato válido. Ahora bien, tenemos que la vulneración del *ius resistentiae*, mediante el soslayo de estas situaciones como habilitantes de un incumplimiento regular, normalmente se reflejará en una sanción disciplinaria.

De este modo, en buena parte de los casos, el empleador que vea resistida su indicación, anómala por cierto, no reparará en dicho carácter, quizás porque pensará que no la es o porque simplemente, pese a ser consciente de que lo

es, “hará sentir su autoridad”. Desde esta perspectiva, el empresario estimará que se trata de un “incumplimiento” laboral y lo más probable es que decida corregir esta supuesta falta.

Las sanciones que podría imponer el empleador son variadas: desde una simple llamada de atención o amonestación, la suspensión perfecta de labores, y finalmente el despido.

Visto esto tenemos que la Nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT), Ley N° 29497, en sus artículos 1 y 2 determina la competencia de los juzgados de paz letrado y especializados de trabajo. En lo que nos concierne, tenemos que los juzgados de paz letrados laborales conocen en proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP) originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Por su parte los juzgados especializados de trabajo conocen, mediante proceso ordinario, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia, entre otras, las pretensiones relacionadas al nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.

Como se podrá apreciar, la impugnación de una sanción disciplinaria, cualquiera que sea, impuesta con la finalidad de neutralizar el ejercicio del derecho de resistencia, podrá encauzarse, en principio, ante un juzgado especializado de trabajo y vía proceso ordinario laboral, a menos que la pretensión vaya dirigida a solicitar una indemnización por despido arbitrario, que no exceda las 50 URP.

Estas nuevas reglas de competencia distan de las anteriores, delineadas por la derogada Ley N° 26636, en tanto según esta norma, eran los juzgados de paz letrado los que se encargaban de revisar la validez de una sanción disciplinaria distinta al despido¹⁰⁶. Por otro lado, los juzgados de trabajo se encargaban de analizar si el despido impugnado era válido o no¹⁰⁷.

Ahora bien, podría plantearse la inquietud respecto a la viabilidad del proceso abreviado laboral¹⁰⁸, en vez del proceso ordinario, dirigido por un juez especializado, para impugnar un despido violatorio del derecho de resistencia. A continuación veamos si esto es posible aunque previamente consideramos preciso explicar cómo un despido puede vulnerar este derecho.

Determinadas a grandes rasgos algunas situaciones que permitirían la práctica de una resistencia regular, el despido que castigue este incumplimiento resultará inválido dado que el inciso a) del artículo 25 de la LPCL busca sancionar la reiterada resistencia a órdenes empresariales que se encuentran dentro de los linderos internos y externos del poder de dirección. Inclusive, si el desconocimiento de la orden anómala se dio solo en una oportunidad, la afectación sería aún más grave.

¹⁰⁶ Así lo establecía el inciso 3 del artículo 4 de la Ley N° 26636.

¹⁰⁷ *Vid.* inciso 2 del artículo 4 de la Ley N° 26636.

¹⁰⁸ El proceso laboral abreviado, con su propia denominación, nos permite inferir que es ciertamente célere. Veamos por qué. Cuando el juez verifica que la demanda contiene los requisitos respectivos, emite resolución disponiendo su admisión a la vez que emplaza al demandado para que la conteste en el plazo de diez (10) días hábiles.

El detalle interesante, que distingue a este proceso del ordinario, es el hecho de que se compone de sola una audiencia a la cual son citadas las partes entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda.

La audiencia única conjuga las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden. No obstante en ella no se realiza la contestación de la demanda correspondiendo al juez entregar al demandante la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial a efectos de la revisión de los medios probatorios ofrecidos. Si el demandante propone cuestiones probatorias el juez podrá, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella, se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente.

Sentado esto, debemos recordar que en ambos casos el despido resultaría arbitrario, mas no nulo, en la medida en que el empleador alegará que el cese se debió a una causa justa-la desobediencia-. En este sentido el juez laboral determinará que ésta no existió porque este desacato se encuentra permitido, sea reiterado o no, por lo que ordenará el pago de la indemnización respectiva.

Por otro lado cabe mencionar también que puede darse el caso que se despida al trabajador, que hace ejercicio válido de su *ius resistentiae*, alegando una causal distinta a la reiterada resistencia, pero que en realidad, como sustrato, busca sancionar un incumplimiento permitido aunque no tolerado por el empleador.

Como se podrá colegir, si el empleador justifica el despido en el desconocimiento reiterado de las órdenes de trabajo, ya sea de manera explícita o encubierta, y el trabajador impugna este cese como arbitrario, estamos fuera de los supuestos de nulidad de despido taxativamente regulados en el artículo 29 de la LPCL, únicos habilitantes de la reposición del trabajador en el cauce procesal ordinario, por lo que el novísimo proceso abreviado resultaría inviable.

Ahora bien, puede darse el caso de que tras la aparente justificación de un despido, mediante alguna de las causales previstas para tales efectos, se esconda en realidad cualquiera de los motivos prohibidos de disolución del vínculo recogidos en el artículo 29 de la LPCL. Es decir, puede suceder que un trabajador desobedezca una instrucción que podría poner en riesgo alguno de los derechos reconocidos en tal precepto y que este incumplimiento sea tomado en cuenta por el empleador para proceder con el despido alegando alguna de las causales previstas legalmente con la finalidad de “maquillar” la verdadera razón del cese. Para graficar esto, imaginemos aquel despido de una trabajadora embarazada, basado realmente en el incumplimiento de aquella orden que le indica que deje de ir a sus controles médicos periódicos, aunque practicado formalmente bajo alguna de las causales de despido previstas normativamente.

Graficada esta posibilidad, cabe preguntarse si un despido practicado en virtud de una resistencia que pretenda cautelar alguno de los derechos que el artículo 29 de la LPCL protege, puede ser impugnado mediante un proceso abreviado. Consideramos que la respuesta salta a la vista: es procedente la tramitación célere de este despido y la consecuente protección restitutoria aunque solo si es impugnado como nulo dado que el esquema legal de la reposición está previsto básicamente en dicho dispositivo, tal como lo ha advertido la doctrina especializada¹⁰⁹.

Pareciera que el TC también entiende que el precepto indicado contiene los únicos supuestos de nulidad de despido, así pues, puede apreciarse que, luego de citar los incisos que contiene el dispositivo mencionado, se expresa lo siguiente: *“El recurrente no ha probado que el despido del que fue objeto está contemplado en alguno de los supuestos precisados en el fundamento precedente. En consecuencia, no habiéndose acreditado la violación de derecho constitucional alguno, la demanda carece de sustento”*¹¹⁰.

Por su parte, la jurisprudencia casatoria, ha entendido que si el trabajador demandante opta por una protección de carácter restitutorio, buscada dentro de un proceso de nulidad de despido tramitado en la vía ordinaria laboral, dicho pedido deberá necesariamente encontrarse sustentado en alguno de los supuestos que en **"numerus clausus"** establece el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, al ser éstas las **únicas posibilidades** por las cuales - en caso de ampararse su pretensión - se puede ordenar la reincorporación del

¹⁰⁹ Entre otros, podemos citar a SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, cuando escribe: “En efecto, como ha puesto de manifiesto de manera reiterada la doctrina más atenta a estos temas, la relación exhaustiva de causas de nulidad contenida en dicho precepto no alcanza a cubrir de manera satisfactoria el bloque de la constitucionalidad, al dejar fuera de su radio de acción la vulneración de numerosos derechos fundamentales, tanto de naturaleza específicamente laboral como acreedores de esa calificación debido a su ejercicio en el ámbito de una relación de trabajo”. “El trato diferenciado en el ejercicio de la potestad disciplinaria como causa de nulidad del despido”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 114. Gaceta Jurídica, Lima, Marzo 2008, p. 232.

¹¹⁰ *Vid.* Fundamentos jurídicos 2 y 3 del fallo que resuelve el Expediente N° 06144-2006-PA/TC.

actor a su puesto habitual de trabajo¹¹¹.

Por lo expuesto, queda, en nuestra opinión, ciertamente claro que tanto la jurisprudencia, constitucional y casatoria, y la doctrina, que ha tratado el tema de la nulidad del despido, coinciden en que los únicos supuestos que admitirían la reposición vía proceso laboral, están previstos, a manera de *numerus clausus*, en el artículo 29º de la LPCL reconociendo el criterio que el legislador quiso imprimirle a este dispositivo.

En suma, como conclusión de este acápite, tenemos que si el despido vulneratorio del derecho de resistencia es impugnado como arbitrario, sería competente el juez especializado, en el marco de un proceso ordinario, a menos que la pretensión no supere las 50 URP. Por su parte, si es reconducido como nulo, por calzar en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 29 de la LPCL, también será competente el mismo juez aunque en un proceso abreviado. La protección que brindaría el fuero ordinario laboral sería la indemnización y la reposición respectivamente.

Por otro lado, cabe recordar que el novísimo proceso abreviado laboral se ha previsto también para aquellos casos en los se pretenda reparar una vulneración de la libertad sindical. En efecto, el inciso 3 del artículo 2 de la Ley N° 29497 estipula que el juez de trabajo será competente para revisar, vía proceso abreviado laboral, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.

Tal como lo hemos anotado en el capítulo anterior, el cumplimiento de una orden empresarial, naturalmente, podría poner en riesgo la vigencia de este derecho laboral específico. En efecto, por ejemplo, puede presentarse el caso de una movilidad funcional a un puesto de confianza de un dirigente sindical tendente a que éste deje de pertenecer al sindicato. Como hemos visto, este supuesto podría admitir válidamente una resistencia y en caso de ser objeto de una sanción disciplinaria por dicho incumplimiento, la vía laboral abreviada

¹¹¹ Vid. Considerando Noveno de la Casación N° 3034–2009 HUAURA. Los resaltados son nuestros.

podría permitirle al trabajador afectado que su desacato sea validado por tratarse de una reacción lícita que buscaba proteger su libertad sindical.

Por otra parte, en tanto derecho reconocido por nuestra Constitución, la resistencia amparada en la libertad sindical también podría ser objeto de un análisis en la vía procesal constitucional del amparo aunque ello dependerá de algunos factores que en el siguiente acápite serán tratados con más detalle.

2. Mediante el proceso constitucional de amparo: los criterios del TC en torno a la procedencia del amparo en materia laboral

Habría que empezar comentando que a diferencia del proceso ordinario, el despido que soslaye el derecho de resistencia del trabajador, y que se ponga al examen de un juez constitucional, no será reparado mediante una indemnización por despido arbitrario sino mas bien con la reposición en el puesto de trabajo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1 del Código Procesal Constitucional¹¹².

Sin embargo, no todo tipo de controversia laboral admite ser revisado vía amparo en razón no solamente de la misma regulación de este proceso sino también a partir de ciertas consideraciones jurisprudenciales elaboradas por el colegiado constitucional. Veamos.

En opinión de un sector de la doctrina¹¹³, el inciso 2 artículo 5 de la actual ley

¹¹² Artículo 1.- Finalidad de los Procesos: Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional

¹¹³ Entre ellos, *Vid.* CAIRO ROLDÁN, Omar. “La consolidación del amparo subsidiario en el Perú”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 148. Gaceta Jurídica. Lima, Marzo 2006, pp. 158-162; ESPINOZA- SALDAÑA BARRERA, Eloy. “La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones”. En: *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista. Lima, 2005, pp. 143-156; y DONAYRE MONTESINOS, Christian. “El carácter residual del amparo en el código procesal constitucional peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos”. En: *Derechos Fundamentales (...) Ob. cit.*, pp. 157-192

procesal constitucional¹¹⁴, ha marcado el carácter subsidiario o residual del amparo en respuesta al modelo alternativo que caracterizaba dicho proceso cuando se encontraba en vigencia la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

De tal previsión se advierte que el propósito del legislador se dirige a dejar sin cabida procesal constitucional todo aquel intento de procurar la salvación de un derecho constitucional vulnerado o amenazado, cuando otra vía procesal le pueda proveer al afectado una protección igualmente satisfactoria.

Las razones que motivaron este cambio de modelo se pueden resumir en el abuso en el empleo de esta vía extraordinaria en tanto se promovió la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, quienes, aprovechando su carácter de proceso para la tutela de urgencia, encauzaron mediante esta senda procesal la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional¹¹⁵.

La tutela de urgencia que ha venido caracterizando al proceso constitucional y por ende, al amparo, desde los inicios de su concepción¹¹⁶, lo convierten en una herramienta procesal que solo se activará para ciertos casos que requieran de una salvaguarda urgente, rápida y eficaz. Justamente, la naturaleza sumarísima de los procesos constitucionales implica la cesación expeditiva, inaplazable, de la amenaza o violación efectiva del derecho fundamental en cuestión¹¹⁷. Hacia esta dirección han dirigido sus esfuerzos los redactores del

¹¹⁴ Su texto es el siguiente: Artículo 5: Causales de Improcedencia. *No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo se trate de hábeas corpus.*

¹¹⁵ Así lo estimaron los redactores de la nueva ley procesal constitucional. Cfr. AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Palestra. Lima, 2004, p. 68

¹¹⁶ Tal como lo expone CAIRO ROLDÁN, esta peculiaridad del amparo se encuentra presente desde los mismos orígenes de este instrumento procesal. *Ob. cit.*, p. 196.

¹¹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data*. ARA-Universidad de Piura. Lima, 2004, p. 22.

CPC, adoptando de esta manera un tenor que pretende la consagración de la subsidiariedad de este proceso constitucional¹¹⁸.

Por otro lado, se aprecia que todo indicaría que el TC ha querido también establecer jurisprudencialmente que los procesos constitucionales tienen como peculiaridad principal ser vías residuales, a las que el agraviado en su derecho constitucional podrá acudir si es que para su salvaguarda jurídica no existe otra ruta procesal igualmente satisfactoria. En esta línea parece dirigirse la sentencia que resuelve el Expediente N° 206-2005 PA/TC, fallo que ha sido calificado como precedente vinculante de acuerdo a los términos del artículo VII del Título Preliminar del CPC.

Específicamente, en relación con la procedencia del amparo como cauce procesal destinado al examen de despidos incausados, fraudulentos y nulos, el TC ha considerado que el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

En este orden de ideas, respecto al despido sin imputación de causa, el TC ha considerado que la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

¹¹⁸ Vid. AA.VV. *Código Procesal Constitucional (...)* Ob. cit., p. 35

Pues bien, cuando el juez constitucional verifique la resistencia de órdenes irregulares-reiterada por cierto-alegada por el empresario para despedir al trabajador demandante, tendría que concluir que la causal imputada no calificaría como falta meritoria de despido en la medida en que se está reprimiendo una serie de incumplimientos permitidos, es decir, el empleador basa su decisión extintiva en una causal no regulada como meritoria del despido. En concordancia con lo anotado, dicho magistrado tendría que llegar a la conclusión de que se ha producido un despido fraudulento.

En efecto, si el desacato está fundado en el ejercicio válido del derecho de resistencia del trabajador, la causa de despido imputada no estaría contemplada legalmente. Recordemos que el inciso a) del artículo 25 de la LPCL regula la reiterada resistencia ante órdenes lícitas, regulares, válidas. Por su parte el *ius resistentiae* se corresponde con indicaciones que, por el contrario, son anómalas. En tal sentido, sancionar el ejercicio de este derecho implicaría fundamentar un despido a partir de una causa no contemplada legalmente.

Con más razón aún, cabría etiquetar, con el rótulo de fraudulento, al despido que sanciona un solo incumplimiento toda vez que la falta grave de desobediencia exige la reiterancia.

A la misma consideración tendría que arribar el juez constitucional si verificara que, en realidad, el motivo subyacente a la causal alegada por el empleador, esconde un correctivo irregular por una desobediencia permitida, dado que se estaría sancionando una falta inexistente, falsa o imaginaria.

Ahora bien, recordemos también que tanto el legislador como el colegiado constitucional han considerado que, atendiendo al carácter sumarísimo, se puede entender que las garantías constitucionales no provean a las partes de una etapa probatoria que les permita una actuación compleja de los medios probatorios respectivos. A su vez, tales características han condicionado la brevedad con la que se tramitan tales procesos. Veamos.

El Código Procesal Constitucional (CPC), en su artículo 9, dispone que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria, que solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, no obstante, ello no impediría la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

Esta carencia significaría entonces que la acción de amparo no sea el marco procesal propicio que permita admitir la actuación de pruebas que puedan respaldar la posición de las partes. Es por tal razón que la violación al derecho fundamental en cuestión tiene que caracterizarse por ser incontestable, fehaciente, clara, manifiesta, en otras palabras, una conducta inconstitucional tiene que ser, necesaria y notoriamente inválida, antijurídica, para que recién ahí se le habilite al afectado la vía del amparo¹¹⁹. Y es que la acción de amparo estuvo concebida para aquellos casos en los que la claridad del derecho invocado y la evidencia de su lesión fueran tan fehacientes que hicieran innecesaria la existencia de una fase probatoria para su formal comprobación¹²⁰.

Empero, habría que matizar estas apreciaciones, y en esta idea coincidimos con Castillo Córdova cuando explica que tal disposición no implica que el demandante no pueda probar sus afirmaciones ni que el emplazado no pueda contradecir las imputaciones que se le hagan, toda vez que, en estos procesos sumarios, la actividad probatoria, aunque mínima, es necesaria¹²¹.

Esto se entiende en el sentido de que, la prueba no puede dejar de estar presente en una controversia jurídica, dado que su ausencia implicaría la constatación de alegaciones huecas y vacías y que, por tanto, no podrían ser atendidas como serias y fundamentadas por el juzgador a quien se le remite su

¹¹⁹ SAGÜES, NÉSTOR. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Volumen 3. Cuarta edición. Astrea. Buenos Aires, 1995, p. 248

¹²⁰ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los efectos de la <<Amparización>>". En: *Estudios sobre la jurisprudencia...ob. cit.*, p. 211

¹²¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Segunda edición. Palestra. Lima, 2006, pp. 395-396

conocimiento y su próxima solución.

Dicha actividad probatoria mínima se condice con la presentación de pruebas que no deben dejar duda de los hechos que pretenden acreditar, logrando de esta manera convicción en el juez, de tal manera que si el agraviado no ha podido probar de manera fehaciente la vulneración del derecho fundamental y, por consecuencia, resulta necesario transitar una etapa de actuación de pruebas que permita la dilucidación de hechos discutibles o controvertidos, el proceso constitucional no podrá ser la vía idónea que permita la salvación del derecho constitucional cuya afectación se alega¹²².

Hay abundante jurisprudencia del TC que apunta en esta dirección. Al respecto podemos citar nuevamente el pronunciamiento vinculante referido líneas arriba, que en torno a la verificación de un despido fraudulento en el seno de un amparo, ha emitido dicho colegiado. En efecto, en el conocido Caso Baylón, el Alto Tribunal ha expresado lo siguiente: *“(...)En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo **cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos**”*¹²³

Las vicisitudes probatorias descritas, propias de un proceso constitucional, podrían poner ciertas dudas respecto a la procedencia del amparo a efectos de dilucidar un despido fraudulento consistente en la vulneración del derecho de resistencia. Más aún cuando se tiene que el TC ha colegido, refiriéndose específica y especialmente al despido fraudulento, que este tipo de cese solo será objeto de revisión en el amparo cuando el afectado acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude.

¹²² *Ibidem*, pp. 396 y ss.

¹²³ *Cfr.* Fundamento Jurídico 8° de la sentencia que resuelve el Expediente N° 206-2005 PA/TC. El énfasis es nuestro.

Esta causal de improcedencia ha sido puesta en práctica muchas veces por el mismo colegiado. Así lo demuestran las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 01603-2011-PA/TC, 03963-2010-PA/TC, 04410-2011-PA/TC, 02926-2010-PA/TC, 03190-2010-PA/TC, 03960-2010-PA/TC, 01530-2010-PA/TC, 03889-2010-PA/TC, 02376-2010-PA/TC, entre otras.

Pese a esta reafirmación, se advierte también que existen diversos fallos que, inclusive, han declarado fundada la demanda de amparo que buscaba dejar sin efecto el alegado despido fraudulento¹²⁴. Sin embargo, es mayor el número de sentencias que apuntan en el sentido contrario y ello no es gratuito.

Como se apreciará el panorama no es muy auspicioso entonces para que el amparo sirva como cauce procesal para que el afectado en su derecho de resistencia, mediante un despido fraudulento, vuelva a su puesto de trabajo.

Frente a esta afirmación algunos podrían decir que en realidad las vicisitudes probatorias descritas en realidad no complican el escenario probatorio en estos casos, dado que el despido fraudulento se produce en tanto éste parte de una situación que no ha sido tomada en cuenta por el legislador como causal de despido, lo cual facilitaría en cierto modo la labor del juez constitucional para determinar la invalidez del cese toda vez que, descubriendo que la causal imputada no se encuentra regulada como falta grave meritoria de dicha sanción, la demanda tendría que ser declarada fundada sin que ello implique una actividad probatoria compleja.

De esta manera, por ejemplo, solo haría falta que el juez constitucional determine que el trabajador demandante, que no deseó ser ascendido, ejerció válidamente su *ius resistentiae* frente a un supuesto desmedido del *ius variandi* funcional de su empleador, por lo que ordenaría su reposición.

Lo apuntado en el párrafo anterior tiene mucho sentido aunque habría que tener en cuenta también que la anomia que caracteriza el *ius resistentiae* en

¹²⁴ Es el caso, entre otras, de las siguientes sentencias: 2158-2006-PA/TC, 02893-2009-PA/TC y 01420-2008-PA/TC.

nuestro país, complica determinar en qué casos o situaciones un trabajador puede válidamente desacatar una orden de su empleador, más aún cuando la jurisprudencia y un sector de la doctrina tienden a considerar que el trabajador no puede resistirse a cumplir las órdenes de su empleador que considera injustas pues ello implica un cuestionamiento al poder de dirección¹²⁵. Quizás con una regulación sobre el particular, el panorama respecto a la protección constitucional del derecho de resistencia dejaría de tener buena parte de estas complicaciones. Asimismo, no se presenta la misma facilidad si la verdadera razón del cese, la resistencia válida, se encuentra escondida bajo una causal inexistente.

Por otro lado, tenemos que traer a colación también un tema tratado en los capítulos previos: hemos sustentado que el derecho de resistencia procede ante la superación de las fronteras internas y externas del poder de dirección del empleador. Entre las segundas tenemos los derechos fundamentales del trabajador, sean específicos o inespecíficos.

Es en función de la inobservancia de estos límites que el proceso constitucional podría servir para salvaguardar el derecho de resistencia. Nos explicamos: la medida disciplinaria que violenta un incumplimiento válido de una orden de trabajo que trastocaría un derecho fundamental, lesionaría también, a este último, es decir, la sanción disciplinaria atacaría una desobediencia que intenta salvaguardar un derecho constitucional y por ende también impediría la vigencia de éste.

La eficacia de un derecho fundamental permite que su titular adopte las medidas necesarias para que aquella no se vea disminuida. Si una de estas alternativas supone resistirse al cumplimiento de una indicación empresarial, cuyo cumplimiento comportaría una vulneración del derecho constitucional, dicho desacato no podría ser objeto de un correctivo disciplinario toda vez que

¹²⁵ *Vid. Supra.* Capítulo I.3.2.

este apunta a que la vigencia de tal derecho no se trastoque¹²⁶.

En este sentido, si el empleador desatiende la práctica del *ius resistentiae*, la cual procura evitar la pérdida de eficacia de un derecho fundamental, con la puesta en práctica de su potestad disciplinaria, implica ciertamente hacer caso omiso de un incumplimiento permitido, y por lo tanto, significaría obviar el derecho constitucional que pretende proteger la desobediencia.

Estos son los argumentos que nos permiten concluir que la reacción empresarial, mediante una sanción disciplinaria, ante una resistencia justa, dirigida a cautelar la vigencia de un derecho del más alto rango normativo, puede ser recurrida en un proceso constitucional.

Ahora, refiriéndonos específicamente a la sanción del despido, podría considerarse que este correctivo, al afectar el derecho fundamental que la desobediencia busca cautelar, podría ser impugnado vía amparo. En estos casos el despido no solo calificaría como fraudulento, al sancionar una resistencia justificada, sino también como lesivo de derechos constitucionales.

Llegados a este punto, habría que recordar que hemos concluido que el despido basado en la resistencia que pretende resguardar la eficacia de alguno de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 29 de la LPCL, podría ser reconducido en la vía ordinaria mediante el proceso abreviado, constatándose que para estos casos, como un proceso igualmente satisfactorio que el amparo.

No obstante parecería que esta última apreciación entraría en contradicción con aquellos criterios vinculantes del colegiado constitucional a partir de los cuales se entiende que cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente,

¹²⁶ Solo para precisar, debemos recordar que en ciertas relaciones laborales el ejercicio de ciertos derechos fundamentales se ve matizado en función del trabajo desempeñado reflejado en las obligaciones voluntariamente contraídas por él, por lo que determinar si un derecho fundamental se ve afectado con el cumplimiento de una orden empresarial admite de un examen casuístico.

considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos¹²⁷.

Estimamos que el tema no es tan fácil de resolver toda vez que, como anotábamos, existe un precedente vinculante emitido por el máximo intérprete de la Constitución al respecto, es decir, un criterio que desarrolla una norma constitucional y que, por lo tanto, debería vincular u orientar todo pronunciamiento jurisdiccional.

¿Qué tendría que hacer entonces el juez constitucional cuando tenga que pronunciarse sobre la procedencia del amparo ante un despido nulo? ¿Declarar improcedente el amparo por haber una vía procedimental igualmente satisfactoria o dar trámite al amparo de acuerdo al precedente constitucional referido?

Pensamos que podría encontrarse una salida a la inquietud planteada: Los despidos que lesionan derechos fundamentales no guardan, usualmente, una antijuridicidad evidente o indubitable. Por el contrario, dicha irregularidad es escondida, solapada. Los empleadores son muy cautelosos cuando acuden a este tipo de prácticas. En tal sentido, se requerirá de una ruta procesal adecuada o idónea que permita que la actitud inconstitucional del empleador salga a relucir, en otras palabras, el proceso en el cual se ventile la inconstitucionalidad de un despido, tendría que brindar las ventajas probatorias apropiadas a efectos de dilucidar dicha irregularidad jurídica.

El TC ha sido consciente de ello y ha establecido, a manera de precedente vinculante, sobre el despido fraudulento, tal como lo hemos anotado, que solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

Pues, como lo comentábamos dos párrafos atrás, todo tipo de despido

¹²⁷ Vid. Fundamento jurídico 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC

inconstitucional –entre ellos el nulo– no goza de anomalías perceptibles a simple vista en tanto el motivo prohibido subyace a una cobertura aparentemente jurídica, lo cual dificulta que su descubrimiento sea posible mediante un amparo. Vale decir, se presenta una situación similar que la advertida por el TC en relación al despido fraudulento. En tal orden de ideas podríamos colegir que tal criterio vinculante se puede extender también al caso del despido nulo toda vez que este también guarda muchas veces dudas o controversias sobre su carácter inválido.

Es destacable que el TC disponga la procedencia del amparo con el objeto de dejar sin efecto un despido nulo, ¿pero dónde queda aquel criterio, que responde a la inidoneidad del amparo cuando se someta a su examen una cuestión controversial? ¿Acaso siempre un despido es practicado con evidente ilicitud?

La postura propuesta no se aleja del precedente vinculante relativo a la improcedencia del amparo ante una cuestión litigiosa o controvertida pero tampoco deja en indefensión al trabajador despedido por algún motivo señalado en el artículo 29 de la LPCL ya que la vía del nuevo proceso abreviado laboral le prestaría una adecuada actividad probatoria y una idéntica protección que el amparo, la cual, a su vez, se conseguirá de manera expeditiva por cierto¹²⁸.

Relacionado con este punto, queremos traer a colación un aspecto que dejamos inconcluso en el anterior acápite: existe un supuesto de resistencia avalado en un derecho fundamental cuyo examen judicial también podría tramitarse en la senda ordinaria abreviada obteniendo la misma reparación que el amparo otorga. Nos referimos al caso de un incumplimiento que tiene como finalidad que la libertad sindical no se afecte. Así lo establece el inciso 3 del artículo 2 de la Ley N° 29497. Por otro lado tenemos que las vulneraciones a la

¹²⁸ Pese a que se ha planteado la postura de que la vía abreviada laboral sea la ruta procesal idónea e igualmente satisfactoria, podría considerarse también que cuando la vulneración del derecho fundamental mediante el despido resulte clara o evidente, al igual que el cese fraudulento, el amparo mantiene su calidad de vía idónea y apropiada para que la lesión constitucional pueda ser reparada adecuadamente.

libertad sindical, califican también, naturalmente, como lesiones a un derecho fundamental, por lo que la protección constitucional le puede alcanzar.

Ambas consideraciones, debemos cotejarlas con las reglas legales de procedencia del amparo en materia laboral. Nuevamente, tenemos el inciso 2 del artículo 5 del CPC que establece la residualidad del amparo al señalar que este no procede si es que se tiene una vía igualmente satisfactoria.

Al respecto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿qué se entiende por vía igualmente satisfactoria? De acuerdo a un sector de la doctrina, esta característica, se define desde un punto de vista material, atendido al objeto de protección, es decir teniendo en cuenta la igual salvaguarda del derecho constitucional que se obtendría a través del amparo, y a partir de una perspectiva formal, atendido al mecanismo procesal previsto para lograr el objeto de protección, en otras palabras, tomando en cuenta la previsión de un proceso que asegure la igual protección ¹²⁹.

Estas perspectivas a su vez indican por lo menos tres criterios a tener en cuenta ¹³⁰: i) la vía judicial no debe servir solo para conseguir el resultado de salvación del derecho constitucional afectado, sino que esta reparación debe mantener una relación de igualdad con la salvaguarda que otorga el amparo. ii) la vía judicial debe ser sumaria. Naturalmente, este carácter, no necesariamente exige que coincidan los plazos y las etapas procesales entre el proceso de amparo y el proceso judicial ordinario. Bastaría con una coincidencia razonable, es decir, que suponga una pronta y oportuna respuesta del órgano judicial para la salvación del derecho constitucional. iii) la vía judicial debe ser un proceso especialmente eficaz. Esto implica no solo una reparación similar dado que además, se requiere la consecución de, por lo menos los siguientes puntos: a) la posibilidad de plantear medidas cautelares; b) permitir la reposición de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; y, c) en la pronta ejecución o actuación

¹²⁹ Vid. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código...ob. cit.*, pp. 294-296.

¹³⁰ *Ibidem*.

de la sentencia firme.

De acuerdo a lo apreciado líneas arriba tenemos elementos significativos que nos permitirían apreciar que el nuevo proceso laboral -abreviado por cierto- se ha convertido en una ruta procesal igualmente satisfactoria en relación con el amparo cuando se trata de remediar una lesión de la libertad sindical¹³¹. En efecto, tenemos una reparación igual a la del amparo (el retorno al estado anterior a la violación constitucional), una sumariedad procesal reflejada en el principio de celeridad que trasunta y surca el nuevo proceso laboral, y la posibilidad de que la reparación restitutoria esté asegurada mediante cualquier medida cautelar, interpuesta antes o dentro del proceso (a través de cualquiera de las contempladas por la norma procesal civil u otro dispositivo legal), sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e inclusive una genérica no prevista en las normas procesales (artículo 54 de la Ley N° 29497).

Recogiendo estas últimas ideas, consideramos que la impugnación del despido que toma en cuenta el desacato de instrucciones, cuyo cumplimiento pondría en riesgo la vigencia de la libertad sindical, tendría que ser reconducido por la novísima senda abreviada laboral. Por otro lado, si la pretensión respectiva fuera interpuesta vía proceso de amparo, el juez constitucional no podría olvidar la causal de improcedencia recogida en el inciso 2 del artículo 5 del CPC.

Con la finalidad de sintetizar lo descrito hasta aquí presentamos el siguiente cuadro:

--	--	--	--

¹³¹ En la misma línea se orienta: MENDOZA LEGOAS, Luis. “La protección jurisdiccional de la libertad sindical. Concepto y regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Retos del Derecho del Trabajo Peruano: nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo*. SPDTSS, Lima, 2010, p. 261.

Despido lesivos del derecho de resistencia	Proceso ordinario laboral	Proceso abreviado laboral	Proceso de amparo ¹³²
Los que vulneran los límites internos del poder dirección	Si se impugnan como despido arbitrarios, la protección solo será indemnizatoria.	Sólo procederá la reposición, si es que son impugnados en base a cualquiera de los supuestos recogidos en el artículo 29 de la LPCL.	Al tratarse de despidos fraudulentos pueden ser impugnados mediante este proceso.
Los que vulneran derechos fundamentales			No procedería el amparo en virtud del inciso 2, artículo 5 del CPC y los criterios del TC respecto a la inidoneidad del amparo para resolver cuestiones litigiosas.
Los que vulneran la libertad sindical		Esta vía sería la procedente de acuerdo al inciso 3 del artículo 2 de la NLPT.	La demanda de amparo se declararía improcedente en virtud del inciso 2 artículo 5 del CPC.

Cabe rescatar que recientemente se ha emitido un pleno jurisdiccional supremo laboral¹³³ que considera que en la vía procesal laboral se puede obtener la reposición cuando estemos frente a un despido incausado o fraudulento, inclusive en aquellos procesos aún regidos por la Ley N° 26636. Es más, existe cierta jurisprudencia casatoria¹³⁴, expedida en virtud de la NLPT, que ha ratificado esta posibilidad. Las novedades que traen consigo este Pleno Jurisdiccional son ciertamente importantes y permiten despejar las dudas sobre

¹³² Como complemento de este cuadro se recomienda ver la nota al pie n° 128.

¹³³ Su contenido puede revisarse en el siguiente vínculo electrónico: http://www.trabajo.gob.pe/archivos/slide/2012/PLENO_JURISDICCIONAL_SUPREMO_EN_MATERIA_LABORAL_2012.pdf

¹³⁴ Es el caso de las Casaciones Laborales N°s 3979-2011-Tacna y 4961-2011-Tacna.

la protección procesal aplicable a los despidos incausados y fraudulentos que se venía discutiendo desde que el TC los creó jurisprudencialmente.

Aunque consideramos que la salida más completa y conveniente al problema hubiera pasado por una modificación del tenor taxativo del artículo 29 de la LPCL¹³⁵, no podemos quitarle méritos a la posición adoptada por el Pleno en tanto resulta propicia esta perspectiva en relación con los llamados despidos fraudulentos, los cuales, en su mayor parte, para su verificación requieren de una etapa probatoria, ausente en los procesos constitucionales. En efecto, antes, el afectado con este tipo de cese, que deseaba la reposición, tenía que accionar vía amparo; sin embargo, esta ruta procesal no le otorgaba una fase probatoria adecuada que le permitiera acreditar dicho fraude ante la cobertura legal que normalmente los empleadores le imprimen a este tipo de despidos.

A partir de esta nueva óptica, prácticamente la vía abreviada laboral, en relación con los despidos incausados y fraudulentos, se comporta como una senda igualmente satisfactoria en comparación al amparo. En tal sentido, los afectados en su derecho de resistencia, mediante despidos que podrían ser calificados como fraudulentos, podrían encontrar en aquella una senda procesal que les brinde una protección restitutoria.

Apreciadas las rutas procesales que servirían al afectado en su derecho de resistencia a remediar esta situación, no queremos terminar este trabajo sin antes dar algunos apuntes respecto de un asunto procesal que cumple un relevante rol en la consolidación de la garantía de la tutela judicial efectiva y del carácter igualmente satisfactorio de la vía laboral en relación con el amparo. Nos referimos a las medidas cautelares. En esta línea, en el último acápite de este capítulo, trataremos de ubicar aquellas medidas cautelares que permitirían al trabajador un aseguramiento en la protección de su *ius resistentiae*.

3. La garantía cautelar y su repercusión en la protección de las

¹³⁵ El porqué de esta afirmación radica en que con dicha modificación legal las dudas respecto al plazo de caducidad que ahora correspondería otorgar a las acciones que sirvan para cuestionar este tipo de despidos no se hubieran producido. Por otro lado, con la variación planteada, la calificación de despido nulo no solo se reservaría a ciertos casos sino también a todo aquel que lesione derechos fundamentales.

afectaciones del derecho de resistencia

Se sostiene que la tutela cautelar es un tema de vital importancia en el marco del Derecho Procesal en general toda vez que su finalidad parte de la justificada exigencia social de una justicia que otorgue respuestas no sólo rápidas sino también eficaces, que procuren evitar dilaciones indebidas ante una sociedad que no admite pretextos frente a los aplazamientos judiciales, los cuales, en buena parte, provocan una incapacidad fáctica para el logro o consecución de los derechos reclamados¹³⁶.

De este modo se puede apreciar que, las medidas cautelares están íntimamente ligadas a esta exigencia social, dado que son instituciones procesales que le permiten al órgano jurisdiccional adelantar ciertos efectos, o todos, de un probable fallo definitivo a favor del peticionante, al verificar la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que pueda significar la demora con la espera del fallo. Con todo esto, se colige que la finalidad del proceso cautelar es asegurar la eficacia jurídica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en el proceso principal¹³⁷.

Es tal la importancia de la tutela cautelar que es considerado como uno de los mecanismos más importantes que implica el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva, de tal manera que cualquier limitación a su utilización puede considerarse como una vulneración de tal derecho. Así, inclusive lo ha estimado el TC al señalar que¹³⁸: *“(...) A través de ellas se garantiza el aseguramiento del cumplimiento de una sentencia estimatoria, posibilitando que el tiempo que toma el decurso del proceso y las incidencias de éste no comporten la inejecutabilidad de la sentencia o su ejecución incompleta o insuficiente. Dado que las medidas cautelares cumplen tan importante función*

¹³⁶ Esta certera apreciación es referida por: VALLE BENITES, José. “El proceso cautelar en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. N° 34. Gaceta Jurídica. Lima, octubre de 2010, pp. 56-57.

¹³⁷ *Ibidem*. P. 57.

¹³⁸ *Vid.* Fundamento jurídico 9 de la sentencia que resuelve el Expediente N° 06356-2006-PA/TC

con respecto a la efectividad de la tutela jurisdiccional, ellas advienen en una institución que conforma este derecho, una institución a través de la cual se garantiza la efectividad de la tutela jurisdiccional. En definitiva, conforme a esto, el derecho a la tutela judicial efectiva protege también el acceso a una medida cautelar y su mantenimiento, siempre y cuando no varíen los presupuestos que la han habilitado. En consecuencia, si dicha medida es dejada sin efecto de manera no conforme a derecho, esto es, de manera contraria a la ley, tal acto constituye una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva.”

Son temas bastante consolidados la identificación de las características y presupuestos de estos instrumentos procesales. Entre los primeros¹³⁹ se indica que no son satisfactorias, es decir, las decisiones cautelares no generan firmeza o definitividad; tienen un fin autónomo, que no es otro que lograr la eficacia del proceso, y no la satisfacción misma de una pretensión; su provisionalidad o provisoriedad, en tanto los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración temporal, sino que además su vida depende de aquel periodo que deberá transcurrir desde que se ordena la ejecución de la medida, hasta cuando se expida la resolución final del proceso principal; e instrumentalidad dado que nacen en espera de un pronunciamiento definitivo posterior.

Respecto a los segundos tenemos que se reconocen como tales al *Fumus boni iuris* y el *Periculum in mora*. El primero exige que, para obtener una medida cautelar, quien afirma que existe una situación jurídica pasible de ser asegurada, debe acreditar la apariencia de la pretensión reclamada, a diferencia de la sentencia favorable sobre el fondo, la cual se basa en la certeza de tal pretensión, vale decir, el peticionario tiene la carga de acreditar, sin control de su contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en el que se funda la pretensión¹⁴⁰.

¹³⁹ Estas características son descritas por: VIDAL SALAZAR, Michael. “La tutela cautelar en el nuevo proceso laboral peruano”. En: *Retos del Derecho...ob. cit.*, p. 347.

¹⁴⁰ *Vid.* fundamento jurídico 28 de la sentencia que resuelve el Expediente N° 0015-2005-PI/TC

El presupuesto restante está referido al peligro de daño al derecho esgrimido en el proceso judicial que puede producirse por el retardo que necesariamente conlleva el reconocimiento judicial de un derecho reclamado. Dicho derecho, ante un peligro inminente o irreparable, debe ser protegido de manera inmediata, a fin de evitar que, en caso de obtenerse una sentencia favorable, esta no pueda ser cumplida¹⁴¹.

Respecto a la llamada contracautela se comenta que, a diferencia de los presupuestos esenciales mencionados, no constituye un criterio que el juez deba considerar a la hora de otorgar la medida específica. Esto resulta fundamental para entender que, en tanto requisito no esencial, la constitución de una contracautela por parte del solicitante no implica un requisito para el acceso a la tutela toda vez que no puede condicionar el otorgamiento de la medida peticionada, sino que viene a representar una garantía del derecho de la parte afectada por la medida cautelar que pudiera ordenarse¹⁴². Incluso, algunos consideran que al no regularse la contracautela en la NLPT en forma expresa, como sí lo hacía la anterior norma adjetiva laboral, puede ponerse en duda si ésta es un requisito exigible o no dentro del proceso laboral¹⁴³.

Como no podía ser de otro modo la NLPT ha previsto la interposición de estas garantías e inclusive ha superado significativamente a su antecesora toda vez que, por ejemplo, regula expresamente la medida cautelar fuera de proceso, ha optado por una tutela cautelar amplia que incluye la posibilidad de interponer las garantías cautelares previstas en el Código Procesal Civil e inclusive medidas atípicas, y por prever la interposición de medidas cautelares específicas que pretenden brindar un trato especial a ciertos sujetos que por su

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Cfr. MENDOZA LEGOAS, Luis. "La contracautela en el diseño de la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Soluciones Laborales*. N° 45. Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2011, pp. 57 y 58.

¹⁴³ AA.VV. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ara. Lima, 2011, p. 271.

Por otro lado tenemos la posición que sustenta que, en función del artículo 54 de la NLPT, el cual remite específicamente al artículo 614 del Código Procesal Civil, solo están exceptuados de presentar la contracautela aquellos trabajadores a quienes se les ha concedido auxilio judicial. Cfr. VALLE BENITES, José. *Ob. cit.*, p. 58.

condición requieren de una particular consideración cautelar.

Tomando en cuenta esta adecuada amplitud que caracteriza la regulación de las medidas cautelares en la NLPT, tenemos que en este nuevo proceso procede la petición de medidas para futura ejecución forzada, como el embargo en todas sus clases (en forma de depósito, en forma de inscripción, inmueble no inscrito, en forma de retención, en forma de intervención en recaudación, en forma de intervención en información, en forma de administración de bienes), secuestro, anotación de la demanda en Registros Públicos, medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas, medidas de no innovar y las garantías genéricas no previstas específicamente en las normas procesales citadas. Recordemos que cualquiera de estas puede interponerse dentro o fuera del proceso.

Pues bien, tratando de conectar las garantías cautelares laborales con el tema objeto de este trabajo, tenemos que algunas de ellas permitirían que el empleado afectado en su *ius resistentiae* pueda de alguna manera ver reparada dicha lesión de manera eficaz y pronta. Veamos algunas manifestaciones de esta vinculación.

Hemos referido líneas arriba que la afectación del derecho de resistencia puede darse mediante la imposición de sanciones empresariales. Naturalmente la que más perjuicios le provocaría al trabajador en cuestión sería el despido. Hemos anotado también que el cese que vulnera este derecho tendría que impugnarse en la vía laboral como si se tratara de un despido arbitrario, nulo, fraudulento o como uno que vulnera la libertad sindical.

En el primer caso, la protección que otorgaría la senda laboral sería la indemnización a la que se refieren los artículos 34 y 38 de la LPCL. En tal sentido, al tratarse de una reparación económica, las medidas cautelares más propicias para garantizar su cobro serían las que comprende la modalidad del embargo.

Por ejemplo, un caso muy particular en el cual la procedencia de una medida

como el embargo podría encontrar cabida es cuando existe el riesgo de la insolvencia de la empresa¹⁴⁴, situación que en nuestra jurisprudencia de alguna manera ha sido reconocida como habilitante de dicha modalidad cautelar. Justamente, la judicatura ordinaria ha resuelto un caso en el que la cesión del patrimonio de la empresa deudora como patrimonio fideicometido autónomo para garantizar un crédito asumido por la empresa, resultó cuestionable para el juzgador laboral pues tal operación provocaba que el actor no pueda dar cumplimiento inmediato a una posible sentencia favorable¹⁴⁵.

En los tres supuestos restantes, es decir cuando la sanción disciplinaria es impuesta en contra del derecho de resistencia que procura la salvación de la libertad sindical del trabajador o de otro derecho fundamental, la denominada reposición provisional podría entrar a tallar. Veamos. El artículo 55 de la NLPT establece que el juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, la reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos: a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad; b) estar gestionando la conformación de una organización sindical; y c) el fundamento de la demanda es verosímil.

Si nos fijamos existen dos supuestos, relacionados con la libertad sindical, que podrían encontrar nexo con la práctica de su *ius resistentiae*, a propósito de resguardar aquel derecho: Pensemos en un caso en el cual se le ordena a un dirigente sindical que deje de pertenecer a la organización sindical y ante el incumplimiento replicado, es despedido. Por otro lado, imaginemos que un trabajador promotor de la creación de una organización sindical, es despedido

¹⁴⁴ Pese a que la insolvencia empresarial como situación provocadora de una medida cautelar en el contexto macroeconómico actual admite algunas críticas, como las que advierte Mendoza Legoas, consideramos, al igual que este autor, que de algún modo la tutela cautelar mantiene cierta vigencia ante situaciones económicas complicadas de una empresa. *Vid. Las medidas cautelares laborales. Su impacto en la solución de las controversias individuales surgidas en las relaciones laborales de naturaleza privada*. Ara. Lima, 2011, pp. 123-125.

¹⁴⁵ Es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 1586-2006-MC citada en: *Ibidem*, p. 125.

al no acatar la insistencia empresarial de abandonar su afán.

En estos casos, inclusive, la reposición provisional procedería sin necesidad de que el trabajador agraviado pruebe el peligro en la demora y sin ofrecer contracautela debido a que el mismo precepto señala que en los supuestos referidos, procede este tipo de cautelar sin necesidad -a esto apunta la locución conjuntiva adversativa “sin embargo”- de exigir los requisitos al solicitante, aunque sí se requerirá que el fundamento de la demanda sea verosímil tal como lo prevé el inciso c) del mismo artículo 55¹⁴⁶.

Por su parte, en un caso anotado líneas arriba, la madre gestante despedida por no acatar la instrucción de dejar de ir a sus controles médicos, también podría hacer valer esta medida cautelar probando solamente la verosimilitud de su pretensión.

Junto a la reposición provisional, la NLPT ha recogido la medida cautelar de la asignación provisional mensual cuyo monto es fijado por el juez y el cual no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, con cargo a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Dicha garantía podría ser solicitada por el trabajador que desea su reposición. La concesión de la asignación naturalmente se dará si es que no se ha solicitado la reposición provisional o si peticionada ésta junto a la asignación, como si se trataran de pretensiones propuestas en forma subordinada, finalmente no es concedida aquella.

Otra de las medidas cautelares que permitirían al trabajador tutelar válidamente su derecho de resistencia se reflejan con las llamadas medidas de no innovar, las cuales, ciertamente, otorgan al trabajador “desobediente” una herramienta que le sirve mucho para enfrentar el poder directivo del empleador que se vuelve abusivo. De esta manera, la prohibición de innovar podría operar como un control jurisdiccional *ex ante*, lo cual otorga un carácter preventivo que aseguraría a dicho empleado la cristalización en el goce de los derechos que

¹⁴⁶ En esta línea puede verse: VIDAL SALAZAR, Michael. *Ob. cit.*, p. 355.

se ven amenazados con la orden cuyo cumplimiento es resistido¹⁴⁷.

En efecto, se puede apreciar que en la mayor parte de los casos, si una indicación empresarial, por anómala que sea, espera un cabal cumplimiento del subordinado a quien es dirigida. Por el contrario, si esta es desobedecida, no es descabellado pensar que provocaría una “represalia” disciplinaria empresarial, aunque irregular, por cierto. Ante esta situación, la interposición de una medida de no innovar permitiría que el *statu quo* del trabajador se mantenga invariable de tal manera que no sea reprendido disciplinariamente y/o no se le conmine a cumplir la orden inválida. Es más, esta podría ser interpuesta fuera de un proceso.

Esta modalidad cautelar serviría mucho, por ejemplo, para frenar los efectos de una disposición empresarial, impugnada judicialmente, que pretende que el trabajador se traslade a un ámbito geográfico distinto a aquel donde labora y que a su vez le obligue a variar su residencia habitual.

Inclusive, puede darse el caso que el trabajador en cuestión esté impugnando una sanción menor al despido, al haber incumplido válidamente, esta disposición, ante la posibilidad de que sea despedido por tal causa, situación que permitiría acreditar la procedencia de este tipo de cautelar. Si se interpusiera fuera del proceso, podría dirigirse a evitar que se le sancione y/o traslade ante la comunicación de que será sujeto de una movilidad geográfica radical que aún no es dispuesta.

Hasta aquí hemos apreciado a grandes rasgos las alternativas cautelares que el nuevo procesal laboral le ofrece al afectado en su derecho de resistencia para obtener una reparación eficaz. Restaría apreciar cuáles son las medidas cautelares que en un proceso de amparo podrían cumplir la misma finalidad.

Como no podía ser de otro modo, el proceso constitucional de amparo admite que en su seno el afectado en su derecho fundamental pueda solicitar la

¹⁴⁷ Esta idea es manejada por: MENDOZA LEGOAS, Luis. *Las medidas cautelares laborales....Ob. cit., p. 189*

medida cautelar que más convenga a su derecho, aunque cabe anotar que el CPC realiza unas precisiones al respecto. Veamos.

El artículo 15 del CPC establece la posibilidad de conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo. Como toda garantía cautelar, para su expedición se exigirá la apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión.

De acuerdo a un sector de la doctrina, este artículo 15 al indicar la posibilidad de conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en realidad se refiere a lo mismo, dado que la interrupción de la afectación implica en sí misma una medida cautelar, específicamente una de no innovar¹⁴⁸.

Por su parte, se interpreta que la medida de suspensión del acto como medida cautelar puede generar consecuencias que corresponden también a las llamadas medidas cautelares innovativas dado que puede argumentarse que la suspensión del acto inconstitucional tiene una doble virtualidad: i) cuando no se haya consumado el acto implicará que la medida cautelar evitará su consolidación, es decir no alterar la situación existente; ii) en caso que el acto ya se haya consumado, la suspensión implica la desaparición del acto agresor, esto significará la ineficacia temporal del mismo y con ello la cesación de sus efectos y la salvación provisional del derecho¹⁴⁹.

Ahora bien, la posibilidad de interponer supletoriamente las medidas cautelares reguladas en la similar norma adjetiva civil, por mandato del artículo IX del Título Preliminar del CPC, también habilitaría la procedencia de una medida innovativa, más aún si esta posibilidad no se encuentra prohibida por la misma norma.

Vinculado con este último punto tenemos que el artículo 15 del CPC prevé que

¹⁴⁸ Cfr. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Segunda edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 183.

¹⁴⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código...ob. cit.*, p. 419.

en todo lo no regulado expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672. De acuerdo a esta disposición, en un proceso constitucional no procederían, por ejemplo, las denominadas medidas anticipadas, las que se interponen antes del proceso, el embargo y el secuestro en todas sus modalidades y consecuencias. Finalmente, con estas exclusiones, quedan habilitadas entonces las medidas cautelares innovativas, las que prohíben la innovación y las genéricas.

Nos gustaría resaltar que es posible que se solicite una reposición provisional, parecida a la que regula la NLPT, norma que si bien es cierto no es aplicable supletoriamente para los procesos constitucionales, sí califica como una medida genérica, prevista por la norma procesal civil y cuya procedencia en el contexto adjetivo constitucional no está prohibida por el CPC. No obstante, esta medida genérica de reposición, en caso de peticionarse en este tipo de senda procesal, por afectados que coincidieran con cualquiera de los sujetos referidos especialmente en el artículo 55 de la NLPT, deberán acreditar todos los presupuestos cautelares, es decir no solo se solicitará que se pruebe la verosimilitud de la pretensión dado que dicha facilidad no ha sido tratada en el CPC.

Finalmente queremos plantear la inquietud de si resultaría factible que peticionada, exclusiva o subordinadamente, una asignación provisional, similar a la que regula la NLPT, sea otorgada en el contexto de un amparo. La cuestión no es baladí toda vez que la búsqueda de la reposición en el puesto de trabajo mediante el amparo es similar a la protección restitutoria que se procura en un proceso abreviado laboral, en donde la posibilidad de esta medida cautelar se encuentra latente al procurar un ingreso económico al trabajador cuyo despido nulo- y ahora también el incausado y fraudulento-le impide, indebidamente, seguir percibiendo sus remuneraciones, conocidas como devengadas.

Pese a esta semejanza, consideramos que la procedencia de esta medida en

un proceso constitucional resultaría inviable aunque no porque teóricamente lo sea, sino mas bien por la reiterada tendencia jurisprudencial, errada en nuestra consideración, del TC que apunta a declarar improcedente la pretensión por remuneraciones devengadas, que se acumula a la reposición en el puesto de trabajo, y que el colegiado estima de carácter indemnizatorio.



CONCLUSIONES

1. El poder de dirección del empleador y el deber de obediencia son las “dos caras de la misma moneda”: El empleador dicta ciertas instrucciones y el trabajador las obedece. Pese a esta premisa queda claro que el poder de dirección del empleador no es omnímodo ni absoluto. Por el contrario, está sujeto a ciertos límites los cuales podrían clasificarse en dos: los internos y los externos. Los primeros se derivan de la misma definición de esta facultad. Según el artículo 9 de la LPCL las órdenes de trabajo tienen que estar relacionadas con el trabajo o en conexión íntima con él. Los segundos se reflejan en la razonabilidad, regulado también en el artículo 9 de la LPCL, y los derechos fundamentales del trabajador, introducidos al ámbito laboral a partir, básicamente, del artículo 23 de la Constitución.
2. De esta manera, las instructivas que trasciendan estas fronteras pueden ser objeto de desacato. En efecto, ante estas situaciones, el trabajador podrá omitir su deber de obediencia. En este sentido, se considera que el derecho de resistencia o *ius resistentiae* supone la facultad de no acatar órdenes empresariales ilícitas, vejatorias, arbitrarias, que comporten grave riesgo o impliquen abuso de derecho, que afecten a derechos inviolables del trabajador o coarten el libre desarrollo de su personalidad. En suma, este derecho se fundamenta en el hecho de que el deber de obediencia del trabajador decae ante órdenes dadas por el empresario en el ejercicio “irregular” de su poder directivo. El *ius resistentiae* supone, en efecto, desobedecer las órdenes del empleador, no obstante este desacato es legítimo y por tanto dicho incumplimiento no podría ser sancionado. Es por ello que se requiere, necesariamente, de una práctica desmedida del poder de dirección, lo que, en sentido contrario, significará que la inobservancia de una instructiva regular del empleador facultaría a éste a iniciar el procedimiento disciplinario que corresponda. Inclusive, en ocasiones, no solo es un derecho dejar de cumplir una orden empresarial sino también es una obligación proceder con el desacato.

3. Se discute en torno al carácter excepcional de la práctica de la resistencia ante una orden empresarial debido a la predicable legitimidad *iuris tantum* de las órdenes impartidas por el empleador. Nuestra jurisprudencia presenta algunas muestras, algo lejanas en el tiempo, de dicha discusión. Existen algunas sentencias, que recogen la postura que presume la legitimidad de las órdenes por lo que cabe su acatamiento en tanto éstas no hayan sido revocadas por alguna autoridad. En la misma línea, aunque más próxima, tenemos aquella resolución de una Sala laboral de la Corte Superior de Lima, la cual resuelve el Expediente N° 5358-2004-IDA(S). Por su parte, cierto sector de nuestra doctrina (Neves Mujica) considera que ante el dilema de acatar la orden arbitraria y luego proceder con el reclamo correspondiente al órgano jurisdiccional o resistirla a ejecutarla, debe optarse por la primera alternativa, aunque se precisa que cuando se pongan en juego los derechos fundamentales del trabajador debería admitirse la desobediencia. Otra opinión, ha indicado que la norma peruana recoge como regla que toda orden del empleador debe ser cumplida por lo que el derecho de resistencia suele ejercerse indirectamente dado que el trabajador incumple una orden y el empleador lo sanciona; entonces, aquel impugna la medida disciplinaria impuesta y en la instancia judicial se verifica la legalidad de la medida (Toyama).
4. En contra de esta apreciación se señala que en nuestra legislación no existe ni una sola norma que fundamente la presunción de legitimidad de las órdenes empresariales. Es más, cuando se analiza el texto del inciso a) del artículo 25 de la LPCL, se puede caer en cuenta que esta norma no podría validar en la práctica disposiciones de carácter ilícito debido a su carácter sancionatorio que impediría que su interpretación se haga de manera extensiva. En este orden de ideas dicho artículo deberá entenderse referido a la resistencia del trabajador frente a órdenes lícitas (Arce). Coincidimos con esta última postura dado que entender que nuestro ordenamiento jurídico establece la presunción de

legitimidad absoluta de las órdenes empresariales implicaría sostener que el poder de dirección no tiene límites lo cual a su vez podría avalar una serie de arbitrariedades y perjuicios al trabajador al no tener la posibilidad de frenar oportunamente una disposición irregular. Por otro lado, consideramos que no solo la vulneración de un derecho fundamental podría provocar un desmedro ilegítimo para el trabajador, por lo que sustentar que la desobediencia permitida procede respecto solo de las órdenes que lesionan dichos derechos resultaría, en nuestra opinión, insuficiente al dejar de lado intereses legítimos del trabajador cuya vulneración podría verse agravada al tener que transitar la vía judicial correspondiente para proceder con la impugnación de la disposición lesiva acatada.

5. Naturalmente, la orden que excede los límites internos y externos del poder directivo del empleador debe ser de tal entidad que su carácter nocivo resulte ciertamente evidente pues, de darse un desacato insuficiente e irrazonable, este podría provocar la sanción disciplinaria que corresponda por la infracción a uno de los deberes básicos de una relación laboral: la obediencia. En este sentido, cabe anotar que somos de la opinión de que hay que verificar si en cada caso particular la orden impartida se ha dado en el marco del poder de dirección, un análisis que no se agote en concluir que una instructiva, por irregular que sea, deba ser cumplida y luego puesta en cuestión ante las autoridades respectivas, sino un estudio razonable del caso concreto que, en la medida de lo posible, permita colegir, de darse el caso, que la orden en particular ingresa en terrenos que no corresponden al poder de dirección y que por lo tanto habilita un desacato válido. Atendiendo a que pueden existir órdenes que pueden superar los límites internos y externos del poder de dirección, dividiremos los supuestos que habilitarían el *ius resistentiae* en relación con dichos parámetros.
6. Para empezar a determinar las situaciones que implican la superación de los límites internos del poder de dirección, habría que indicar que el *ius variandi* le permite al empleador disponer las variaciones, dentro de

ciertos límites, de la forma y modalidades de la prestación de servicios del trabajador. En este sentido el *ius variandi* admite una clasificación atendiendo a la trascendencia de la modificación implementada. Es decir, puede responder a un ejercicio normal, común o habitual o, en todo caso, puede afectar de tal manera las condiciones de trabajo que transformarían prácticamente las condiciones contractuales inicialmente pactadas. En suma, un *ius variandi* ordinario y uno sustancial. Según lo sustenta un sector de la doctrina nacional (Arce), posición a la cual nos adherimos, el artículo 9 de la LPCL solo reconoce el *ius variandi* ordinario o común, por lo que, la facultad de modificar esencialmente las condiciones de trabajo, no está amparada por nuestro ordenamiento jurídico, salvo el caso de la variación del tiempo de trabajo. De esta manera entonces, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo sólo sería viable si así lo contemplara la ley, en tanto en el artículo 9 de la LPCL no reside el fundamento para ello. En esta línea, si las variaciones esenciales no tienen cabida contractual ni legal, su práctica siempre sería irregular, a menos que esta se viabilice mediante una novación contractual.

7. Cabe precisar que dentro del conjunto de alteraciones trascendentales del contrato de trabajo, se tiene que algunas de éstas no necesariamente son inválidas siempre que respondan a intereses o valores que para el ordenamiento jurídico tienen especial interés. En estos supuestos el cambio radical de la condición de trabajo encuentra justificación no en el contrato de trabajo ni en la ley sino en el mismo orden constitucional. Normalmente su implementación se da de manera urgente o rápida dado que de no realizarse de este modo se pondría en peligro la vigencia de ciertos derechos fundamentales (a la vida, a la salud, interés social de la empresa, etc.). Asimismo, la causa que motiva la modificación no es imputable a las partes ni a la actividad normal de la empresa, aunque, por ser imprevisible y ciertamente inaplazable, su duración se extenderá por el tiempo estrictamente necesario para que se tomen las medidas adecuadas.

8. El único tratamiento jurídico de los cambios sustanciales relativos a las funciones y lugar de trabajo en el Perú se realiza mediante la configuración de los actos de hostilidad, cuya consideración permitiría al trabajador afectado dar por terminado su vínculo contractual. Ante este panorama nos surge la siguiente interrogante: ¿Si se permite que tales actos sean tomados en cuenta por el trabajador para dar por concluido el vínculo laboral, qué razón habría para que los mismos no sean resistidos sin tener que dar por terminada la relación de trabajo? Dando respuesta a la inquietud planteada, consideramos que tales movilizaciones podrían ser habilitantes del derecho de resistencia en tanto, si motivan el cese de la relación laboral, con mayor razón aún podrían ser objeto de un desacato justo sin necesidad de que el contrato de trabajo se extinga. Inclusive, el ejercicio del *ius resistentiae* en tales situaciones resultaría beneficioso o conveniente para ambas partes en la medida que, por un lado, el trabajador no tiene porqué obedecer órdenes que escapan a los límites internos del poder dirección, que podrían provocar para éste una serie de inconvenientes, y evita dar por terminado su vínculo contractual mientras que, por el otro, el empleador, ante la desobediencia válida, tendrá más celo en la impartición de sus futuras instructivas y no se verá sancionado con el pago de una reparación económica.
9. En relación con la movilidad funcional tenemos un panorama ciertamente adverso a efectos de determinar a partir de qué momento esta variación rebasa sus límites internos dado que la norma no establece que es una categoría profesional y entrega la total determinación de los sistemas de clasificación profesional al poder empresarial. Ante esta dificultad, habría que acudir a la pauta de las categorías profesionales equivalentes. La equivalencia entre categorías es la regla básica de la cual parte la movilidad funcional ordinaria del trabajador toda vez que cada categoría, aún comprendiendo distintas funciones, podrían tener un grado tal de similitud que permite la adaptación del trabajador de la categoría original al desempeño de las labores propias de la categoría de destino y viceversa con mucha facilidad. Lo importante es que el cambio de funciones no ocasione un

agravio eventual o futuro al trabajador, es decir, que la nueva ocupación no perjudica su formación o íter profesional. Sin embargo, el desacato válido ante la reducción de la categoría y ante la modificación funcional horizontal que no respete la pauta de la equivalencia de funciones, no serían los únicos supuestos que permitirían la resistencia del trabajador dado que la movilidad ascendente también lo será dado que estamos frente ante una modificación sustancial, no amparada por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que en nuestra opinión un trabajador que se ve promovido a un cargo de categoría superior debería estar de acuerdo con su cambio de puesto, caso contrario, sería válida su resistencia.

10. Respecto a la posibilidad de resistirse a la movilidad geográfica tenemos que si se dispone una movilidad fuera del lugar de trabajo cabría la resistencia toda vez que si dicho supuesto califica como un acto de hostilidad, con más razón aún calza como una manifestación del que hemos llamado *ius variandi* sustancial no amparado por la ley. Por otro lado, el traslado de un centro de trabajo a otro para ser objeto de resistencia legítima debe corresponderse con un cambio de domicilio o residencia del trabajador, en otras palabras, si la ubicación del centro de trabajo a donde el empleado será trasladado difiere del ámbito geográfico donde radica éste, la desobediencia no tendría por qué ser sancionada. En definitiva, el elemento que justificaría la resistencia legítima al mandato del traslado a un centro de trabajo estaría dado por el hecho de que el cambio del lugar de trabajo afecte la estabilidad domiciliaria del trabajador, de tal manera que no importaría si la modificación locativa trae consigo la adscripción del empleado a un centro de trabajo diferente.
11. El legislador sí le ha dado un tratamiento a la alteración del tiempo de trabajo, es decir a la variación esencial de la jornada y horario de trabajo, por lo que, respecto de este elemento en particular, el derecho de resistencia verá limitado su espacio de ejercicio aunque no totalmente. El único procedimiento previo a la modificación sustancial

del tiempo de trabajo está dado en función del cambio de jornada mas no con relación a la variación del horario, toda vez que la modificación de aquella se dará luego de la consulta al sindicato, representantes o trabajadores afectados, mientras que en relación con el cambio del horario, la norma no prevé un procedimiento anterior frente a los afectados aunque sí permite que la alteración sea cuestionada ante la autoridad administrativa. En tal orden ideas surge la siguiente inquietud: ¿Cuál podría ser la reacción que los trabajadores afectados podrían adoptar de no seguirse el procedimiento para modificar la jornada de trabajo?, ¿cabría válidamente la resistencia al cambio? Creemos que la inobservancia del modo establecido por la ley, podría habilitar un desacato válido en la medida que se comporta como un mecanismo mediante el cual los trabajadores puedan sugerir una medida alterna o consensuar una solución frente a una alteración radical y unilateral de uno de los elementos esenciales de la prestación de trabajo: la jornada. Por otra parte, todo indicaría que la omisión en la regulación de un procedimiento específico para el cambio de la jornada de un solo trabajador ha sido voluntaria y que, por defecto, esta variación calzaría como facultad ordinaria del empleador y por ende no cabría incumplirla. Se aplicaría la misma lógica para los casos en los que la variación del horario de trabajo individual o colectiva, menor a una hora, se implemente toda vez que inclusive la misma norma faculta al empleador a modificar el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas, es decir, si el horario no es trastocado en más de una hora, no procede la impugnación respectiva en la medida que es una práctica que no escapa a las fronteras internas del poder de dirección. El trabajo en sobretiempo es voluntario y en caso de obligarse su prestación resulta válida la desobediencia, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva, la cual califica como un supuesto de *ius variandi* excepcional.

12. En lo que concierne al tratamiento del *ius resistantiae* frente a la extralimitación de los parámetros externos tenemos que en el marco de una relación laboral el principio de razonabilidad juega un papel cardinal debido, en buena cuenta, al hecho de que aquella supone una evidente disparidad de fuerzas contractuales que implican la detentación de un poder de dirección por parte del empleador cuyo ejercicio puede incurrir en arbitrariedades. Pues bien, a efectos de verificar si una orden de trabajo es razonable o no, consideramos que podemos traer a colación el test de razonabilidad. De acuerdo a este examen, entonces, la instructiva proporcionada al trabajador debe ser idónea a efectos de que la necesidad empresarial (acorde con un requerimiento objetivo, suficiente y coherente de la empresa) que la motiva, cumpla su finalidad. Asimismo, se requiere que dicha indicación empresarial sea la menos gravosa de entre la gama de alternativas que se pudieron haber señalado para cumplir el mismo objetivo. Finalmente se debe tener en cuenta que esta medida idónea y necesaria debe también ser proporcional, es decir la afectación de los intereses del trabajador debe guardar el equilibrio y proporción suficiente con los beneficios que el empleador obtiene con la impartición de la orden en examen. Cabe anotar que existen algunas órdenes de trabajo que a primera vista son arbitrarias y ni siquiera superan un examen de idoneidad. Nos referimos particularmente a aquellas órdenes que implicarían que el trabajador a quien se le dirige, cometa un ilícito penal o civil. En relación con este supuesto se explica que el trabajador no solo está facultado a oponer su *ius resistantiae* –pues, de lo contrario, sería cómplice de un delito– sino también está obligado a denunciar la actividad ilícita del empleador (Pacheco).

13. El otro límite externo del poder de dirección está constituido por el respeto de los derechos fundamentales. En este sentido, los derechos inespecíficos encuentran plena vigencia también en el entorno laboral de una persona y, por lo tanto, no podrían ser desconocidos por el empleador. No obstante no siempre resulta sencillo determinar cuándo el ejercicio del poder de dirección resulta lesivo de los derechos

fundamentales del trabajador, es más en ciertas situaciones tal tarea se caracteriza por ser bastante complicada. Esta complicación se da en virtud de que en el marco jurídico laboral se puede aceptar la posibilidad de que los derechos fundamentales del trabajador puedan verse al menos matizados en atención al adecuado cumplimiento de las obligaciones voluntariamente contraídas por él (Sanguinetti). De alguna manera, para facilitar esta tarea, el test de razonabilidad servirá también para determinar si una instructiva en particular resulta idónea, necesaria y proporcional y por ende respetuosa del derecho constitucional puesto en cuestión. Asimismo el *ius resistentiae* puede desplegar sus efectos como reacción ante una orden de trabajo cuyo cumplimiento podría vaciar también el contenido de derechos fundamentales específicamente laborales. Para efectos de nuestro estudio nos importa apuntar hacia la resistencia oponible a órdenes que afectarían derechos colectivos y en particular las que implicarían una violación de la libertad sindical. Un caso específico y de especial interés se produce cuando a través de la promoción, se pretende lesionar la libertad sindical. Recordemos que el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR (LRCT) no extiende los derechos sindicales a los trabajadores de dirección y confianza, por lo que bastaría que el empleador promueva a un dirigente sindical a cualquiera de estas categorías para que se atente contra la libertad sindical (Toyama).

14. El derecho de resistencia no está regulado explícitamente en ninguna norma laboral. Sin embargo consideramos que existen, por lo menos, cinco (5) dispositivos legales que nos permiten considerar que el derecho de resistencia tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico laboral aunque de manera implícita: al artículo 9 de la LPCL (establece que el empleador tiene las facultades para dictar las órdenes necesarias para la ejecución de estas), el inciso a) del artículo 25 de la misma norma (dispone que la resistencia reiterada a tales instructivas, permitiría el despido del trabajador infractor), el artículo 4 de Ley N° 29635 (tratamiento de la llamada objeción de conciencia como

manifestación de la libertad religiosa), el artículo 63 de la Ley N° 29783 (estipula que el empleador establece las medidas y da instrucciones necesarias para que, en caso de un peligro inminente que constituya un riesgo importante o intolerable para la seguridad y salud de los trabajadores, estos puedan interrumpir sus actividades, e incluso, si fuera necesario, abandonar de inmediato el domicilio o lugar físico donde se desarrollan las labores), el artículo 30 de la LRCT (que prevé que el fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación y que no es exigible el requisito de aceptación del trabajador cuando su traslado no le impida desempeñar el cargo de dirigente sindical). Sin perjuicio de lo anotado, debemos reiterar que existe más de un fundamento normativo del más alto rango normativo que sustenta la resistencia de un trabajador, cuando considere que la vigencia de alguno de sus derechos fundamentales se pone en riesgo de acatarse una orden impartida. Nos referimos al artículo 23 de la Carta Fundamental y con este todo el entramado normativo constitucional que reconoce derechos específicos e inespecíficos al trabajador.

15. Por su parte la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, ha dejado entrever que ciertas órdenes no tienen porque ser obedecidas como es el caso de la rebaja de categoría que denigra la dignidad y la ocupación efectiva del trabajador, el cambio de localidad de trabajo en donde la vida del trabajador y de su familia podría correr peligro, si éstas sobrepasan razonablemente las funciones del trabajador, la variación de la jornada de trabajo afecta las fiestas de guardar del empleado de acuerdo a su credo religioso, la orden que deniega una licencia sin goce de haberes de un dirigente sindical que servirá para asistir a una reunión internacional de asociaciones sindicales, la indicación de suscribir un nuevo contrato sujeto a modalidad pese que este ya se había desnaturalizado, entre otras.

16. Ante esto, surge la duda respecto a si este tratamiento es suficiente o si haría falta que un tema de tal envergadura, tenga que ser regulado de manera particular. En este sentido tenemos también la latente inseguridad jurídica que afronta el trabajador en relación con el particular y lo complicado que le resulta el ejercicio de sus derechos. Recordemos que la ley le obliga a obedecer de forma expresa únicamente aquellas órdenes empresariales ejercidas en el regular ejercicio del poder de dirección del empleador; sin embargo, la realidad de las cosas conmina prácticamente al trabajador a cumplirlas todas. Ahora bien, un argumento en contra de que se regule exhaustivamente las situaciones en las que resulta válido el derecho de resistencia radica en el hecho de que la gama de supuestos en los que se puede presentar esta posibilidad es innumerable y diversa, lo cual dificultaría la labor legislativa de tipificar las situaciones que habilitarían el incumplimiento legítimo o en todo caso resultaría escasa o insuficiente. La interrogante no resulta fácil de resolver; no obstante, podríamos apuntar que es factible elaborar una suerte de regulación algo dúctil, que a partir de ciertos criterios generales, admita la posibilidad razonable de que otros supuestos, no tratados de manera específica, puedan habilitar la práctica del *ius resistentiae*. Habría que incidir en el hecho de que el derecho de resistencia requiere que los trabajadores justifiquen de manera razonable su alegación, y para ello deberán evitar actitudes que atenten contra la buena fe laboral. De la misma manera, los jueces deberán examinar exhaustiva y detalladamente los supuestos al respecto que les compete analizar. Asimismo resultará una consecuencia lógica que un empleo abusivo de este derecho habilitaría al empleador a proceder con las medidas disciplinarias que correspondan en cada caso.

17. El estudio abordado hasta aquí sería incompleto si es que no nos referimos también a un tratamiento procesal que permita apreciar de qué manera se puede buscar una protección efectiva frente a actos que vulneren el derecho de resistencia. En este sentido, tenemos, en primer lugar, que la impugnación de una sanción disciplinaria, cualquiera que

sea, impuesta con la finalidad de neutralizar el ejercicio del derecho de resistencia, podrá encauzarse, en principio, ante un juzgado especializado de trabajo y vía proceso ordinario laboral. Por otro lado, si el empleador justifica el despido en el desconocimiento reiterado de las órdenes de trabajo, ya sea de manera explícita o encubierta, estamos fuera de los supuestos de nulidad de despido taxativamente regulados en el artículo 29 de la LPCL, únicos habilitantes de la reposición del trabajador en el cauce procesal ordinario, por lo que el novísimo proceso abreviado resultaría inviable. No obstante, puede darse el caso de que tras la aparente justificación, mediante alguna de las causales previstas para tales efectos, se esconda en realidad cualquiera de los motivos prohibidos de disolución del vínculo recogidos en el artículo 29 de la LPCL. De esta manera, se puede concluir que es procedente la tramitación célere de este despido vía proceso abreviado y la consecuente protección restitutoria aunque solo si es impugnado como nulo dado que el esquema legal de la reposición está previsto básicamente en dicho dispositivo. Ahora bien, cabe rescatar que recientemente se ha emitido un pleno jurisdiccional supremo laboral que considera que en la vía procesal laboral se puede obtener la reposición cuando estemos frente a un despido incausado o fraudulento, inclusive en aquellos procesos aún regidos por la Ley N° 26636. A partir de esta nueva óptica, prácticamente la vía abreviada laboral, en relación con los despidos incausados y fraudulentos, se comporta como una senda igualmente satisfactoria en comparación al amparo. En tal sentido, los afectados en su derecho de resistencia, mediante despidos que podrían ser calificados como fraudulentos, podrían encontrar en aquella una senda procesal que les brinde una protección restitutoria.

- 18.** Cabe recordar que el novísimo proceso abreviado laboral se ha previsto también para aquellos casos en los se pretenda reparar una vulneración de la libertad sindical. En efecto, el inciso 3 del artículo 2 de la Ley N° 29497 estipula que el juez de trabajo será competente para revisar, bajo este tipo de proceso, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical. En este sentido, ante una sanción disciplinaria por un

incumplimiento que pretende proteger este derecho, la vía laboral abreviada podría permitirle al trabajador afectado que su desacato sea validado.

19. En relación con la procedencia del amparo como vía que permitiría la salvación del *ius resistentiae* y cuando el juez constitucional verifique la resistencia de órdenes irregulares alegada por el empresario para despedir al trabajador demandante, tendría que concluir que la causal imputada no calificaría como falta meritoria de despido en la medida en que se está reprimiendo una serie de incumplimientos permitidos, es decir, el empleador basa su decisión extintiva en una causal no regulada como habilitadora del despido, es decir tendría que llegar a la conclusión de que se ha producido un despido fraudulento. A la misma idea también tendría que arribar si verificara que en realidad el motivo subyacente a la causal alegada por el empleador, esconde una reprimenda irregular por una desobediencia permitida dado que se estaría sancionando una falta inexistente, falsa o imaginaria. Pese a lo dicho, se tiene que la anomia legislativa que caracteriza el *ius resistentiae* en nuestro país, complica determinar en qué casos o situaciones un trabajador puede válidamente desacatar una orden de su empleador, más aún cuando la jurisprudencia y un sector de la doctrina tienden a considerar que el trabajador no puede resistirse a cumplir las órdenes de su empleador que considera injustas pues ello implica un cuestionamiento al poder de dirección. Quizás con una regulación sobre el particular, el panorama respecto a la protección constitucional del derecho de resistencia dejaría de tener buena parte de estas complicaciones. Se presenta la misma dificultad si la verdadera razón del cese, la resistencia válida, se encuentra escondida bajo una causal inexistente.
20. En función de la inobservancia de los derechos fundamentales, mediante la sanción de un desacato que apunta a cautelar la vigencia de aquellos, el proceso constitucional podría servir para salvaguardar el derecho de resistencia. Nos explicamos: la medida disciplinaria que

violenta un incumplimiento válido de una orden de trabajo que trastocaría un derecho fundamental, lesionaría también, a este último, es decir, la sanción disciplinaria atacaría una desobediencia que intenta salvaguardar un derecho constitucional y por ende también trastocaría la vigencia de éste. En estos casos el despido no solo calificaría como fraudulento, al sancionar una resistencia justificada, sino también como lesivo de derechos fundamentales. Pese a lo anotado, tenemos que el amparo, en tanto no contiene una etapa procesal que permita una actuación probatoria compleja necesaria en la mayor parte de violaciones de derechos fundamentales (entre ellos la libertad sindical), en virtud de que existe ahora la vía abreviada laboral, en aplicación de los criterios jurisprudenciales del TC sobre la procedencia del amparo laboral y tomando en cuenta lo previsto en el inciso 2 del artículo 5 del CPC, podría considerarse improcedente cuando se trate de impugnar un despido que lesiona el *ius resistentiae* avalado en un derecho constitucional.

21. Tratando de conectar las garantías cautelares laborales con el tema objeto de este trabajo tenemos que algunas de ellas permitirían que el empleado afectado pueda garantizar la eficacia de su *ius resistentiae*. Hemos anotado que el cese que vulnera este derecho tendría que impugnarse en la vía laboral como si se tratara de un despido arbitrario, nulo-y ahora también incausado o fraudulento- o como uno que vulnera la libertad sindical. En el primer caso, la protección que otorgaría la senda laboral sería la indemnización a la que se refieren los artículos 34 y 38 de la LPCL. En tal sentido, al tratarse de una reparación económica, las medidas cautelares más propicias para garantizar su cobro serían las que comprende la modalidad del embargo. En los dos supuestos restantes, es decir cuando el derecho de resistencia afecta la libertad sindical del trabajador despedido u otro derecho fundamental del trabajador, la denominada reposición provisional podría entrar a tallar. En algunos casos, inclusive, la reposición provisional procedería sin necesidad de que el trabajador agraviado pruebe el peligro en la demora y sin ofrecer contracautela, de acuerdo al artículo 55 de la NLPT.

- 22.** Junto a la reposición provisional, la NLPT ha recogido la medida cautelar de la asignación provisional mensual cuyo monto es fijado por el juez y el cual no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, con cargo a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Dicha garantía podría ser solicitada por el trabajador que afronta cualquiera de estas dos últimas situaciones. Otra de las medidas cautelares que permitirían al trabajador tutelar válidamente su derecho de resistencia se reflejan en las llamadas medidas de no innovar, las cuales, ciertamente, otorgan al trabajador “desobediente” una herramienta que le sirve mucho para enfrentar el poder directivo del empleador que se vuelve abusivo en tanto podría operar como un control jurisdiccional *ex ante*, lo cual otorga un carácter preventivo que aseguraría a dicho empleado la cristalización en el goce de los derechos que se ven amenazados con la orden cuyo cumplimiento es resistido (Mendoza).
- 23.** Como no podía ser de otro modo, el proceso constitucional de amparo admite que en su seno el afectado en su derecho fundamental pueda solicitar la medida cautelar que más convenga a su derecho, aunque cabe anotar que el CPC realiza unas precisiones al respecto. En efecto en un proceso constitucional no procederían, por ejemplo, las denominadas medidas anticipadas, las que se interponen antes del proceso, el embargo y el secuestro en todas sus modalidades y consecuencias. Quedan habilitadas entonces las medidas cautelares innovativas, las que prohíben la innovación y las genéricas.

Bibliografía

AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Palestra. Lima, 2004.

AA.VV. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ara. Lima, 2011.

ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Undécima edición. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995.

ARCE ORTIZ, Elmer.

- *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra. Lima, 2008.
- “La determinación de la prestación de trabajo en el contrato laboral (los casos de la determinación geográfica y funcional)”. En: *Trabajo y Seguridad social- Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley. Lima, 2008.

BAZÁN, José y MADRID, Raúl. “Racionalidad y razonabilidad en el Derecho”. En: *Revista chilena de Derecho*. Volumen 18. N° 2. Santiago, 1991.

BILBAO UBILLÚS, Juan. “La Eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares”. *Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Madrid, 1997.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos:

- *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007.
- *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Segunda edición. ARA editores. Lima, 2006.

CAIRO ROLDÁN, Omar. “La consolidación del amparo subsidiario en el Perú”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 148. Gaceta Jurídica. Lima, Marzo 2006.

CANO GALÁN, Yolanda. “Derechos y deberes de los trabajadores”. En: *Temas actuales de Derecho Laboral*. Normas Legales. Trujillo, 2005.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis:

- *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Segunda edición. Palestra. Lima, 2006.

- “El Valor Jurídico de la Persona Humana”. En: *Revista Gallega de Cooperación Científica Iberoamericana*. Nº 11. Santiago de Compostela, 2005.
- *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data*. ARA-Universidad de Piura. Lima, 2004.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Javier. “La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el estatuto de los trabajadores”. En: *Revista de Política Social*. Nº 121. Madrid, 1979.

CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos:

- (en coautoría con García Granara y González Hunt) “Promoción del Trabajo, Empleo Productivo y Educación para el Trabajo. Comentario al artículo 23º de la Constitución”. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.
- “Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional”. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Academia de la Magistratura-SPDTSS. Lima, 2004.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. “La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal”. En: *Revista de Política Social*. Nº 125. Madrid, 1980.

DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Cuarta edición, Porrúa. México D.F., 1981.

DONAYRE MONTESINOS, Christian. “El carácter residual del amparo en el código procesal constitucional peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos”. En: *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista. Lima, 2005.

ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. “Crítica de la subordinación”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Néstor de Buen Lozano*. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 2003.

ESPINOZA- SALDAÑA BARRERA, Eloy. “La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones”. En: *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista. Lima, 2005.

FABREGAT MONFORT, Gemma “La posición del trabajador ante las ordenes empresariales ¿ius resistentiae o solve et repete?”. En: *Revista de treball, economia i societat*. Nº 27. Generalitat, Valenciana: Comité economic i social de la Comunitat Valenciana. Valencia, 2003.

GARCÍA BIRIMISA, Eduardo. “El ejercicio del poder de dirección y el uso del correo electrónico en el ámbito de trabajo”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley. Lima, 2009.

GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. “Las obligaciones implícitas o inherentes de los trabajadores”. En: *Soluciones Laborales*. N° 36. Gaceta Jurídica, diciembre de 2010.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo”. En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N° 58. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2005.

GIL Y GIL, José. *Principio de buena fe y poderes del empresario*. Mergablum. Sevilla, 2003.

GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa. “La Dimisión Provocada: Estudio Sistemático del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”. Universidad de Granada. Granada, 2008.

HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. “Poder de dirección del empleador”. En: *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Universidad Nacional Autónoma de México Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 1997.

LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Editorial Bosch. Barcelona, 1999.

MARTÍNEZ VAL, Josemaría. “El contenido esencial de la libertad de empresa”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*. N° 3. Barcelona, Julio-Septiembre de 1982.

MENDOZA LEGOAS, Luis:

- “La contracautela en el diseño de la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. N° 45. Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2011.
- *Las medidas cautelares laborales. Su impacto en la solución de las controversias individuales surgidas en las relaciones laborales de naturaleza privada*. Ara. Lima, 2011.
- “La protección jurisdiccional de la libertad sindical. Concepto y regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Retos del Derecho del Trabajo Peruano: nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo*. SPDTSS. Lima, 2010.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Segunda edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.

MONTOYA MELGAR, Alfredo:

- *Derecho del Trabajo*. Trigésima edición. Tecnos. Madrid, 2009.
- “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 48. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2004.
- “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”. En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 23. Madrid, 2000

NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007.

NAVARRO AMARO, Salvador. “Una concepción desfasada del deber de obediencia del trabajador. Comentario a la STSJ Cataluña, de 6 mayo 2004 (AS 2004, 2272)”. En: *Arazandi Social*. Nº 3. Aranzadi-Thomson. Navarra, 2004.

OLMO BAU, Carlos. “Ius resistentiae: De la objeción de conciencia a la desobediencia colectiva en el ámbito laboral”. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11, Madrid, 2007/2008.

PACHECO ZERGA, Luz:

- *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Universidad de Navarra. Navarra. 2006.
- “Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional”. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Academia de la Magistratura-SPDTSS. Lima, 2004.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA. *Derecho del Trabajo*. Novena edición. Centro de Estudios Ramón Aceres. Madrid, 2001.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Tercera edición. Depalma. Buenos Aires, 1998.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los efectos de la <<Amparización>>”. En: *Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Provisional*. Primera edición. Academia de la Magistratura-SPDTSS. Lima, 2004.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “Buena Fe y ejercicio de poderes empresariales”. En: *Relaciones Laborales*. Nº 2. La Ley. Madrid, 2003.

ROMÁN DE LA TORRE, María. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*. Comares. Granada, 2000.

SACO BARRIOS, Raúl. *Jus Variandi. Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación laboral*. CIAT-OIT. Lima, 1993.

SAGÜES, NÉSTOR. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Volumen 3. Cuarta edición. Astrea. Buenos Aires, 1995.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo:

- “Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. En: *Revista Foro Jurídico*. N° 4. Lima, 2002.
- “El trato diferenciado en el ejercicio de la potestad disciplinaria como causa de nulidad del despido”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 114. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2008.

SERRANO OLIVARES, Raquel. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*. Consejo Económico y Social. Madrid, 2000.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge:

- “Igualdad religiosa laboral, empleadores de tendencia y objeción de conciencia”. En: *Soluciones Laborales*. N° 37. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2011.
- *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica. Lima, 2008.

VALDÉS DAL RÉ, Fernando:

- “Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador”. En: *Libro de Informes Generales, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Montevideo, 2003.
- “La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del ius variandi”. En: *Revista de Política Social*. N° 103. Madrid, 1974.

VALLE BENITES, José. “El proceso cautelar en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. N° 34. Gaceta Jurídica. Lima, octubre de 2010.

VALLE MUÑOZ, Francisco. *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*. Consejo Económico y Social. Madrid, 1998.

VIDAL SALAZAR, Michael. "La tutela cautelar en el nuevo proceso laboral peruano". En: *Retos del Derecho del Trabajo Peruano: nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo*. SPDTSS. Lima, 2010.

VILLAVICENCIO, Alfredo. "PROEM". En: *Coyuntura Laboral*. N° 9. Desco. Lima, 1996.

Jurisprudencia citada

1. Tribunal Constitucional

Exp. N° 01846-2005-PA/TC

Exp. N° 02382-2007-PA/TC

Exp. N° 3330-2004-AA/TC

Exp. N° 00535-2009-PA/TC

Exp. N° 0895-2001-AA/TC

Exp. N° 5185-2009-PA/TC

Exp. N° 0048-2004-PI/TC

Exp. N° 976-2001-AA/TC

Exp. N° 1124-2001 AA/TC

Exp. N° 9707-2005-PA/TC

Exp. N° 06144-2006-PA/TC

Exp. N° 206-2005 PA/TC

Exp. N° 2158-2006-PA/TC

Exp. N° 02893-2009-PA/TC

Exp. N° 01420-2008-PA/TC

Exp. N° 06356-2006-PA/TC

Exp. N° 0015-2005-PI/TC

Exp. N° 01139-2007-PA/TC

Exp. N° 01603-2011-PA/TC

Exp. N° 03963-2010-PA/TC

Exp. N° 04410-2011-PA/TC

Exp. N° 2926-2010-PA/TC

Exp. N° 03190-2010-PA/TC

Exp. N° 03960-2010-PA/TC

Exp. N° 01530-2010-PA/TC

Exp. N° 03889-2010-PA/TC

Exp. N° 02376-2010-PA/TC

2. Procesos de amparo resueltos por Salas Superiores

Exp. N° 02168-2010-0-1701-JR-CI-02

Exp. N° 00524-2011-0-1701-JR-CI-02

3. Plenos Jurisdiccionales

Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral de 2012

4. Corte Suprema de Justicia de la República

Casación N° 298-99-LIMA

Casación N° 3034-2009-HUAURA

Casación Laboral N° 505-2010-LIMA

Casación Laboral N° 3979-2011-TACNA

Casación Laboral N° 4961-2011-TACNA

5. Salas Laborales

Exp. N° 2425-91-CD

Exp. N° 3584-2005 HOST(S)

Exp. N° 5358-2004-IDA(S)

Exp. N° 1586-2006-MC

5. Jurisprudencia española

Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 2 noviembre de 1983 (RJ/5563)

Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de fecha 12 enero de 1982 (RTCT/26)

Sentencia del Tribunal Supremo del 7 marzo de 1986 (RJ/1277)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 7 mayo de 2002 (AS/2042)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 1 octubre de 1993 (AS/4238)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 21 diciembre 2009 (AS 2010/684)

Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 90/1997

Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 99/1994

6. Resoluciones e informes de la Dirección General de Trabajo

Resolución Directoral General N° 03-2012/MTPE/2/14

Resolución Directoral General N° 04-2012/MTPE/2/14

Informe N° 031-2011-MTPE/2/14

Informe N° 07-2012-MTPE/2/14