

TESIS DOCTORAL

LA MOVILIDAD FUNCIONAL DEL
TRABAJADOR EN LA EMPRESA

Por: Fco. Andrés Valle Muñoz

Directores de la Tesis Doctoral:

Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

Dra. Julia López López.

BARCELONA, 1997

(3 de 9)

no se produciría en los casos de polivalencia funcional³⁴⁸.

En este punto la doctrina francesa³⁴⁹ ya ha señalado cómo el objeto del contrato de trabajo, al consistir en la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, aparece de por sí más determinable que determinado. Pero subraya cómo esta cierta determinabilidad del contrato tiene unos contornos bien definidos, fijados por la cualificación del trabajador, su clasificación profesional y su salario. De este modo, la imprecisión del objeto del contrato no es total y tales límites deben ser respetados, por lo que un trabajador podría legítimamente rechazar el cumplimiento de aquellas tareas que no formasen parte de las obligaciones de su categoría profesional tal y como aparecen definidas por el convenio colectivo.

e) Igualmente se ha entendido que el hecho de que el empresario determine sucesivamente el objeto de la prestación en cada momento de la jornada iría en contra del artículo 1256 del Código Civil que impide para la validez del contrato que su cumplimiento pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. De no entenderse así el pacto de polivalencia abriría la puerta al abuso de derecho³⁵⁰.

f) Por último, se ha señalado que la extensión de la polivalencia de funciones podría fomentar unas diferenciaciones entre trabajadores cada vez más preocupantes en el ámbito de las relaciones laborales, y ello porque la mayor capacidad por parte del empresario de definir el perfil funcional de los nuevos trabajadores chocaría frente a las fórmulas más garantistas de los antiguos que ya tienen fijado el objeto de su contrato³⁵¹.

Siendo estos los seis pilares básicos en los que se ha centrado la crítica doctrinal, se han formulado criterios correctores con los que se pretende compensar esa falta de eficacia jurídica que de por sí parece llevar aparejado el pacto de polivalencia funcional. En cualquier caso, se ha de tener presente que la polivalencia debe ser real, con delimitación de las

³⁴⁸. - PALOMEQUE LOPEZ M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, op. cit. pag. 832, ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 183, MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 87. El mismo autor en "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 330, ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 139, DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral...", op. cit. pag. 27.

³⁴⁹. - RAY, J.E., "La mobilité du salarié, aspects individuels", op. cit. pag. 435, DAUGAREILH, I., "Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités", op. cit. pag. 135.

³⁵⁰. - ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 184. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 28.

³⁵¹. - DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral...", op. cit. pag. 52.

categorías afectadas, no siendo admisible el pacto por el que el trabajador facultase al empresario a exigir en cualquier momento tareas distintas a las comprometidas.

Como decíamos, han sido dos las vías de actuación con las que se pretende compensar la falta de eficacia jurídica de la polivalencia: la primera de ellas ha consistido en hacer extensible los límites impuestos por el artículo 39 para la movilidad funcional a los supuestos de polivalencia funcional; la segunda se ha basado en interpretar restrictivamente los criterios de clasificación de "*grupo profesional*" y "*categoría profesional*" en orden a la polivalencia.

a) Por lo que se refiere a la primera vía de actuación (la extensión de los límites de la movilidad funcional a los supuestos de polivalencia) un sector de la doctrina ha señalado que la única posibilidad de salvar la legalidad del precepto consistiría en exigir en los casos de polivalencia dos de los límites impuestos a la movilidad funcional: la causalidad de la decisión empresarial y el respeto de los derechos profesionales³⁵².

Causalidad puesto que no son admisibles los contratos sin causa, tal y como estipula el artículo 1261 del Código Civil. Y el respeto a los derechos profesionales porque, de lo contrario, el trabajador estaría renunciando por contrato a derechos reconocidos como indisponibles por normas de Derecho necesario, lo que iría en contra del principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET). De este modo, en los pactos de polivalencia funcional la profesionalidad del trabajador se convertiría en un derecho que configuraría el contenido de la prestación, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo³⁵³.

Otro sector de la doctrina ha ido más allá y ha entendido que a la polivalencia le serían aplicables no sólo el límite de la causalidad y del necesario respeto de los derechos profesionales, sino todos y cada uno de los límites impuestos por el artículo 39 del ET entre ellos, además, el límite temporal y el mantenimiento de la retribución por las funciones

³⁵². - MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 87, y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 330.

³⁵³. - DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 28, para quien en los casos de polivalencia la profesionalidad configuraría el contenido de la prestación, tanto desde un punto de vista objetivo (para que el trabajador sea capaz de estimular la promoción y formación profesional en el trabajo), como subjetivo (respecto de la adecuación del trabajo a desarrollar con la cualificación personal exigida al trabajador en el momento de su contratación). Vid. art. 6. CC 1995 de Agencias de Viajes. (BOE nº 53 de 1 de Marzo de 1996): "Se entiende por Polivalencia de funciones, la posibilidad que se estima existente en cada trabajador adscrito a un nivel de responsabilidad determinado de asumir los distintos cometidos funcionales propios de cada uno de ellos, siempre que no sean entre sí manifiestamente incompatibles o impliquen un tratamiento discriminatorio o vejatorio por parte de la empresa".

realizadas³⁵⁴ (en este punto la doctrina francesa llega a incluso a señalar que las cláusulas contractuales de movilidad funcional no deben comportar, además, abuso de derecho, ni intención de perjudicar por parte del empresario, ni atentar a las libertades básicas del trabajador³⁵⁵, ni vulnerar, por otra parte, las normas colectivas reguladoras de la misma)³⁵⁶. Un representante de esta tendencia es SALA FRANCO para quien junto con la polivalencia del artículo 22.5 del ET, y pese a que la ley no lo prevé expresamente, existen unos supuestos de "polivalencia funcional impuesta por el empresario", a la que él llama movilidad funcional parcial. En la movilidad funcional parcial el trabajador es movilizad para desempeñar funciones correspondientes a otros grupos o categorías profesionales distintos de los contratados sin dejar de desempeñar las propias de su categoría profesional o grupo, produciéndose así una acumulación de funciones intergrupales o intercategoriales³⁵⁷. Según este autor, si se tratase de una polivalencia funcional permanente habría de estar a lo dispuesto en el artículo 39.5 del ET, por tratarse de una movilidad funcional extraordinaria constitutiva de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Sin embargo, a toda esta línea doctrinal cabe oponer que movilidad funcional y polivalencia funcional, a pesar de su similitud, son figuras distintas. La polivalencia funcional responde a un acuerdo de voluntades derivado de la autonomía individual de las partes. Dicho acuerdo, que se plasma "ab initio" de la relación laboral, determinará la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, que podrá ser objeto de especificación por parte del empresario a través del poder de dirección y, por otro lado, podrá ser objeto de variación. Por el contrario la movilidad funcional en sentido amplio, como se recoge en el artículo 39

³⁵⁴.- QUINTANILLA NAVARRO, B., "Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución: criterios jurisprudenciales", *Actualidad laboral* n° 46, 1996, pag. 899. Para esta autora "el que se reconozca desde el inicio de la relación laboral que el trabajador va a realizar funciones a las que corresponde una retribución diferente, no impide que en el caso de que desempeñe funciones de retribución mayor a la habitual, se le deba retribuir de acuerdo con ellas". ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional..", op. cit. pag. 185, quien indica que "salvo que estemos ante una profunda hipocresía legal, no cabe pensar que la norma está posibilitando un pacto a través del que sus propias disposiciones sobre movilidad funcional no requieran aplicación".

³⁵⁵.- DAUGAREILH, I., "Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités", op. cit. pag. 140: "la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, objeto del contrato de trabajo, no es una cosa ordinaria. El empleo, en el nombre y a causa del cual se justifican las movilizaciones, no debe banalizar los riesgos de un derrumbamiento de las libertades.

³⁵⁶.- RAY, J.E., "La mobilité du salarié, aspects individuels", op. cit. pag. 434.

³⁵⁷.- Cfr. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV. *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. pag. 77. Señala ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 259, que el instituto debe considerarse como un caso de "movilidad convenida" y que principalmente es una solución pensada para resolver los conflictos que puedan surgir ante un encuadramiento defectuoso del trabajador.

del ET, regula el poder unilateral del empresario que puede consistir entre otras cosas, bien en especificar la prestación laboral convenida (movilidad funcional estricta) mediante el ejercicio del poder de dirección, bien en variar las funciones inicialmente pactadas mediante el ejercicio del "ius variandi"³⁵⁸.

Como indicara CRUZ VILLALON³⁵⁹, las limitaciones a la movilidad funcional (las del actual art. 39 del ET) no rigen cuando las modificaciones se producen como consecuencia de un acuerdo voluntariamente asumido por trabajador y empresario (como es el caso de la polivalencia funcional), pues las limitaciones del artículo 39 se dirigen a regular los poderes organizativos del empresario, y los límites allí establecidos sólo son oponibles frente a los cambios impuestos unilateralmente.

Sin embargo, una situación distinta sería aquella en que, acordada la polivalencia funcional entre trabajador y empresario, este último, en el uso legítimo del "ius variandi" regulado por el artículo 39 del ET ordenase al trabajador la realización de funciones inferiores o superiores a aquellas inicialmente pactadas bajo la forma de polivalencia. Es decir, cabría cuestionarse por ejemplo si pactada una polivalencia funcional consistente en el desempeño por el trabajador de varias categorías profesionales afines entre sí y correspondientes al mismo grupo profesional, podría el empresario en el ejercicio del "ius variandi" destinar al trabajador a realizar funciones inferiores o superiores.

En este orden de cosas, no habría inconveniente en entender aplicables los límites impuestos por el artículo 39 en toda su extensión en la medida que estaríamos frente a un cambio impuesto por el empresario unilateralmente. Y ello sería así porque el "ius variandi" (como facultad empresarial de cambiar la prestación debida con carácter provisional) y la modificación sustancial de las condiciones (como facultad empresarial para modificar las condiciones con carácter definitivo) expresan facultades unilaterales empresariales de carácter exorbitante en relación con el poder de dirección ordinario, y que exigen por ello el sometimiento a unas reglas predeterminadas por el legislador.

³⁵⁸. - Ver al respecto ALEMAN PAEZ, F., "La polivalencia...", op. cit. pag. 19, diferenciando lo que es la polivalencia del "ius variandi" propiamente dicho.

³⁵⁹. - CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit pag. 341. SALA FRANCO, T., "El ingreso al trabajo..." AA.VV. *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes...*, op. cit. pag. 63, entiende a su vez que si a través del acuerdo entre empresario y trabajador se especificase absolutamente la prestación laboral, no habrá movilidad funcional sin acuerdo entre las partes.

b) Vista la difícil aplicación de esta primera vía interpretativa se ha optado por una segunda: la de interpretar restrictivamente los criterios de clasificación que pueden ser objeto de polivalencia funcional (el grupo profesional y la categoría profesional), y es que, como indicara en la doctrina francesa RAY³⁶⁰: "el abuso en ciertos contratos, de la "polivalencia" (vendedora, cajera, almacenista,) puede llevar al jurista a preguntarse sobre el objeto exacto del contrato. Pero en la práctica, el trabajador no estará interesado en invocar la nulidad de aquél, siendo el verdadero problema el de la clasificación profesional del trabajador en estos casos".

Como se observará, se prescinde del "nivel" como criterio de clasificación profesional pues como ya se ha indicado el nivel retributivo no puede formar parte de un sistema de clasificación profesional al no formar parte de la prestación laboral objeto del contrato sino de la contraprestación salarial. Los niveles retributivos ni constituyen criterios de identificación funcional ni pueden ser objeto de pactos de polivalencia funcional³⁶¹. Por otra parte, la falta de exigencia de que los niveles sean "retributivos" permitiría interpretar que la mención es respecto a niveles funcionales o profesionales³⁶².

Por lo que se refiere al grupo profesional, se ha interpretado que la polivalencia entendida como realización de funciones correspondientes a dos o más grupos profesionales, sería un tipo de polivalencia en que habría que estar a la definición de grupo profesional efectuada por la negociación colectiva. Pero en cualquier caso no será admisible la polivalencia si el grupo profesional negociado en los sistemas de clasificación se corresponde con el definido por el artículo 22 del ET en la medida en que, como ya se ha expuesto, impediría la determinación del objeto del contrato³⁶³.

Por lo que se refiere a las categorías profesionales, se ha entendido que la polivalencia como realización de funciones correspondientes a dos o más categorías profesionales sólo será posible si las categorías contratadas son equivalentes entre sí, hecho que permitiría

³⁶⁰.- Cfr. RAY, J.E., "La mobilité du salarié, aspects individuels", op. cit. pag. 435,

³⁶¹.- De manera expresa: ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 181. Prescinden también de incluirlos, entre otros autores: MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 86, y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 330. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 194.

³⁶².- Así ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 259, menciona a "niveles de encuadramiento", indicando a continuación que se abre el elemento del criterio clasificatorio, aludiendo a nuevas fórmulas de estructuración profesional basadas en sistemas analíticos o factores de valoración.

³⁶³.- ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional"..., op. cit. pag. 186.

incluir tareas complementarias, conexas y no especialmente complejas³⁶⁴.

Sin embargo restringir la polivalencia funcional al seno de las categorías equivalentes supone desconocer que el propio artículo 22.5 señala que la "*equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes*". De este modo, y sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, si por prevalente hay que entender las funciones que son superiores, ello significa que puede que el trabajador sea contratado para la realización de dos o más categorías, algunas de las cuales puedan ser superiores a las otras.

Concluyendo todo lo hasta aquí expuesto, cabe entender que la polivalencia sólo es predicable entre categorías profesionales y no entre grupos profesionales³⁶⁵ (ni entre categorías pertenecientes a grupos profesionales distintos).

Dando un paso más, aunque resulta plenamente acertado el posicionamiento doctrinal que identifica la polivalencia con la realización de funciones propias de dos o más categorías³⁶⁶ pertenecientes al mismo grupo profesional, parece ser que también es posible otro "modus operandi" basado en la utilización de la categoría polivalente. Según este criterio, la determinación de la prestación debida por el trabajador en virtud de su contrato de trabajo

³⁶⁴.- Han entendido que la polivalencia debe circunscribirse al pacto de funciones correspondientes a dos o mas categorías equivalentes: PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 832. ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 438. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 186. Por el contrario, ALEMAN PAEZ, F., señalaba con la anterior regulación, "La polivalencia funcional...", op. cit. pag. 19, que no debía confundirse polivalencia funcional con equivalencia funcional.

³⁶⁵.- CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 20, para quien la norma contemplaría la posibilidad de que se pactase la realización de funciones correspondientes a dos o más categorías, o grupos (es decir, funciones propias de categorías incluidas en distintos grupos profesionales).

³⁶⁶.- MARTIN VALVERDE, A., et alt. en *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 536, señala que la polivalencia "es la posibilidad de ocupar puestos de trabajo correspondientes a categorías profesionales distintas y ello por exigencias del proceso productivo". DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 193, señala que la polivalencia funcional es aquella en la que "se desempeñan funciones de distintas categorías". ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 181, define la polivalencia como aquella situación jurídica a través de la cual "al trabajador le son exigibles por el empresario funciones no sólo de las correspondientes en sentido estricto a la categoría profesional, sino funciones propias también de otras categorías". En el mismo sentido, FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica...", op. cit. pag. 101. Este criterio parece ser el mantenido por ciertos Convenios Colectivos tras la reforma de 1994 bajo la siguiente fórmula: "se podrá acordar en contrato la polivalencia funcional, es decir, la realización de labores propias de dos o más categorías. Las empresas, en caso de ser necesario, podrán establecer polivalencia funcional con respecto de las categorías profesionales que, dentro del mismo grupo profesional, tengan la misma retribución según las tablas salariales del presente CC y para algún trabajador, aunque tal circunstancia no se haya estipulado en el contrato". art. 10 del I CC 1994-1996 de Colegios Mayores Universitarios, (BOE nº 52, 2 Marzo de 1995).

se llevaría a cabo mediante la atribución al mismo de una determinada categoría profesional. Dado que cada categoría profesional podría tener asignadas diversas funciones, y en el caso de las categorías polivalentes, funciones realmente distintas, el empresario podría "mover" al trabajador de una función a otra en el ejercicio ordinario de su poder de dirección. De este modo, la movilidad sería mayor o menor según fuera más o menos amplio el elenco de funciones encomendada a la categoría polivalente³⁶⁷.

En realidad entiendo que existen dos procedimientos alternativos para establecer la polivalencia: aquél que consiste en la asignación al trabajador de dos o más categorías profesionales; y aquél que consiste en la construcción de una sólo categoría profesional pero polivalente (y por consiguiente con funciones diversas). Lo que ocurre es que la diferencia puede obedecer a razones varias. Así por ejemplo, la categoría polivalente de conductor-cobrador en los autobuses urbanos nace al desaparecer la categoría previamente existente del cobrador. Pero si no se hubiera extinguido la misma, entonces algunos trabajadores podrían tener un pacto de polivalencia consistente en realizar las dos categorías: conductor y cobrador³⁶⁸.

4.5.5.- El acto de calificación del trabajador en la polivalencia funcional.-

Una vez acordada la polivalencia funcional, la equiparación del contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo "*se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes*". Las dos operaciones jurídicas que consisten en el establecimiento del contenido de la prestación laboral y en la equiparación a un sistema de clasificación profesional (acto de calificación) también aparecen en los supuestos de polivalencia funcional. Sin embargo, según vimos anteriormente, no es que existan dos operaciones jurídicas (la de determinación de la prestación y su subsunción en el sistema de clasificación) sino que la primera consiste en la segunda. Por ello el problema que se plantea con la polivalencia funcional es que, pactada por las partes la realización de funciones correspondientes a dos o más categorías, y equiparadas las funciones a un sistema convencional de clasificación profesional, queda por determinar cual será el criterio en base al cual realizar la equiparación.

³⁶⁷.- ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 131.

³⁶⁸.- ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 131. Vid. sobre la delegación de esta manteria a la autonomía colectiva el art. 9 del Acuerdo Marco 1996 de Agencias Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo (BOE nº 87, 10 de Abril de 1996): "Respecto a la polivalencia funcional se estará a lo que mediante convenio o pacto se establezca entre las partes interesadas"

Con la regulación anterior a la reforma, las ordenanzas laborales y la jurisprudencia elaboraron dos criterios en aquellos casos en que se pactaba la realización de funciones correspondientes a dos categorías: el criterio de la prevalencia, y el criterio de la preeminencia. El criterio de la prevalencia tenía un carácter eminentemente cuantitativo, y venía siendo utilizado en aquellas ocasiones en que las funciones desempeñadas por el trabajador eran complementarias entre sí. Dicho criterio determinaba la adscripción del trabajador a la categoría correspondientes a las funciones a las que dedicara un mayor período de tiempo³⁶⁹. El criterio de la preeminencia tenía un carácter marcadamente cualitativo, y venía siendo utilizado en aquellas ocasiones en que las funciones desempeñadas por el trabajador eran autónomas entre sí. Dicho criterio determinaba la equiparación del trabajador a aquella categoría profesional correspondiente a las funciones mejor clasificadas y por tanto mejor retribuidas³⁷⁰.

La elaboración jurisprudencial de los criterios de la prevalencia y de la preeminencia respondió a una exigencia primera de solucionar un problema retributivo, no clasificatorio, fundado en la pretensión del trabajador de recibir la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente desarrollaba, las cuales, dada su heterogeneidad, requerían el ser interpretadas de forma correctora a efectos de clasificación profesional habida cuenta de que el principio función-categoría aparecía inoperante en este caso.

El legislador de 1994 utiliza para los supuestos de polivalencia funcional el término "*prevalente*", por lo que queda por determinar si con ello está acogiendo el criterio de la prevalencia arriba descrito que, recordemos, equipara al trabajador a la categoría que desempeñe durante un mayor espacio de tiempo durante la jornada.

Las posiciones doctrinales no parecen haber dado una respuesta unánime a dicha cuestión. De una manera ambigua, ciertos autores han calificado las funciones prevalentes como aquellas "predominantes"³⁷¹, o como aquella categoría "cuyas funciones dominen en la realización práctica del trabajo"³⁷², o como aquellas funciones "esenciales, que definen con más claridad la categoría" o "las que sin llevarlas a cabo es imposible encajar la aptitud en la función"³⁷³.

³⁶⁹.- Vid. por todas STS 22 Diciembre de 1970 (R.A. 5530).

³⁷⁰.- Vid. por todas. STS 11 de Noviembre de 1973, (R.A. 3579).

³⁷¹.- Cfr. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 318.

³⁷².- Cfr. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 536.

³⁷³.- Cfr. ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 440.

Otros autores, utilizan en un sentido inverso los criterios, señalando que la norma optaría por el criterio de la prevalencia, pero entendiendo tal en un sentido cualitativo y no en el cuantitativo (y por tanto la equiparación en virtud del criterio de la prevalencia supondría la equiparación de las funciones a la categoría mejor clasificada)³⁷⁴.

Sin embargo el grueso de la doctrina ha concluído que el término legal de "prevalencia" debe ser entendido en su sentido originario y por tanto cuando el artículo 22.5 del ET al regular la polivalencia señala que la equiparación del contenido de la prestación laboral objeto del contrato "*se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes*" significa que la equiparación se realizará a las funciones que cuantitativamente ocupen más tiempo en la jornada del trabajador³⁷⁵.

Avalaría esta interpretación la Memoria del Anteproyecto de Ley de reforma del ET, en su punto 13 y sobre el artículo 16.3, la cual señalaba lo siguiente: "*el criterio de la prevalencia por el que opta el proyecto introduce una mayor flexibilidad y racionalidad en la gestión de los recursos humanos, evitando que cualquier inclusión, por mínima que sea, de una función de categoría superior obligue a una reclasificación, siempre en alza, de los salarios de los trabajadores, lo que de hecho convierte en inviables, para las empresas, en la mayor parte de los casos, los pactos de polivalencia*"³⁷⁶.

³⁷⁴. - ALEMAN PAEZ, F., "La nueva regulación de la clasificación...", op. cit. pag. 231, señalando que con la prevalencia el legislador opta "por dicho criterio cualitativo, en lugar del segundo cuantitativo, el de la preeminencia".

³⁷⁵. - ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., en *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 280, entienden por funciones prevalentes "las que se prevean como de más frecuente desempeño". En este sentido: ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 189. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 88 y en "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 330. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 194, señala que "dicho principio implica la clasificación en base a las funciones que dominen en las tareas, fundamentalmente en base al criterio de la intensidad". CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 20, señala que "funciones prevalentes serán las que ocupen la mayor parte de la actividad del trabajador". RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 696, señala que "funciones prevalentes serán aquellas en las que el trabajador esté ocupado más tiempo durante la jornada aunque realice otras más elevadas en su rango funcional o retributivo". CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 180 y ss. Una posición especial la tiene ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación...", op. cit. pag. 440, para quien el hecho de que se realicen funciones correspondientes a dos o más categorías debe llevar a la equiparación no por el más alto nivel, ni por el mayor rango (excepción hecha de las titulaciones) sino por la mayor responsabilidad, mayor tiempo, y mayor identificación con cada una de las tareas.

³⁷⁶. - Se rechazaron durante el debate parlamentario las enmiendas presentadas por ciertos grupos, como por ejemplo la Enmienda nº 308 presentada por el Grupo Parlamentario Federal de I.U. i.C, que pretendía la equiparación "respecto de la categoría superior". Como indica URESTE GARCIA, C., "La movilidad funcional", ponencia presentada en las jornadas "Aspectos del poder de dirección del empresario

Naturalmente el criterio de la prevalencia, tal y como lo hemos definido, ha sido objeto de amplias críticas, pues resulta claro que con él la norma flexibiliza excesivamente la disponibilidad de la fuerza del trabajo, favoreciendo eminentemente el interés empresarial. La crítica vertida sobre el criterio de la prevalencia se ha fundamentado en dos argumentos. Según el primero se ha señalado que el juego exclusivo de la prevalencia implica unos resultados económicos que pueden ser calificados jurídicamente como enriquecimiento injusto, pues significa que el trabajador estaría desempeñando funciones de categoría superior y, por no desempeñar en ellas el mayor tiempo durante la jornada, resultaría retribuido por debajo de lo que correspondería según ellas³⁷⁷. En base a un segundo argumento se ha señalado que la prevalencia quiebra el principio de reciprocidad y equivalencia de prestaciones, lo que en un segundo momento puede acarrear perjuicios para los propios derechos profesionales del trabajador³⁷⁸.

Las vías de reacción para superar todos estos inconvenientes que lleva aparejado el principio de la prevalencia han sido tres:

a) La que ha pretendido, una vez más, hacer extensible al pacto de polivalencia funcional aquellos límites retributivos que el artículo 39 del ET configura para la movilidad funcional. Según este artículo el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores en los que se mantendrá la retribución de origen.

A mi entender, esta postura exige distinguir previamente tres supuestos bien

tras la reforma laboral", Madrid, 1995, el criterio de la prevalencia proporciona soluciones a la infrutilización de la capacidad de trabajo y a las necesidades de organización que surjan durante el transcurso de la relación laboral.

³⁷⁷. - ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 189, MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 88, y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 330. Para QUINTANILLA NAVARRO, B., en "Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución: criterios jurisprudenciales", op. cit. pag. 899, si el criterio de la prevalencia debe entenderse como la equiparación a la categoría desempeñada durante mayor espacio de tiempo durante la jornada, ello no puede hacer desaparecer los derechos que al trabajador le reconoce el art. 39.3 del ET en materia retributiva. En sentido contrario ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 260, señalando que "en aplicación de lo dispuesto en los arts. 3.3 del ET (aplicación de lo más favorable) y art. 1289 del Código Civil (interpretación a favor de la mayor reciprocidad de intereses), la ley incorpora el criterio de la prevalencia como una solución acorde a las situaciones de yuxtaposición funcional.

³⁷⁸. - ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 189. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 89 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 332.

diferenciados: el primero de ellos lo constituye lo que es la movilidad funcional propiamente dicha, como aquella facultad que el ordenamiento jurídico otorga al empresario y que le permite, en el ejercicio unilateral del poder de dirección (ordinario o extraordinario) alterar la prestación debida por el trabajador, y donde el artículo 39.3 del ET fija unas reglas garantizadoras del salario a las que hemos hecho referencia; un segundo supuesto lo constituye la polivalencia funcional, como aquel acuerdo individual que permite a las partes pactar "ab initio" y en sede contractual, el desempeño simultáneo de dos o más categorías o grupos profesionales, y cuyas reglas retributivas aparecen en el artículo 22.5 del ET, según el cual la retribución que el trabajador debiera percibir habría de ser la correspondiente a las funciones prevalentes; y un tercer y específico supuesto es aquél al que SALA FRANCO calificó como una polivalencia funcional impuesta por el empresario, o "movilidad funcional parcial" y que consistía en que el trabajador era movilizado para desempeñar funciones correspondientes a otros grupos o categorías profesionales distintos de los contratados pero sin dejar de desempeñar las propias de su categoría profesional o grupo. En la movilidad funcional parcial este autor ha intentado integrar los efectos retributivos del artículo 39.3 del ET con el criterio de la prevalencia que señala el artículo 22.5, para concluir que cabrían tres posibles soluciones: o pagar las retribuciones correspondientes a los grupos o categorías en proporción al tiempo trabajado en cada una de las funciones (esta solución sería la que más se acercara a lo que la ley señala); o aplicar el principio de preeminencia, esto es, equiparar retributivamente al trabajador al grupo o categoría superior; o aplicar el criterio de prevalencia, esto es, equiparar al trabajador al grupo o categoría en cuyas funciones el trabajador trabaje más tiempo³⁷⁹. Aunque, como es obvio, cada solución conduce a consecuencias bien distintas.

Pues bien, vistos estos tres supuestos, entiendo que en los pactos de polivalencia funcional, el mantenimiento de la retribución correspondiente a la categoría efectivamente realizada, de la retribución superior cuando se asignan trabajos propios de ella, o de la retribución de origen cuando se asignan funciones de categoría inferior, es decir, la garantía retributiva prevista para la movilidad funcional (art. 39.3 del ET) "resulta sin embargo inaplicable cuando la realización de funciones distintas es fruto de un pacto de polivalencia"³⁸⁰, y ello porque las reglas retributivas a aplicar no son las previstas por la norma para el ejercicio de un poder unilateral del empresario como es la movilidad funcional, sino para un acuerdo entre las partes, para el que la norma fija que el trabajador pasaría a ser equiparado (y por extensión retribuido) con arreglo a las funciones prevalentes.

³⁷⁹.- Cfr. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en *La reforma...*, op. cit. pag. 76

³⁸⁰.- Cfr. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 189.

b) La segunda vía ha consistido en delegar a la negociación colectiva el establecimiento de sistemas de clasificación profesional que contemplen el régimen específico de los pactos de polivalencia. Un instrumento podría consistir en la instauración de categorías definidas en sí como polivalentes, hecho que evitaría por tanto acudir al criterio de la prevalencia³⁸¹.

Otro instrumento podría consistir en la creación de mecanismos convencionales como es el caso de las comisiones técnicas de clasificación profesional, con la misión de definir y especificar las funciones y contenidos a desempeñar por el trabajador, garantizando de este modo su adecuada clasificación profesional³⁸².

Recordemos en este sentido que, pese a que la clasificación profesional prevista convencionalmente es enunciativa, sin que suponga la obligación de la empresa de cubrir todas las plazas relacionadas en el convenio colectivo, esta posibilidad jurídica no debe permitir el uso abusivo y expreso a nivel de empresa de la indeterminación funcional para con ello exigir al trabajador el cometido de funciones correspondientes a varios grupos o categorías profesionales de modo discrecional³⁸³.

³⁸¹.- DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 194. HUERTAS BARTOLOME, T., "Clasificación profesional, movilidad y cambios organizativos en las empresas", op. cit. pag. 141. LISO, F., en *La mobilità del lavoratore in azienda...*, op. cit. pag. 149 entiende para el ordenamiento jurídico italiano que el art. 13 del Statuto dei Lavoratori no limitaría la autonomía de las partes a pactar categorías polivalentes, siendo lícita la polivalencia siempre que la prestación laboral contratada estuviera reconocida como polivalente en el Convenio Colectivo. En este sentido el art. 11 del CC Estatal de Empresas de entrega Domiciliaria (BOE n° 54, 4 de Marzo de 1994), define la categoría de Repartidor Clasificador como "el de mayor de 18 años que realiza labores descritas para las categorías de repartidor y de clasificador".

³⁸².- Se trata éste de un mecanismo ya utilizado en la negociación colectiva: Art. 41 CC Estatal de Profesionales del Doblaje (BOE n° 28, 2 Febrero 1994). D.Tª 3ª CC Estatal de Industrias del Frío Industrial (BOE n° 235, 1 Octubre 1993). D.Tª 1ª CC Estatal de Grandes Almacenes (BOE n° 190, 10 Agosto 1993). Art. 5 CC Estatal de Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Cerámicas y Comercio de Venta al por Mayor y Exclusivistas de los mismos materiales (BOE n° 197, 18 Agosto 1993).

³⁸³.- La norma 1ª del Anexo número 1 del CC Estatal de Fabricación de Alimentos Compuestos para animales (BOE n° 232, 28 Septiembre 1993) recoge expresamente un precepto de este tenor, al indicar que "en las fábricas que por su plantilla no cuenten con trabajadores de todas las categorías, uno mismo deberá desempeñar los cometidos de varias de ellas y percibirá la mayor retribución que corresponda en este CC al trabajo que desempeñe". En el mismo sentido, art. 7 CC Estatal de Industrias Elaboradoras de Arroz (BOE n° 217, 10 Septiembre 1993) y art. 7. CC Estatal de Comercio de Distribuciones de Especialidades y Productos Farmacéuticos (BOE n° 229, 24 Septiembre 1993). "En aras a una mayor competitividad del sector, atendiendo las necesidades que en cada momento tenga la empresa, las partes de este Convenio se reconocen una movilidad funcional amplia, sin perjuicio de las garantías legales y modificaciones legislativas": art. 23 del CC de Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería (BOE n° 207, 30 de Agosto de 1994). Art 29 del mismo CC para 1995-1996 (BOE n° 247, 16 Octubre de 1995).

Un tercer instrumento (de mayor complejidad) consistiría en determinar si el criterio de la prevalencia puede ser conceptuado como una norma de derecho necesario absoluto, no modificable "in peius" o "in melius" por la negociación colectiva³⁸⁴, o si por el contrario puede configurarse como una norma de derecho necesario relativo de la que podría disponerse "in melius" para el trabajador por la negociación colectiva³⁸⁵.

Esta segunda vía permitiría, sin lugar a dudas, atemperar el impacto que el criterio de la prevalencia provoca en la posición jurídica del trabajador polivalente, por lo que también habría que entender aplicables, como norma más favorable para los trabajadores, aquellos convenios colectivos que siguieran fijando otros criterios de clasificación más garantistas como es el de la preeminencia³⁸⁶, y ello sin perjuicio de que los convenios colectivos posteriores a la reforma de 1994 puedan pactar el criterio de la preeminencia en los supuestos de polivalencia funcional³⁸⁷.

³⁸⁴.- Defienden esta posición: CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 181, puesto que "la total libertad para el establecimiento del sistema de clasificación queda en este punto limitada, en cuanto que la Ley, en modo imperativo fija la norma aplicable en caso de polivalencia, y el Convenio Colectivo, según lo dispuesto en el art. 85.1 del ET debe de moverse dentro del respeto de la Ley". En el mismo sentido DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral...", op. cit. pag. 27, quien entiende que si el CC no puede establecer otros criterios ello es así debido al propio origen de la polivalencia funcional. Si precisamente la polivalencia funcional planteaba problemas con la regulación precedente, era porque los CC no resolvían cual era el espacio del trabajo debido como consecuencia del pacto de polivalencia entre las partes, de modo que lo que hace el legislador del 94 es "eludir cualquier traba que pueda provenir de las concepciones anteriores, refrendando con una fórmula (la de la prevalencia) toda clase de pacto polivalente".

³⁸⁵.- DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 194, indicando en este punto que el principio de la prevalencia implica la clasificación en base a las funciones que dominen en las tareas y "fundamentalmente" en el criterio de la intensidad. Por lo que da a entender que la negociación colectiva puede aportar otros criterios. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pag. 286, entendió que no existiría inconveniente para que, en caso de que se concertase la prestación de tareas correspondientes a diversas categorías, las partes pudiesen acordar que la categoría de clasificación fuese la correspondiente a la más elevada, ya que las normas sobre clasificación profesional les sería de aplicación el principio de norma mínima.

³⁸⁶.- Respalda esta posición SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV., *La reforma del Estatuto de los trabajadores*, op. cit. pag. 76, indicando que si el criterio de equiparación utilizado por una reglamentación laboral aún vigente es el criterio de la preeminencia (en principio más ventajoso para el trabajador), habrá que entenderlo aplicable como norma más favorable para los trabajadores. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 194, señala en este sentido que pese a la previsión legal de la prevalencia, "los convenios colectivos, sin embargo, suelen inclinarse por el principio de primacía o superioridad en base al cual la clasificación se realiza en base a la categoría de mayor nivel, sin necesidad de que sus funciones sean las prevalentes".

³⁸⁷.-La fórmula utilizada por los CC tras la reforma de 1994 no sólo ciñe la polivalencia a las categorías, sino que utiliza el criterio de la preeminencia: "en el caso de que un trabajador realice habitualmente varios cometidos propios de distintos oficios o categorías profesionales se clasificará con

c) Una tercera vía ha sido aquella que ha entendido que para atemperar el impacto de la prevalencia sería necesaria una doble operación jurídica: la primera consistiría en atender a la naturaleza y entidad de las funciones desempeñadas, delimitando las tareas básicas y esenciales de cada una de ellas (por ejemplo, determinar cuáles son las funciones que configuran la categoría profesional del oficial administrativo y que permiten diferenciarla de la categoría del auxiliar administrativo). Y la segunda consistiría en ponderar y analizar las circunstancias presentes en cada caso (como por ejemplo el tiempo o el modo con que se ejecutan las funciones)³⁸⁸.

A modo de conclusión, y en vistas de toda la problemática que genera el inciso "*la equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes*", se impone encontrar una respuesta a la misma. Desde mi punto de vista, el criterio sobre el que se debe insistir no es tanto en el significado que se le quiera dar al término "*prevalente*" cuanto al hecho de que la polivalencia funcional debe entenderse referida exclusivamente a las categorías profesionales, y no a los grupos profesionales o a los niveles retributivos, idea que por otra parte ya se ha señalado en páginas anteriores. No debemos olvidar que el significado que la doctrina ha querido dar al término prevalente se ha fundamentado jurídicamente en el texto de la memoria del anteproyecto de Ley de reforma del ET, en ciertos posicionamientos jurisprudenciales y en la regulación al respecto de ciertas ordenanzas laborales. Pero, pese a ello, puede no ser éste el significado que deba atribuirse al término prevalente. Es más, de entenderse que la voluntad del legislador ha sido la de acoger el criterio de la prevalencia en su integridad, con todos sus elementos de configuración, tal y como los definió la jurisprudencia (y que exigía por tanto que para que la equiparación se realizase a la categoría cuyas funciones se realizasen durante más tiempo, era necesario que las categorías fuesen "complementarias") difícilmente podrá entenderse que son complementarias funciones correspondientes a dos grupos profesionales completamente diferentes como es por ejemplo el de técnicos titulados y el de subalternos. En estos casos

arreglo a la actividad de superior calificación, percibiendo el salario de la misma" .Art. 18 del CC Estatal de Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería (BOE n° 34, 9 Febrero 1994). Art. 14.2 del CC 1995-1997 de la Industria del Calzado (BOE n° 200, 22 de Agosto de 1995). Art. 27CC para 1995-1996, de Fabricación del Calzado Artesano Manual y Ortopedia y a medida y Talleres de reparación y Conservación del Calzado Usado (BOE n° 185, 4 Agosto de 1995).En el caso de concurrencia en un puesto de trabajo de tareas básicas correspondientes a diferentes grupos profesionales, la clasificación se realizará en función de las actividades propias del grupo profesional superior". art. 6 Acuerdo Marco 1995 sobre Sistema de Clasificación profesional para la Industria del Metal (BOE n° 55, 4 de Marzo de 1996).

³⁸⁸.- ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 260.

la complementariedad como requisito condicionador del criterio de la prevalencia no puede darse y, por lo tanto, tal criterio es inoperante. Interpretar, contrariamente, que el legislador ha adoptado un criterio autónomo de prevalencia al margen de la construcción jurisprudencial anterior, la cual lo vinculaba al desempeño de funciones complementarias entre categorías, puede generar consecuencias clasificatorias que, llevadas a sus últimos extremos, socavarían los derechos profesionales del trabajador. Y desde luego nos da licencia para afirmar algo tan sencillo como es que el legislador no define lo que son funciones prevalentes³⁸⁹.

Como ha indicado ALARCON CARACUEL, si por prevalente se entiende la categoría superior o el nivel retributivo superior, la polivalencia significará que alguien clasificado como técnico tendrá que hacer también tareas de administrativo o de subalterno, o que alguien clasificado como de nivel retributivo "x", "y" o "z", cobrará siempre "x". Y si por prevalente se entiende la función que el trabajador realice durante más tiempo, puede que un administrativo sea clasificado como tal por dedicar a este tipo de funciones las dos terceras partes de su jornada de trabajo, pero que haya de dedicar una tercera parte, por ejemplo, a tareas de subalterno, o puede que durante dos terceras partes de su jornada realice un trabajo de nivel retributivo inferior y durante la tercera parte restante realice tareas con un nivel retributivo superior, pero siempre cobraría el nivel inferior por ser aquél el prevalente³⁹⁰.

Ninguna de las dos alternativas parece demasiado equitativa. Por ello la posibilidad de pactar la "polivalencia funcional" no puede ir referida a permitir la realización de funciones correspondientes a dos o más grupos o niveles, sino a lo sumo a la realización de funciones correspondientes a dos o más categorías profesionales. Sólo así el criterio de la prevalencia, sea cual sea el significado que se le quiera otorgar, resulta admisible³⁹¹. Concluimos señalando que el valor que tradicionalmente se ha reconocido a la categoría profesional, como garantía mínima contra la utilización discrecional de la fuerza de trabajo por parte del empresario, ha sido subrayado también en la doctrina comparada³⁹².

³⁸⁹.- Como indica DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 22, pese a que la referencia legal puede tener en cuenta una jurisprudencia muy consolidada, la coincidencia fonética no tiene que suponer necesariamente una opción legislativa por uno solo de estos criterios.

³⁹⁰.- Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 139.

³⁹¹.- Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 140.

³⁹².- LISO, F., "Art. 13 dello Statuto dei lavoratori qualifche e categorie", en AA.VV. *Inquadramento unico e professionalità*, op. cit. pag. 150. Según este autor en AA.VV. *Mansioni e qualifche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, op. cit. pag. 89, entender que lo debido en el contrato no es la actividad determinada por la categoría convenida sino la actividad laboral en general, supone entender conferida al empresario una discrecionalidad completa.

SEGUNDA PARTE: EL PODER DE VARIACION FUNCIONAL DEL EMPRESARIO.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA MOVILIDAD FUNCIONAL ESTRICTA U ORDINARIA.

1.- LA MOVILIDAD FUNCIONAL. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CLASES.-

Bajo el título de "*Movilidad funcional*", el artículo 39 del ET recoge en sus cinco apartados distintas categorías jurídicas que tienen como nexo común la variación funcional de la prestación debida por el trabajador.

Como se comprobará a lo largo del estudio, dicho precepto comprende las siguientes manifestaciones: el poder de dirección empresarial, el "*ius variandi*", las modificaciones sustanciales de naturaleza funcional y la novación modificativa. Con ello queda alterada la sistemática que venía operando con anterioridad a la reforma legislativa de 1994¹, en la medida en que el nuevo artículo amplía su contenido, introduciendo nuevos términos y recogiendo figuras antes dispersas en otros preceptos.

Ofrecer una definición totalizadora de la movilidad funcional exigiría por tanto un análisis conceptual de todas y cada una de estas manifestaciones. Sin renunciar a ello, puede de entrada entenderse como movilidad funcional aquella alteración producida en la prestación debida por el trabajador en el contrato de trabajo, bien como consecuencia de la especificación empresarial del trabajo convenido (poder de dirección), bien como consecuencia de la variación unilateral, temporal o definitiva, normal o excepcional del mismo por el empresario ("*ius variandi*" y modificación sustancial), bien como consecuencia de la novación objetiva por la que las partes acuerdan cambiar el objeto del contrato.

La movilidad funcional debe por tanto diferenciarse de aquellas otras alteraciones que aún produciéndose por voluntad empresarial y aún afectando al objeto de la prestación laboral, se encuentran extramuros de la figura ahora estudiada².

¹.- A través de la Ley 11/94 de 19 de Mayo, por la que se modificaron determinados artículos del ET, y que ha sido derogada por la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de Marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

².- En base a ello GARCIA FERNANDEZ, M., "*Movilidad funcional*", op. cit. pag. 217, entiende que la definición que mejor cuadra al concepto de movilidad funcional "es la de cambio de puesto de trabajo, mientras tal cambio no incurra en otros supuestos legalmente previstos, a saber: traslado,

Con ello, entre clasificación profesional y movilidad funcional se produce una relación íntima. Será sobre la prestación acordada inicialmente sobre la que se ejercerá posteriormente el poder de variación empresarial o el acuerdo novatorio. Una y otra responden a un fenómeno de enorme calado social y, como ya viniera a indicar la doctrina, y de forma paralela a lo que ocurriría con la clasificación profesional, la movilidad funcional intenta solventar nuevamente un conflicto de intereses definido por MONTTOYA³ como el intento de buscar la compatibilidad del interés del trabajador por mantener inalterado su puesto de trabajo (o también en permitir el cambio del mismo, pero dejando intacta su profesionalidad) y el interés del empresario por introducir variaciones exigidas por la evolución de la empresa y derivadas de exigencias organizativas que incrementarían la productividad.

De forma accesoria, se ha querido configurar paralelamente a la movilidad funcional como un instrumento que pretende solventar un segundo conflicto de intereses: con dicha figura se demoraría o evitaría la extinción del contrato de trabajo como respuesta indeseada a los problemas económicos derivados de las crisis empresariales. La movilidad funcional "obedecería asimismo a un designio protector de la estabilidad en el empleo"⁴. Como indicara LYON CAEN⁵, la estabilidad es la esencia del derecho: si los hechos son cambiantes, la norma positiva tiene como objetivo dar la seguridad de una cierta permanencia. Es por ello que, existiendo dos modelos de relaciones laborales, uno basado en la estabilidad del empleo (ligado a la estabilidad del capital) y otro a la movilidad del empleo, la movilidad del trabajador trata de solventar el dilema de cómo pasar del primero modelo al segundo, con un mínimo de dificultades.

Se puede afirmar que la movilidad funcional intenta resolver un conflicto de intereses que se manifiesta en los siguientes términos: frente a la máxima determinación de la prestación debida pretendida por el trabajador, se halla el interés empresarial por la mayor abstracción funcional con el fin de aumentar la disponibilidad del trabajador. De esta manera la movilidad funcional intenta resolver este conflicto durante el desarrollo de la relación jurídico laboral, mientras que la clasificación profesional lo intenta resolver en el momento de la estipulación contractual.

desplazamiento o modificación sustancial de condiciones" (en este último caso se sobreentiende que siempre que éstas no sean condiciones funcionales).

³.- Cfr. MONTTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y movilidad laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 38, 1989, pag. 167.

⁴.- Cfr. MARTINEZ ABASCAL, V., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 68, y "La reforma de la movilidad funcional en la ley 11/94, de 19 de mayo", op. cit. pag. 321.

⁵.- LYON-CAEN, G., "La mobilité, vue de haut", *Droit Social* n° 6, 1989, pag. 430.

El fundamento último de cualquier movilidad del trabajador en el seno de la empresa se halla en el artículo 38 de la CE, en la libertad de empresa y en la defensa de la productividad⁶, si bien el fundamento jurídico de cada una de las específicas categorías jurídicas exige su propio análisis.

El debate suscitado a raíz de la movilidad funcional llevó a la doctrina a la sistematización conceptual de los poderes de variación empresarial. RODRIGUEZ PIÑERO distinguía así entre movilidad interna y movilidad externa, según el cambio funcional se realizase o no dentro del ámbito del trabajo genéricamente convenido⁷. MONTOYA MELGAR distinguía en la variación funcional de la prestación, entre poder fuerte y poder débil del empresario según el mismo se ejerciese de modo exclusivo, unilateralmente, y sin sujetarse a ningún tipo de causa o autorización, o no⁸.

Cualquier sistematización de la movilidad funcional descrita por el artículo 39 del ET en su versión posterior a la reforma de 1994⁹, puede abordarse desde distintos criterios o puntos de vista, siendo posiblemente los más relevantes aquellos que se enuncian a continuación¹⁰:

a) Desde el punto de vista del carácter unilateral o pactado del cambio funcional cabe distinguir aquellas movibilidades derivadas de una decisión unilateral de origen empresarial,

⁶.- MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y movilidad laboral", op. cit. pag. 165. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador dentro de la empresa", *Documentación laboral* nº 9, 1983, pag. 14. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional" en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo VIII, Ed. Edersa, Madrid, 1988, pag. 43.

⁷.- Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 14 y ss.

⁸.- MONTOYA MELGAR, "Poder del empresario...", op. cit. pag. 165 y ss.

⁹.- Con anterioridad a la reforma de 1994 fueron varias las obras clásicas en las que se estudiaron y sistematizaron los distintos poderes empresariales de variación, modificación, y dirección: CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit. LOPEZ TARRUELLA, F., *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. Ed. Universidad de Alicante, Alicante, 1984. MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Ed. Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1965, y del mismo autor "Poder del Empresario y Movilidad laboral", op. cit. pag. 16 y ss. RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La movilidad del trabajador dentro de la empresa", op. cit. pag. 8 y ss. ROMAN DE LA TORRE, D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit. SALA FRANCO, T., LOPEZ TARRUELLA, F. *La modificación de la prestación de trabajo*, op. cit. En la doctrina italiana han sido de obligada consulta entre otras las obras de GIUGNI, G, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op.cit. LISO, F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, op. cit.

¹⁰.- Una sistematización exhaustiva sobre los diversos criterios que pueden utilizarse en orden a proporcionar una clasificación de la movilidad funcional la proporciona URESTE GARCIA, C. "La movilidad funcional", Ponencia presentada en las Jornadas sobre "Aspectos del poder de dirección del empresario tras la Reforma Laboral", Madrid, 14 y 15 de diciembre de 1995 (libro en prensa).

o bien derivadas de un acuerdo modificativo¹¹.

b) Desde el punto de vista del carácter ordinario o extraordinario del poder unilateral ejercido por el empresario, cabe distinguir entre la movilidad ordinaria o extraordinaria¹².

c) Desde el punto de vista de los criterios de clasificación impuestos por el sistema convencional de clasificación profesional, cabe diferenciar entre una movilidad dentro del grupo profesional y las categorías equivalentes o más allá del mismo¹³.

d) Desde el punto de vista de la trayectoria funcional impuesta por la movilidad, cabría utilizar el criterio de la verticalidad, para definir la movilidad ascendente y descendente, o el criterio de la horizontalidad¹⁴.

¹¹.- Así ALARCON CARACUEL, M.R., "La Clasificación profesional y movilidad funcional", op. cit., pag 132 y ss., realiza entre otras clasificaciones, una división de la movilidad según la naturaleza consensual o unilateral de la misma.

¹².- DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", op. cit. pag. 202, hace una distinción de la movilidad según sea expresión del "ius variandi" ordinario, del "ius variandi" extraordinario, o sea fruto de una novación contractual consensuada. SENRA BIEDMA, R., *El derecho del trabajo y de la Seguridad Social tras la reforma de 1994 y los textos refundidos de 1995*. Ed. Jose María Bosch, Barcelona, 1995, pag. 244 a 258, diferencia a su vez entre movilidad funcional ordinaria (contractual y legal o bien convencional) y movilidad extraordinaria (temporal y perentoria o bien indefinida) y movilidad prohibida por ley o CC.

¹³.- CAMPS RUIZ, L., *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. pag. 21 y ss., distingue entre la movilidad funcional dentro del grupo profesional o categorías equivalentes, la movilidad funcional más allá del grupo profesional o las categorías equivalentes, y la movilidad extraordinaria en supuestos no previstos por el art. 39. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", op. cit. pag. 229, diferencia entre la movilidad funcional interna en el marco del grupo o categorías equivalentes, la movilidad externa al grupo o categorías equivalentes, y la movilidad funcional que rebasa los límites anteriores. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, op. cit. pag. 419, distingue entre movilidad dentro del grupo profesional o entre categorías equivalentes y la movilidad fuera del grupo o entre categorías no equivalentes. En el mismo sentido MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 537. MARTINEZ GARRIDO, L., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 593 y ss.

¹⁴.- Tras la reforma de 1994, SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA. VV. *La reforma del ET*, op. cit. pag. 70, ha establecido los siguientes tres tipos de movilidad funcional: a) La movilidad funcional horizontal, que se produce dentro del grupo profesional o las categorías equivalentes. b) La movilidad funcional vertical, ascendente o descendente, que va más allá del grupo o de las categorías equivalentes. c) La movilidad funcional extraordinaria, constitutiva de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. d) La movilidad funcional extravagante, no prevista por el art. 39. Según MARTINEZ ABASCAL, V., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 68 y 69, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 322, es preferible una clasificación de la movilidad funcional entre movilidad horizontal y movilidad vertical, por dos motivos: "de un lado, porque esta tipología se mueve metodológicamente en el plano de la ejecución de la prestación laboral... distanciándose así, además, de clasificaciones que tienen su origen en el ámbito económico... De otra parte, en razón de que la referida tipología capta con suficiente expresividad la regulación legal. Así sucedía en la regulación anterior, en la que el art. 23 contemplaba la movilidad vertical (ascendente y descendente) en tanto que el

e) Desde un punto de vista aglutinador de los tres anteriores: el carácter ordinario o extraordinario, el criterio de clasificación profesional, y la trayectoria funcional¹⁵.

f) Desde el punto de vista de la sustancialidad de las condiciones a modificar, cabría diferenciar entre cambios sustanciales o no sustanciales de la prestación¹⁶.

g) Desde el punto de vista del carácter temporal o indefinido de la medida adoptada, ligado a la exigencia o no de causa justificativa, cabría distinguir entre movilidades temporales y definitivas, o bien entre movilidades libres y causales¹⁷.

h) Desde el punto de vista de su inclusión o exclusión como supuesto previsto por la norma, cabría admitir la existencia de varias movilidades no catalogadas por la ley, como la movilidad funcional disciplinaria, la contractual, la parcial, etc¹⁸.

art. 39 se ocupaba de la movilidad horizontal...". Vid. también SOUTO PRIETN, J., "Movilidad funcional (funciones equivalentes, inferiores y superiores)" en AA.VV. *La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo*. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pag. 151 a 179.

¹⁵. - MARTINEZ ABASCAL, V., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 69, y "La Reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 322, señala que "la actual tipología de esta figura no sólo debe trazarse atendiendo a su dimensión horizontal y vertical, sino tomando también en consideración que esa dual vertiente se enmarca ahora, para la movilidad vertical, en una distinción más amplia obediente a su carácter ordinario o extraordinario". Así este autor diferencia entre la movilidad funcional ordinaria, en la que la nota común de ella, tanto para la horizontal (art. 39.1) como para la vertical (art. 39.2) estriba en que el poder unilateral no desborde los límites del grupo profesional o de las categorías profesionales equivalentes. Y la movilidad funcional extraordinaria, propia tan sólo de la vertical (art. 39.2 y 4) donde el poder unilateral de variación puede encomendar la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes. FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma...", op. cit. pag. 102 y ss.

¹⁶. - ROMAN DE LA TORRE, M^a D., "Clasificación profesional y movilidad funcional", op. cit. pag. 190 y ss. Esta autora diferencia así entre: a) Cambios no sustanciales de funciones, b) Modificaciones sustanciales temporales de funciones y c) Modificaciones sustanciales de funciones. ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación profesional y la movilidad funcional", op. cit. pag. 433 a 446., distingue los siguientes tipos de movilidad: a) Movilidad equivalente, b) Movilidad no equivalente, y c) Movilidad sustancial.

¹⁷. - PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo* 2^a Ed. op. cit. pag. 834.

¹⁸. - Tal como indica SALA FRANCO, T. "La movilidad funcional", en *La reforma del Estatuto*, op. cit. pag. 70, cabría incluir dentro de la genérica denominación de "movilidad funcional extravagante" a la movilidad funcional parcial, la movilidad vertical, ascendente o descendente dentro de los límites del grupo profesional o de categorías equivalentes, y la movilidad en los supuestos de un sistema de valoración de puestos de trabajo. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 220, señalando que, pese a la existencia de varias clases de movilidad funcional (por acuerdo, disciplinaria, etc), la regulación contenida en el art. 39 se refiere claramente a la que tiene su origen en la decisión del empresario y su espacio se acota en las variaciones que no puedan considerarse sustanciales. SENRA BIEDMA, R, en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social...*, op. cit. pag. 257, alude a una movilidad funcional

i) Desde el punto de vista de las cuatro categorías jurídicas de variación citadas, (poder de dirección, "ius variandi", modificación sustancial funcional, y novación modificativa) cabría estipular una sistematización de las movilidades más acorde con las previsiones normativas¹⁹.

A modo de conclusión, y sistematizando lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que, tras la reforma operada en 1994, el artículo 39 del ET se configuraría jurídicamente de la siguiente manera: El apartado 1º regularía la movilidad funcional ordinaria como consecuencia del ejercicio del poder de dirección. Se trataría por tanto de una movilidad horizontal. El apartado 2º y el apartado 4º regularían la movilidad funcional extraordinaria como consecuencia del ejercicio del "ius variandi" empresarial. Se trataría por tanto de una movilidad vertical. Y finalmente el apartado 5º regularía la movilidad funcional excepcional, circunscrita al cambio de funciones en aquellos supuestos no previstos en los párrafos anteriores, y que se compondría de dos categorías jurídicas: la novación modificativa, resultado del acuerdo entra trabajador y empresario, y la modificación sustancial funcional la cual exige el sometimiento a las reglas de las modificaciones sustanciales funcionales del artículo 41 del ET²⁰.

prohibida por ley o CC y que se da en todos aquellos casos en que se menoscabe la dignidad del trabajador o se perjudique su formación y promoción profesional de modo que, como prohibición al empresario, cualquier movilidad originada por él que atenten contra la misma resultará nula de pleno derecho de conformidad con el art. 6.3 del Código Civil.

¹⁹.- ALARCON CARACUEL, M. R., "La clasificación profesional y la movilidad funcional...", op. cit. pag. 132, aludiendo de modo expreso a esa categorización. Si bien el recurso a las categorías jurídicas de variación empresarial es utilizado comunmente por la mayoría de la doctrina. Así, RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional en la Empresa en la Ley 11/94", op. cit. pag. 703 y ss, diferencia entre a) El ejercicio ordinario del poder de dirección, b) El nuevo "ius variandi", y c) El cambio de funciones más allá del poder de dirección y "ius variandi". DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 195, alude también expresamente a los términos "ius variandi" ordinario y extraordinario. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 32, diferencia entre los poderes de especificación del empresario (circunscritos al trabajo convenido) y entre los que incluye a la movilidad funcional, y los poderes de variación (cuando imponen cambios sustanciales en el trabajo convenido) y entre los que incluye al "ius variandi", y a la modificación sustancial.

²⁰.- Como ha señalado ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 133, la triada básica sería la siguiente: cambios funcionales en el ejercicio del poder de dirección ordinario del empresario (movilidad funcional en sentido estricto u ordinaria), cambios funcionales provisionales en el ejercicio de una facultad extraordinaria del empresario que es el "ius variandi" (movilidad funcional extraordinaria) y cambios funcionales definitivos (y, por ello mismo sustanciales) en virtud de una facultad empresarial que, más que de extraordinaria, debiera de considerarse verdaderamente excepcional: la de proceder, con determinados requisitos, a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de sus trabajadores.

2.- LA MOVILIDAD FUNCIONAL ORDINARIA COMO EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN.-

A la hora de ofrecer un concepto de poder de dirección, resulta plenamente válida la definición ofrecida por MONTOYA en su obra clásica, y en base a la cual el poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa²¹. Se trataría de un poder jurídico, unilateral (en la medida en que no exige consentimiento de la otra parte) y discrecional, que no arbitrario pues el hecho de que no esté reglado no impide que deba respetar límites externos²².

El precedente artículo 39 del ET, en su redacción de 1980, permitía configurar la movilidad funcional como una expresión del poder de dirección empresarial. Sin embargo, la diversidad de categorías jurídicas que contempla actualmente dicho precepto permite desechar esta conceptualización²³.

No constituye el presente estudio un análisis pormenorizado del poder de dirección como categoría jurídica consolidada en el Derecho del Trabajo. La riqueza del debate doctrinal que

²¹.- Cfr. MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, op. cit. pag. 44. Como indica ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit. pag. 91, el poder de dirección resulta el punto de encuentro entre dos cuestiones: la expresión de las necesidades organizativas del empleador, y la caracterización misma del contrato de trabajo desde la perspectiva de la dependencia.

²².- MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección...*, op. cit. pag 24 y ss.

²³. Mantiene un concepto particular MARTINEZ ABASCAL, V., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 66, y "La reforma de la movilidad funcional", op. cit. pag. 321, donde señala que, aún descansando la movilidad funcional en el poder de dirección del empleador, no es posible identificarla con el mismo, y ello porque dicha movilidad, en cuanto manifestación concreta del "ius variandi", amplía aquél. Este autor entiende por ello que la movilidad funcional, si bien está fundada en el poder de dirección, no es equivalente al mismo, constituyendo una específica manifestación del ejercicio extraordinario de dicho poder. Por lo que se refiere a la negociación colectiva posterior a la reforma de 1994, ciertos CC suelen remitirse en materia de movilidad funcional a la definición legal del art. 39 del ET: "La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al Grupo Profesional". art. 7 CC 1995, de Comercio de Distribuidores de Especialidades y Productos Farmacéuticos (BOE nº 46, 22 de febrero de 1996). art. 9 CC 1996-1998 de Banca Privada. (BOE, nº 50, 27 Febrero 1996). art. 9 Acuerdo Marco 1996 de Agencias Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo (BOE nº 87, 10 de Abril 1996). art. 9. CC 1995-1997 de Industrias de Pastas alimenticias. (BOE nº 114, 10 Mayo 1996). art. 38 CC 1996-2001 de Industria de la Madera, (BOE nº 122, 20 Mayo 1996). Art. 34 CC 1996 de la Industria del Corcho, (BOE nº 128, 27 de mayo de 1996). art. 8 CC de 1995-997 para Sociedades Cooperativas de Crédito (BOE nº 140, 10 de Junio de 1996).

el mismo ha suscitado, ya ha encontrado su plasmación en las amplias monografías que sobre el mismo se han elaborado. Sin embargo, sí que merece especial atención, como facultad inherente al poder de dirección, aquella que consiste en la especificación de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo.

Bajo el título de "*fuentes de la relación laboral*", el artículo 3.1 del ET otorga a la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, la facultad de regular los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral. Paralelamente el artículo 5.c) del ET impone como deber laboral al trabajador el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, y el artículo 20.1 del ET establece que "*el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue*", precepto que debe integrarse con una expresión sumamente clarificadora de su apartado segundo cuando alude a un ejercicio "*regular*" de las facultades de dirección empresarial.

Como relación contractual, el contrato de trabajo genera una serie de derechos y obligaciones para ambas partes, una vinculación de crédito y débito que, en palabras de MONTOYA MELGAR, otorga al empresario un derecho subjetivo de crédito frente al trabajador. Dicho derecho de crédito se correspondería con una obligación del trabajador de carácter genérico, cuya "especificación" competiría al propio empresario²⁴.

Procede de antemano delimitar conceptualmente los conceptos de determinación de la prestación debida y de especificación de la prestación debida pues obedecen a momentos contractuales diferentes. El primero de ellos se sitúa en la fase de formación del contrato. El segundo de ellos en la fase de ejecución.

3.- LA FACULTAD DE ESPECIFICACIÓN EMPRESARIAL COMO FIGURA AUTONOMA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN LABORAL.-

La "determinación" y la "especificación" de la prestación debida fueron conceptos

²⁴.- MONTOYA MELGAR, A. *El Poder de dirección...*, op. cit. pag. 17.

utilizados ambivalentemente por la doctrina²⁵, si bien la especificación fue progresivamente adquiriendo autonomía propia, hecho que permite hoy en día afirmar que la operación de especificación debe moverse, como regla general, dentro de los límites marcados por la prestación previamente determinada²⁶.

Como ya viniera a indicar GIUGNI una cosa es la determinación de la prestación, como tema regulado en el acuerdo contractual, y otra bien diferente la naturaleza de aquellos actos mediante los cuales el acreedor de trabajo, aplicando el poder directivo o de "conformazione", precisa progresivamente y en el curso del desarrollo de la relación jurídico laboral el contenido de la prestación convenida, la cual exige un grado suficiente de determinación²⁷. De este modo, la sujeción del trabajador al poder de especificación del objeto de la obligación de trabajar (la prestación laboral) es cualidad intrínseca del comportamiento debido.

No se trata de un poder que permita constituir mediante actos unilaterales del empresario obligaciones a cargo del trabajador o de modificar aquellas preexistentes, sino que se traduce en el poder de individualizar progresivamente el comportamiento objeto de la obligación de trabajar que, aún siendo determinado en el contrato de trabajo, no está aún identificado entre

²⁵.- PALOMEQUE LOPEZ, M.C. "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación...", op. cit. pag. 4, diferenciaba dos notas a la hora de delimitar la determinación de la prestación debida: una noción cualitativa de prestación, que debía precisarse en la génesis del contrato (por tanto determinación propiamente dicha), y una determinación cuantitativa de la prestación, que no era condición inicial del contrato y por tanto podría realizarse en fase de ejecución (especificación en sentido estricto). MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, op. cit. pag. 160 y 162, incluye dentro del poder de dirección el acto de calificación definido como "la adecuación de los trabajadores al esquema de la plantilla a través de una facultad empresarial".

²⁶.- MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 536. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit. pag. 24. ARANGUREN, A., *La qualifica nel contratto di lavoro. Il diritto soggettivo alla qualifica*, op. cit. pag. 32 a 39, mantiene sin embargo una posición propia al respecto acerca de la determinación y la determinabilidad de la prestación. De manera reiterativa PERSIANI, M *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit. pag. 181 y 195, entiende que la prestación debe quedar determinada en el contrato.

²⁷.- Cfr. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 104. GHEZZI, V., ROMAGNOLI, U, *Il rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 155. Cierta doctrina italiana como D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Ed. Giuffrè Editore, Milan, 1958, pag. 69, había remarcado la necesidad de diferenciar lo que era el "potere di conformazione" o de especificación, fundado en el contrato de trabajo y finalizado al individualizar la prestación convenida, del poder de dirección en sentido propio, de naturaleza institucional el cual tendría como objeto comportamientos extraños a la prestación fundamental. Otros autores han utilizado ambos conceptos ambivalentemente: PISANI, C., "Rapporto di lavoro e nuove tecnologie...", op. cit. pag. 297. Sin embargo, como ya viniera a entender otra doctrina "si aparece ya difícil precisar los contornos del poder directivo, frente al "ius variandi", más difícil, cuando no artificiosa se muestra utilizarlas ambivalentemente". PERULLI, A. *Potere direttivo e impresa*. Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 1992, pag. 85.

las varias posibilidades previstas en el momento de la conclusión contractual. Por ello, el poder de especificación, no determina el objeto de la obligación, sino que lo individualiza²⁸. Tampoco se trata de un poder que pueda ser calificado como un derecho potestativo en la medida en que de su ejercicio no deriva ninguna modificación de la relación jurídico-laboral. El elenco de tareas que pueden exigirse al trabajador, están ya previstas de antemano por las partes²⁹.

Previamente al estudio de la facultad de especificación empresarial como facultad inherente al poder de dirección, se hace necesario apuntar varias ideas respecto a la determinación de la prestación debida realizada en la fase contractual, al ser sobre ella sobre la que opera la especificación.

Por prestación cabe entender el contenido u objeto de la obligación, y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado; es, en definitiva, el comportamiento obligatorio del deudor, lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado para reclamar³⁰.

En el ordenamiento jurídico laboral, la determinación de la prestación laboral tiene su origen en el contrato, mediante la equiparación a un sistema convencional de clasificación. Dicha regulación conlleva que la aplicación del artículo 1273 del Código Civil mantenga ciertas peculiaridades³¹.

Como ya se ha citado con anterioridad, la posición de cierto sector de la doctrina laboralista era la de entender que lo que debía determinarse inicialmente en el contrato era

²⁸. - PESSI, R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*. Ed. Giuffrè, Milano, 1989, pag. 52 a 55.

²⁹. - PERSIANI, M., *Contrato di lavoro e organizzazione*, op. cit., pag 189, entiende que si bien el poder de especificación está funcionalmente conectado al derecho de crédito al que se refiere, estructuralmente es un poder dotado de autonomía propia.

³⁰. - ALBALADEJO, M., et alt. *Derecho Civil*. Tomo II, Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general, Vol. 1º. 8ª Ed. Llibreria Bosch, Barcelona, 1989 pag. 18. LACRUZ BERDEJO, J.L., et alt. *Elementos del Derecho Civil II*, Derechos de obligaciones, Vol. 1º, 2ª Ed. Jose Maria Bosch, Barcelona, 1989, pag. 19. DIEZ PICAZO, L., et alt. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II 6ª Ed. Tecnos, Madrid, pag. 145.

³¹. - El art. 1273 CC reza lo siguiente: "el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia de contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los interesados".

la noción cualitativa de la prestación (la clase de trabajo a realizar)³² mientras que la noción cuantitativa (cantidad o extensión del trabajo) a tenor del artículo 1273 del Código Civil in fine, no era susceptible de determinación, con lo que se asimilaría a la especificación propia del poder de dirección³³. Sin embargo, de manera similar a lo que ocurre en el ordenamiento civil (arts. 1449 y 1690,2 del Código Civil), el ordenamiento jurídico-laboral no admite que la determinación se confíe a una de las partes, sino que impone el acuerdo de voluntades. No debemos olvidar que la determinación encuentra su fuente en el consentimiento inicialmente prestado por las partes, ya sea de forma explícita, o, a falta de ésta, por comportamientos concluyentes³⁴. Por tanto, la determinación de la prestación laboral mantiene junto con la especificación un fundamento contractual, pero a diferencia de ésta no puede quedar a la libre voluntad del empresario³⁵.

Perfilada así la figura de la determinación de la prestación laboral cabe concluir con tres nociones básicas. La primera se refiere al momento en que la misma opera: el de la génesis del contrato. La segunda es la necesaria intervención de la autonomía de las partes, impidiendo la actuación unilateral del empresario. Y la tercera es que, dado que la prestación laboral es una obligación de hacer de tracto sucesivo, ello exige una determinación "amplia"

³².- Para ARANGUREN, A., *La qualifica...*, op. cit. pag. 39, la determinación cualitativa de la prestación presupone el concurso de dos requisitos: a) La indicación de la naturaleza o el tipo de comportamiento debido. b) La indicación técnico-profesional que permita consentir la utilización del comportamiento debido.

³³.- Una posición propia mantiene ARANGUREN, A., *La qualifica...*, op. cit. pag. 32 y ss. para quien la prestación de trabajo debe ser determinada o determinable en cuanto que la determinación de la prestación sirve sobre todo para delimitar el contenido de la obligación del trabajador. Como este autor indica, puede suceder que la categoría profesional aparezca definida con el modo de ejecución del trabajo (escribir a máquina, copiar cartas etc). En estos casos, no puede entenderse que el empresario tiene un poder de predeterminación de la prestación; sino que tendrá únicamente el derecho de determinar la modalidad del cumplimiento, es decir, el cómo, el dónde y el cuándo la prestación misma debe cumplirse. Entiende PESSI, R., *Contributo allo studio...*, op. cit. pag. 47, que la determinación de la prestación se convierte en el momento central del encuentro de voluntades, en cuanto que individualiza no solo la pluralidad de comportamientos entre los que deberá necesariamente ser especificado el comportamiento debido por el trabajador, sino sobre todo el *quantum* de subordinación al que el mismo será sometido.

³⁴.- LISO, F., *La mobilità del lavoratore in azienda...*, op. cit. pag. 144.

³⁵.- Indica ALBALADEJO, M., et alt. *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 1º, op. cit. pag. 24, que el criterio de exclusión de la determinación dejada a una de las partes es un criterio absoluto que impide confiarla de cualquier modo. Sin embargo existen otras opiniones que entiende que lo rechazado es que la determinación de la prestación se deje al "libre arbitrio" de una de las partes, pero no habría obstáculo en que la determinación se confiase a un "arbitrio de equidad" de cualquiera de ellas. LACRUZ, J.L., et alt., *Elementos del Derecho Civil*, Vol. 2º, op. cit. pag. 88, entiende que como único criterio no se puede dejar al arbitrio de una sola de las partes la determinación de la prestación. Sin embargo, cuando se trata de prestaciones ya previstas y aceptadas por la otra parte (como el género en las obligaciones genéricas o las demás prestaciones establecidas inicialmente, como las obligaciones alternativas), la determinación por una sola de las partes es unánimemente aceptada.

de las condiciones de trabajo.

Lo que debe quedar claro es que la prestación laboral queda determinada en la fase contractual por lo que la facultad empresarial de especificar unilateralmente las funciones contratadas no debe entenderse como una manifestación de la determinabilidad del objeto (2º párrafo del art. 1273 Código Civil). En este sentido es necesario referirse a las obligaciones genéricas y a las obligaciones alternativas, así como a las facultades de especificación y de concreción que puede corresponder al acreedor en las mismas, y que fueron identificadas inicialmente por la doctrina laboralista con la facultad de especificación que ostenta el empresario en base a su poder de dirección³⁶.

Siguiendo a LACRUZ, *obligaciones genéricas* son aquéllas cuyo objeto, la prestación, está inicialmente referido a una medida determinada de un género también determinado y la ulterior y definitiva determinación de la prestación consiste en señalar la porción concreta del género señalado, cuya realización suponga cumplimiento. *Obligaciones alternativas* son aquellas en que la prestación debida consiste en una de las varias previstas al constituirse la relación obligatoria y el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones extingue la relación³⁷.

ROMAN DE LA TORRE se encargó de estudiar la facultad de especificación empresarial de la prestación debida mediante un análisis comparativo de la especificación de las obligaciones genéricas y de las obligaciones alternativas en Derecho civil, para concluir su inadaptabilidad en el orden jurídico laboral³⁸.

³⁶.- MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección...*, op. cit. pag. 17, donde señala que el instrumento de especificación de la prestación laboral (el poder de dirección) posee una fuerza y un alcance desusados en el Derecho general de obligaciones, siendo la intensidad, más que la naturaleza, lo que separa el poder de dirección del empresario de otros institutos dirigidos a la especificación de las prestaciones genéricas.

³⁷.-Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., et alt. *Elementos del derecho civil...*, Vol. 1º, op. cit. pag. 91 y 101.

³⁸.- Cfr. ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit. pag. 106, indicando que la facultad de especificación, como integrante del poder de dirección, se diferencia de la facultad de concreción en el ámbito civil de las obligaciones genéricas, por lo que se refiere al sujeto, al objeto y al acto de la especificación:

- a) Respecto al sujeto, mientras el poder de dirección es facultad unilateral del empresario, en las obligaciones genéricas civiles el acreedor nunca realiza la labor de especificación unilateralmente.
- b) Respecto al objeto, mientras en las obligaciones genéricas el deudor cumple con una de las especies, en el contrato de trabajo ello no es así (el trabajador queda potencialmente obligado al conjunto de tareas contratadas aunque momentáneamente solo realice una de ellas).
- c) Respecto al acto de especificación, se producen diferencias en el propio proceso de determinación de la deuda. Mientras que en las obligaciones genéricas hay una determinación de la deuda, pero es una

El punto de partida para analizar cualquier facultad de especificación reside en estudiar si la prestación laboral queda determinada de manera plena en el momento de la perfección del contrato de trabajo o si por el contrario su determinación es sólo parcial. Al respecto, ALARCON CARACUEL ha puesto de relieve cómo la prestación laboral debida no consiste en una tabla cerrada de concretas operaciones productivas a realizar, puesto que éstas están "a priori" relativamente indeterminadas. Según este autor, el carácter relativo de esa indeterminación dimana del hecho de que, si bien no han de especificarse en el contrato las concretas operaciones que el trabajador habrá de realizar, sí es del todo imprescindible determinar la función que el trabajador habrá de llevar a cabo en el seno de la organización productiva empresarial³⁹. Profundizando en el concepto, se puede afirmar que esta relativa indeterminación es en palabras de CRUZ VILLALON, "una determinación amplia", pues sólo en un sentido no técnico se puede calificar la prestación laboral de relativamente indeterminada en cuanto a su objeto⁴⁰.

La doctrina civilista analizó la diferencia entre el acto de elección en las obligaciones alternativas y el acto de especificación en las obligaciones genéricas. Así, mientras en las

determinación que culmina en un proceso sucesivo al de fijación inicial del género, (su objeto está determinado ab initio, si bien se ha postergado para un momento ulterior la individualización de los elementos que la componen) ello es bien distinto de lo que sucede en el contrato de trabajo, en el que el objeto de la prestación está ya "concentrado" al inicio de la relación por vía convencional, y lo que se confiere al empresario a través del poder directivo no es poder delimitar ya más aquella prestación, sino encauzar su cumplimiento, es decir, el poder de dirección actuaría en la fase de ejecución de lo contratado y no sobre la determinación de la deuda. Según esta autora "no hay que confundir una "especificación" que es en realidad determinación de la prestación, de una "especificación" que es utilización continuada del trabajo contratado según las exigencias y ritmos de cada momento".

Si ello es así en las obligaciones genéricas, por lo que respecta a las obligaciones civiles alternativas, el deudor se libera cumpliendo una de las distintas prestaciones concretadas de antemano, mientras que en la facultad de especificación empresarial, el trabajador no se libera del resto de las funciones contratadas cumpliendo una sola de ellas. En el mismo sentido DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 30.

³⁹.- ALARCON CARACUEL, M.R., "La Clasificación profesional y la movilidad funcional", op. cit. pag. 129.

⁴⁰.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., en *Las modificaciones de la prestación...*, op. cit. pag. 24. Para TREU, T et alt., en *Diritto del lavoro*. 3ª Ed. UTET, Turín, 1994 pag. 187, el objeto de la obligación esta determinado solo de modo genérico y la especificación de las tareas requeridas entra en el poder de dirección empresarial. De este modo, si una determinación excesivamente restrictiva o unívoca del contenido de la obligación, obstaculizaría un empleo flexible del trabajador, la contratación mediante tareas muy indefinidas iría en contra del principio de la división del trabajo. PESSI, R., en *Contributo allo studio...* op. cit. pag. 53, pone de relieve como la determinación del objeto se realiza toda e íntegramente en el momento de la estipulación del contrato. En el mismo sentido PERSIANI, M., en *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit. pag. 177. En la doctrina francesa, Vid. REVET, T., "L'objet du contrat de travail", *Droit Social* n° 11, 1992, pag. 859 a 870.

primeras la prestación se halla indeterminada o al menos no completamente determinada⁴¹, en las obligaciones genéricas la prestación se halla determinada aunque solamente en su género de modo que mediante la especificación, el acreedor individualizaría dentro del género, la prestación con que se ha de cumplir⁴².

Si la dificultad de calificar la prestación laboral objeto del contrato de trabajo como una obligación genérica o bien como una obligación alternativa ha sido evidenciada por la doctrina, no menos complejidad acarrea calificar la facultad de especificación empresarial. Con carácter previo debe advertirse que la facultad de especificación en el ámbito laboral acoge características tanto del acto de especificación en las obligaciones genéricas, como del acto de elección en las obligaciones alternativas. Sin embargo no se puede hablar de una trasposición conceptual completa. Esta dificultad se acentúa según la prestación laboral objeto del contrato se equipare a una categoría profesional descriptiva de un elenco de tareas, o bien la equiparación se realice a un grupo profesional compuesto por varias categorías profesionales ordenadas jerárquicamente:

a) La facultad de especificación empresarial en aquellas ocasiones en que la prestación laboral ha quedado equiparada a una categoría profesional descriptiva de una serie de tareas parece adecuarse a lo que ha venido a definirse como acto de elección en las obligaciones alternativas, a pesar de las críticas doctrinales al respecto. Dichas críticas, vertidas sobre la identificación de la facultad de especificación con la facultad de elección en las obligaciones alternativas han sido diversas y la mayoría se ha sustentado en la afirmación de que el trabajador no se liberaría de su obligación cumpliendo una sola de las tareas de la categoría profesional (característica consustancial a las obligaciones alternativas). Se trataba ésta de una crítica que ya apuntaba GIUGNI al entender que la misma utilidad de la obligación, a través

⁴¹. - LACRUZ, J.L., et alt. en *Elementos del derecho Civil II*, Vol. 1º, op. cit. pag. 101, señala que "las obligaciones alternativas se consideran, sistemáticamente, como un supuesto, si quiera especial, de indeterminación del objeto...". DIEZ PICAZO, J.L., en *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 2º, op. cit. pag. 158, añade que "la elección (en las obligaciones alternativas) es un poder dirigido a producir una mutación jurídica, en cuanto su actuación transforma una obligación con un contenido no completamente determinado en otro determinado".

⁴². - Sin embargo las diferencias no son siempre claras. LACRUZ, J.L., et alt. *Elementos del derecho Civil II*, Vol. 1º, op. cit. pag. 100, entiende para las obligaciones genéricas (y a diferencia de las obligaciones alternativas) que la especificación presupone una cierta uniformidad entre los posibles objetos a prestar. Para ALBALADEJO, M., et alt. *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 1º, op. cit. pag. 48, la obligación alternativa se dirige a una de entre varias prestaciones individualmente consideradas, es decir, cada una es contemplada concretamente, aunque luego se deje la opción de cumplir con una u otra. Mientras que la obligación genérica se dirige, no a una de entre muchas prestaciones, cada una individualmente considerada, sino a una prestación determinada sólo genéricamente, es decir, no importa que se realice esta o aquella prestación, sino que la que se realice tenga las características pedidas, propias del género.

de comportamientos debidos, aparecía única e inescindible, siendo impensable que la inexigibilidad de alguna tarea aunque fuese de escasa importancia, hiciera desaparecer el interés del acreedor en la ejecución del contrato⁴³.

Frente a ello cabe objetar que el ordenamiento jurídico permite que el desempeño continuado de determinadas tareas configure un derecho adquirido o condición más beneficiosa de origen contractual que el empresario debe respetar, limitando su facultad de especificación para exigir otras funciones. Como argumento de apoyo y al igual que sucede con las obligaciones alternativas, el objeto de la obligación queda determinado ya en el contrato, de forma que la operación que falta es la de su individualización⁴⁴. También al igual que la elección en las obligaciones alternativas, y a diferencia de las obligaciones genéricas, la facultad del acreedor (empresario) de elegir es libre⁴⁵, es decir, el empresario podrá exigir al trabajador cualquiera de las tareas circunscritas dentro de su categoría profesional.

b) La facultad de especificación empresarial en aquellas ocasiones en que la prestación ha quedado equiparada a un grupo profesional compuesto por un conjunto de categorías

⁴³. - Cfr. GIUGNI, G., *Mansioni e Qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 109. PESSI, R., *Contributo allo studio...*, op. cit. pag. 48. Apuntan además estos autores que las reglas acerca de la irrevocabilidad de la elección, así como sobre el reparto del riesgo en los casos de imposibilidad sobrevenida de la elección, aparecen extrañas al contrato de trabajo. Esta ha sido la argumentación utilizada por ROMAN DE LA TORRE, M.R., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit. pag. 107, para negar la asimilación de la facultad de especificación con el proceso que tiene lugar en las obligaciones alternativas en las que el deudor se libera cumpliendo una de las distintas prestaciones: "nada de ello tiene lugar en la relación laboral a través del poder directivo, ya que el trabajador queda potencialmente obligado a realizar todas las tareas y condiciones que conforman su prestación, sin que el ejercicio momentáneo de una de ellas excluya las demás". Argumentación que por otra parte había seguido cierta jurisprudencia como puso de manifiesto SALA FRANCO, T., "El ingreso al trabajo...", en AA.VV. *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía...*, op. cit. pag. 64.

⁴⁴. - PERSIANI, M., *Contrato di lavoro e organizzazione*, op. cit. pag. 186, ha salido al paso de las críticas respecto a la identificación de la facultad de especificación con la facultad de elección en las obligaciones alternativas. Para este autor, la prestación laboral permanece única si se la considera bajo el perfil objetivo, es decir como resultado debido, mientras que en relación al perfil subjetivo se prevén una pluralidad de comportamientos debidos en la misma obligación, todos los cuales son idóneos para obtener el resultado.

⁴⁵. - LACRUZ, J.L., et alt. *Elementos del Derecho Civil II*, Vol 1º, op. cit. pag. 105, pone de manifiesto cómo "la elección se ejercita sin consideración a los intereses de la otra parte: cabe designar la prestación más costosa, o la más barata o inútil". Tal como indica PESSI, R., *Contributo allo studio della fattispecie...*, op. cit. pag. 56, el poder de especificación permite al empresario de elegir, o mejor dicho, de individualizar, en el ámbito de la actividad contractualmente prevista aquella que el trabajador debe. La elección compete siempre al empresario, el cual puede modificarla en cualquier momento, pudiendo hacer interrumpir un cierto proceso de trabajo para hacer iniciar o completar otro, o hacer repetir una determinada operación si la misma no hubiese obtenido los resultados previstos.

profesionales jerarquizadas, permite asimilar la facultad de especificación empresarial al acto de concreción que tiene lugar en las obligaciones genéricas. Entendiendo el género como grupo profesional⁴⁶, no habría obstáculo para admitir que el mismo contiene un conjunto más o menos amplio de categorías que responden a unas condiciones idénticas (titulaciones, contenido general de la prestación, aptitudes, etc). De la misma manera que en el Derecho Civil de obligaciones el deudor se libera cumpliendo cualquiera de las prestaciones siempre que pertenezcan al género estipulado, en el ordenamiento jurídico laboral el trabajador cumplirá las funciones correspondientes a una de las categorías profesionales que compongan el grupo profesional estipulado. Sin embargo, a diferencia de las obligaciones alternativas en que la facultad de especificación (la cual puede recaer en el acreedor, pues si bien el Código Civil no lo impone, tampoco lo prohíbe) es libre, en las obligaciones genéricas la facultad de elección esta sujeta a ciertos límites:

Por aplicación del artículo 1167 del Código Civil, el género podrá comprender diversas calidades, de modo que cuando se haya precisado la calidad o tipo de prestación que se debe, a ello habrá que atenerse para cumplir la obligación. Pero en caso contrario, y como regla general, el acreedor no podrá exigir una calidad superior dentro del género, ni el deudor imponer la aceptación de una prestación de calidad inferior⁴⁷. Aplicando estos términos al supuesto que se estudia, el grupo profesional podrá comprender diversas categorías profesionales, de modo que cuando se haya precisado el tipo de categoría profesional debida, a ella habrá que atenerse para cumplir la obligación. Pero en caso contrario (el de adscripción genérica a un grupo profesional), el empresario no podrá exigir una categoría superior a la inicialmente prestada, ni el trabajador imponer la aceptación de una categoría profesional inferior a la prestada. Esta falta de libertad es completada en el Derecho del Trabajo a través de los límites de temporalidad y excepcionalidad impuestos por el "ius variandi" y que impiden al empresario variar al trabajador de su categoría profesional sin respetarlos.

⁴⁶.- El término "género" no debe entenderse en el sentido físico ni en el filosófico, sino en una acepción usual, flexible, referida a criterios sociales. Así, la obligación genérica presupone una cierta uniformidad entre los posibles objetos a prestar. LACRUZ, J.L., et alt. *Elementos del derecho Civil II*, Vol 1º, op. cit. pag. 92. De este modo, la definición ofrecida por el ET de grupo profesional, permite su composición por categorías que respondan a unos mismos parámetros funcionales. ARANGUREN, A., *La qualifica nel rapporto di lavoro...*, op. cit. pag. 34, entiende que la prestación laboral debe ser determinada limitadamente al género de la misma, mientras que se daría al poder del empresario, la posibilidad de especificar la singular prestación.

⁴⁷.- ALBALADEJO, M., et alt. *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 1º, op. cit. pag. 50.

4.- LOS LÍMITES FUNCIONALES A LA FACULTAD DE ESPECIFICACIÓN EMPRESARIAL EN EL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN. EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA MOVILIDAD FUNCIONAL "ORDINARIA".-

El artículo 39.1 del ET recoge el ejercicio de la facultad empresarial de especificación de la prestación debida. Bajo la denominación de movilidad funcional (entendida como ordinaria), la circunscribe funcionalmente a "*la pertenencia al grupo profesional*" y, subsidiariamente "*a falta de definición de grupos profesionales*", permite el que pueda (carácter facultativo de enorme importancia) "*efectuarse entre categorías profesionales equivalentes*".

Al delimitar funcionalmente el ámbito en que operará la facultad empresarial de especificación de la prestación debida, el artículo 39.1 del ET debe integrarse con tres preceptos del ET: el artículo 5.1 que impone como deber básico del trabajador el cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo; el artículo 20.1, que establece la obligación del trabajador de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue; y el artículo 22.5, que remite al acuerdo de voluntades el establecimiento del contenido de la prestación laboral, así como su equiparación a la categoría o grupo profesional previsto en el convenio colectivo.

El ámbito contractual que aparece en los dos últimos preceptos bajo los términos de "*trabajo convenido*" y "*acuerdo*", y que opera en última instancia como fundamento inmediato de la facultad de especificación empresarial y a la vez como límite al poder de dirección, no es el utilizado por el artículo 39.1 del ET, que sin embargo emplea dos de los criterios de clasificación profesional utilizables por la negociación colectiva: el grupo profesional, y las categorías profesionales equivalentes.

La justificación directa de tal técnica reside en el modo de determinación de la prestación laboral en el ordenamiento jurídico laboral. Determinación que exige la equiparación a alguno de los criterios de clasificación profesional convencional. Sin embargo, la regulación legal del ET de los criterios, tras la reforma de 1994, plantea muchas dudas interpretativas, alguna de las cuales de difícil solución.

Por de pronto, la equiparación de la prestación a una categoría profesional, o la movilidad en el seno del grupo profesional, van más allá de aquel deber del trabajador de "*cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo*" (art. 5.1. a) ET) imposición normativa por su parte, excesivamente reductiva. Adicionalmente, mientras que el 39.1 del ET recurre

(a la hora de circunscribir la movilidad funcional ordinaria) al grupo profesional y a las categorías profesionales equivalentes de modo subsidiario, los apartados 1º y 5º del artículo 22 del ET, aluden a dichos criterios de clasificación de modo alternativo. Por último el artículo 39 del ET no menciona de manera expresa a la categoría profesional como límite funcional a la facultad de especificación empresarial, pese a aparecer como criterio de clasificación en los otros preceptos mencionados, y ser el criterio general en otros ordenamientos jurídicos.

En estos términos, la reforma legislativa operada por la ley 11/94 de 19 de mayo no ha suprimido uno de los grandes problemas que en materia de movilidad funcional ordinaria se habían suscitado con la legislación precedente. Con anterioridad a la reforma, la movilidad funcional ordinaria del artículo 39 del ET (única movilidad contemplada por aquél entonces en el precepto) quedaba limitada a la pertenencia al grupo profesional, en tanto que el artículo 23 del ET (regulador del "ius variandi" y bajo el título "*trabajos de superior e inferior categoría*") sólo permitía con carácter general la movilidad funcional dentro de los límites de la categoría profesional.

La interpretación sistemática proporcionada por cierta doctrina fue la de entender que la movilidad funcional ordinaria (en los términos aquí analizados) se encontraba, como regla general, limitada por el grupo profesional y sólo excepcionalmente jugaba la categoría profesional como límite cuando se tratase de una movilidad vertical descendente no causal ni temporal, en el sentido del anterior artículo 23.4 (asignación de trabajos de categoría inferior)⁴⁸.

El que el actual artículo 22.2 del ET permita que el grupo profesional pueda estar compuesto a su vez por diversas categorías profesionales aviva nuevamente el problema en los términos antes indicados, es decir, vuelve a plantearse la duda acerca de si es posible admitir que la movilidad funcional ordinaria tenga como límite el grupo profesional, cuando la determinación contractual de la prestación laboral objeto del contrato se realice mediante la equiparación a una categoría profesional incluida en un grupo profesional⁴⁹.

⁴⁸.- Se trata de una afirmación defendida por SALA FRANCO, T., en varios de sus estudios doctrinales sobre el tema. Ver por todos "El ingreso al trabajo...", en AA.VV. *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes...*, op. cit. pag. 53.

⁴⁹.- Sin embargo cierta doctrina posterior a la reforma de 1994 ha eliminado cualquier planteamiento del problema. De este modo ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional y movilidad funcional", op. cit. pag. 192, entiende que en el régimen de la movilidad funcional, el grupo profesional y la categoría profesional equivalente son alternativos, como ocurre en el art. 22, evitándose así el juego acumulado de los conceptos de grupo y categorías que presidió la problemática interpretación jurídica de

La solución al problema pasa por la correcta identificación del mismo y por el análisis que la doctrina posterior a la reforma de 1994 ha apuntado.

Tanto CRUZ VILLALON⁵⁰, en su obra clásica, como ALARCON CARACUEL⁵¹, han puesto de manifiesto cómo la especificación de la prestación debida por el empresario ha estado anclada durante los últimos decenios en el concepto de "categoría profesional".

La categoría profesional (la cual había sido un instrumento de identificación de la prestación debida durante la aparición del taylorismo) entra, como se indicó, "en crisis" al frenarse en los procesos industriales post-tayloristas la tendencial ultradivisión del trabajo, que había llegado a identificar la categoría con un puesto de trabajo muy especificado. Este problema fue solucionado jurídicamente por una también tendencial sustitución del concepto categoría por el del grupo profesional, el cual acabaría convirtiéndose en elemento de identificación de la prestación debida, pero sobre el que cierta doctrina especializada mostró siempre reticencia al señalar que para que el grupo profesional surtiese los efectos queridos por el artículo 39 del ET, como ampliador del "ius variandi" empresarial, había de estar formado por una categoría o por varias categorías similares del mismo nivel⁵².

Esta ampliación del contenido funcional de la prestación debida hasta coincidir con el ámbito del grupo profesional podía haber tenido como soporte normativo la anterior Disposición Transitoria 2ª del ET, la cual señalaba que "*a los efectos de la definición de grupo profesional a que se refiere el artículo 39 se estará a lo dispuesto en las ordenanzas, mientras no se pacte sobre la materia a través de los convenios colectivos*". Esta debió ser la vía procedente para proceder a la sustitución de las categorías profesionales contenidas en las Ordenanzas Laborales y en las Reglamentaciones de Trabajo si se entendía que las mismas habían quedado obsoletas o resultaban de escasa adaptabilidad a las exigencias organizativas actuales. Sin embargo, la negociación colectiva no utilizó esta posibilidad que le ofrecía la D.T. 2ª, sino que los convenios colectivos o bien se remitían a la regulación de los grupos profesionales según disponían las OL, o bien la asumían de manera mimética como contenido normativo del convenio. Todo ello comportó que la noción de grupo

los anteriores arts. 39 y 23 sobre si el límite a la movilidad lo constituía el uno o la otra.

⁵⁰.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit. pag. 25 a 47.

⁵¹.- Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional y la movilidad funcional", op. cit. pag. 134.

⁵².- ALONSO OLEA, M., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario Breve*. Ed. Civitas, Madrid, 1980, pag. 134.

profesional que recogían las Ordenanzas Laborales y las Reglamentaciones de Trabajo fuese mucho más amplia que la que suministraba el anterior artículo 39 del ET, con lo que los límites fijados por el precepto difícilmente podían cumplirse mediante la aplicación de las normas reglamentarias⁵³.

Esta caótica situación⁵⁴ llevó a la doctrina a buscar y encontrar formas de atemperarla:

a) Se interpretó que la referencia al grupo profesional, no podía coincidir, dada la necesaria delimitación del objeto de la prestación, con los grandes grupos profesionales tradicionalmente incluídos en las Reglamentaciones de Trabajo⁵⁵. Se trataba de buscar un concepto de grupo profesional más acorde con las exigencias actuales en un marco de flexibilización interna.

b) Se entendió (como a continuación se verá) que el concepto que debía acuñarse era el de la "equivalencia" entre las funciones a desempeñar dentro del seno del grupo profesional⁵⁶. Sin embargo el concepto de equivalencia que se barajaba era un concepto enteramente objetivo, basado en la identidad de las funciones a desempeñar⁵⁷.

⁵³. - ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 135. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 118, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 346. MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 596. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 39. HUERTAS BARTOLOME, T., "Clasificación profesional, movilidad y cambios organizativos en las empresas", op. cit. pag. 137 y ss.

⁵⁴. - Como indica ALEMAN PAEZ, F., "La nueva regulación de la clasificación...", en AA.VV. *La nueva regulación...*, op. cit. pag. 236, el mostrar soluciones unívocas sobre este intrincado tema, no sólo era poco sólido (por la relación de complementariedad que subyacía entre la categoría profesional y el grupo profesional), y poco feliz (porque el propio sustrato en que se sustenta el encuadramiento dificulta el establecimiento de límites uniformes a la movilidad), sino además poco acertado, pues siempre sería una cuestión a resolver atendiendo al método, al sistema empleado convencionalmente para traducir las ocupaciones laborales y al tipo de alteración funcional efectuada.

⁵⁵. - RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador dentro de la empresa", op. cit. pag. 30

⁵⁶. - MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y movilidad laboral", op. cit. pag. 181.

⁵⁷. - Al respecto, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral y reforma de la normativa sobre movilidad funcional", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 67, 1994, pag. 770. Vid. al respecto del mismo autor *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 40 a 60. Como indicara GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional en la empresa" *Actualidad laboral*, nº 37, 1993, pag. 655 y ss., "funciones equivalentes" presupone que las nuevas tareas (además de ser compatibles con las propias de la categoría profesional ostentada por el trabajador, con las que se comparan), pertenecen si no a dicha categoría, a otra u otras de igual o similar nivel dentro del grupo. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral...", op. cit. pag. 37 y ss.

Ambas posturas doctrinales han sido acogidas por la nueva dicción del artículo 39, pero de un modo particular.

Por lo que se refiere a la primera, el concepto de grupo profesional ofrecido por el ET tras la Ley 11/94 aparece descrito en similares términos a los que tenía en su anterior redactado, si bien el artículo 22.2 del ET otorga mayor importancia a su vertiente funcional al permitir el que pueda incluir "*distintas funciones o especialidades profesionales*". Por contra, no se rompe de manera definitiva con el concepto tradicional de grupo profesional contemplado por las Ordenanzas Laborales, pues el ET recoge por primera vez la posibilidad de que el grupo pueda "*incluir diversas categorías profesionales*", hecho que supone admitir una reminiscencia de los anteriores sistemas convencionales de clasificación.

Por lo que se refiere a la segunda, el artículo 22.4 del ET introduce también un nuevo concepto, el de categoría profesional equivalente. Sin embargo, la excesiva subjetivización de dicho concepto puede provocar, como han señalado ciertos autores, una criticable inseguridad jurídica⁵⁸.

Ante este panorama legislativo en el que el poder de dirección empresarial aparece redimensionado (o mejor dicho, potenciado) se impone una mayor tutela de la profesionalidad del trabajador, así como una interpretación extensiva en este sentido. El argumento jurídico por virtud del cual la movilidad funcional viene definida como un "mal menor" a soportar frente a la extinción del contrato de trabajo, no puede amparar, como tampoco la finalidad de tutelar unas determinadas exigencias organizativas, una total desprotección de la esfera jurídico-profesional del trabajador.

4.1.- El grupo profesional y la categoría profesional equivalente como conceptos autónomos a la hora de limitar la movilidad funcional ordinaria.-

4.1.1.- La situación jurídica anterior a la reforma de 1994, el valor decisivo de la equivalencia profesional.-

⁵⁸.- SENRA BIEDMA, R. "Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial", op. cit. pag. 24, quien indica que la nueva definición del grupo profesional y de las categorías equivalentes reduce el espacio de las categorías no equivalentes, entre las que debe operar la movilidad funcional vertical, sea ascendente o descendente, asegurándose de ese modo que la mayoría de las movilidades funcionales incluidas en el ejercicio regular del poder de dirección del empresario sean horizontales.

Uno de los debates doctrinales que mayores polémicas suscitó en la regulación jurídica inmediatamente anterior a la Ley 11/94 vino de la mano de determinar si era el grupo profesional o bien la categoría profesional el auténtico límite a la movilidad funcional ordinaria como expresión del poder de dirección. Ello era así porque mientras el precedente artículo 39 del ET permitía la movilidad funcional en el marco del "*grupo profesional*", el artículo 23 aludía a la "*categoría profesional*" y no al grupo como límite infranqueable del poder de dirección, límite cuya transgresión constituía una manifestación del "*ius variandi*". Esta confusión se acrecentaba en la medida en que los grupos profesionales pactados convencionalmente solían componerse de varias categorías profesionales, lo cual provocaba una desconexión conceptual flagrante.

La solución doctrinal frente a la cuestión de cual era el límite de la movilidad funcional (si el grupo profesional o la categoría profesional) no fue unívoca. A ello se adicionaba el problema acerca del alcance de la anterior D.Tº 2º, antes señalado. En este punto, se plantearon tres opciones doctrinales:

- a) La de aquellos autores que entendieron que el artículo 39 había producido una ampliación de las posibilidades de movilidad del trabajador con el fin de permitir el uso polivalente de la fuerza de trabajo⁵⁹, y por tanto era el grupo profesional el auténtico límite a la movilidad funcional.
- b) La de aquel sector doctrinal que configuró a la categoría profesional como auténtico límite a la movilidad funcional⁶⁰.
- c) Y finalmente como postura ecléctica, aquel sector doctrinal que entendía que la movilidad funcional se encontraba como regla general limitada por el grupo profesional y sólo excepcionalmente jugaría la categoría profesional como límite cuando se tratase de una movilidad vertical y descendente no causal ni temporal en el sentido del anterior artículo 23.4

⁵⁹.- LOPEZ GANDIA, J., "Comentarios al art. 23 del Estatuto de los trabajadores", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El ET*. (Coord. E. BORRAJO), Tomo IV, Ed. Edersa, Madrid, 1981, pag. 195. GARCIA NINET, I., "Comentarios al art. 39 del Estatuto de los trabajadores" en *Comentarios a las leyes laborales. El E.T.*, Tomo VIII, Ed. Edersa, Madrid, 1981, pag. 285.

⁶⁰.- ALONSO OLEA, M., *El estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, op. cit. pag. 134, señalando que "el grupo sólo puede ser unitario o agrupar unitariamente si está formado por una categoría o por varias categorías similares del mismo nivel". ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 135.

del ET⁶¹.

Entiendo, junto con ALARCON CARACUEL, y siguiendo por tanto la segunda de las posiciones doctrinales, que "el precepto sobre el que habría de haber recaído la interpretación correctora era el artículo 39 del ET, (que en realidad llamaba grupo profesional a lo que era categoría profesional bien entendida), haciéndolo así perfectamente coherente con el precedente artículo 23 del ET y "sacrificando" la D.T^a. 2^a como una pervivencia anómala del pasado". Y que si cabe hablar de una crisis de la categoría profesional, es precisamente, "una crisis inducida por el confusionismo terminológico del ET"⁶².

Sin embargo la evolución de la doctrina en este punto hizo que se fuera consolidando progresivamente un concepto jurídico autónomo, que no figuraba de forma expresa en ningún precepto del ET pero que constituía de por sí el mejor garante para preservar la profesionalidad del trabajador ante aquel supuesto de carencia normativa. Dicho concepto fue el de la equivalencia profesional⁶³.

Su falta de plasmación legal impuso el que se confiara a la negociación colectiva la dura tarea de perfilar dicho concepto e incardinarlo a su vez dentro de la prestación debida contractualmente como marco delimitador del poder de dirección y por tanto de la movilidad funcional ordinaria. Fue una tarea excesivamente ardua la asignada a la negociación colectiva y sus frutos no fueron desde luego los esperados aunque contribuyera de modo efectivo a impedir la unilateralidad del poder de dirección empresarial a la hora de configurar los límites en el ejercicio de la movilidad funcional⁶⁴.

⁶¹. - SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales*, op. cit. pag. 22.

⁶². - Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 135.

⁶³. - CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación...*, op. cit. pag. 60, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 30, MONTOYA MELGAR "Poder del empresario...", op. cit. pag. 180. GARCIA PERROTE, I., "Poder de dirección y movilidad funcional. El estado de la cuestión en torno a los nuevos criterios de clasificación profesional, la noción de grupo profesional y el alcance de la expresión "derechos profesionales", op. cit. pag. 255 y ss. ALEMAN PAEZ, F., "La categoría y el grupo profesional como límites a la movilidad funcional", op. cit. pag. 171 y ss., ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit. pag. 156. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional en la empresa...", op. cit. pag. 655. MARTINEZ ABASCAL, V., "Flexibilidad laboral y reforma...", op. cit. pag. 770. Vid al respecto del mismo autor *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 40 a 60. La influencia de la doctrina italiana en el tema se muestra en LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 145 y ss.

⁶⁴. - GARCIA PERROTE, I., "Poder de dirección...", op. cit. pag. 256.

Se trató igualmente de un concepto al que se vinculó de forma decisiva los derechos profesionales del trabajador, o si se desea la vertiente subjetiva y profesional del trabajador, es decir, su patrimonio profesional. Esta estrecha vinculación llevaría a entender que quedarían excluidas de la equivalencia profesional, tanto aquellas funciones que exigiesen unos conocimientos, aptitudes o habilidades que no permitieran comparación con las funciones efectivamente desarrolladas, como aquellas otras que implicaran una modificación en la clasificación profesional del trabajador.

El apostar por el concepto de equivalencia no despejaba sin embargo la duda inicial acerca de si era el grupo o la categoría profesional el marco delimitador de la prestación debida. En este "impasse" transitorio, a la espera de que la negociación colectiva se decantará por uno u otro criterio clasificatorio, las posiciones doctrinales se dividieron en dos posturas:

Según la primera de ellas, y con CRUZ VILLALON al frente, la categoría profesional seguiría constituyendo la referencia a la prestación debida. De este modo la prestación debida vendría determinada por todas las funciones propias de una categoría profesional, a las que se añadirían todas aquellas otras tareas y funciones que se pudiesen considerar como profesionalmente equivalentes⁶⁵. En cualquier caso, y como señaló VALDES DAL-RE, en tanto los convenios no reformulasen la noción de grupo profesional con arreglo al tenor legal, el grupo no podría considerarse como marco de la prestación debida⁶⁶.

La segunda de ellas admitía, con GARCIA PERROTE⁶⁷, que la movilidad funcional vía poder de dirección podría exceder de las fronteras de la categoría y producirse dentro del grupo, siempre que las nuevas tareas fueran afines y no difiriesen sustancialmente de las precedentes. La movilidad dentro del grupo sería posible siempre que la profesionalidad del trabajador no se viese perjudicada, por lo que el trabajo convenido incluiría, según RODRIGUEZ PIÑERO, no sólo las funciones propias de la categoría profesional, sino también otras que se pudiesen considerar como profesionalmente equivalentes dentro del

⁶⁵.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 65.

⁶⁶.- Cfr. VALDES DAL-RE, F., "Movilidad funcional y derechos económicos", en AA.VV. *Estructura Salarial*, Ed. CEOE, Madrid, 1987. pag. 109. Para ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección...*, op. cit. pag. 161, es indiscutible que la profesionalidad del trabajador es imposible defenderla exclusivamente desde la categoría profesional, e incluso es imposible que ésta pueda imposibilitarla, dado que las nuevas tendencias en organización del trabajo prescinden de esta noción, en favor de perfiles de prestación laboral mucho más amplios.

⁶⁷.- Cfr. GARCIA PERROTE, I., "Poder de dirección...", op. cit. pag. 261.

grupo profesional⁶⁸, pero, en cualquier caso, y como indicaba MONTOYA, habría de tratarse de categorías de igual o análogo nivel que contuviesen funciones conexas o equivalentes a la de la categoría profesional propia⁶⁹.

La conclusión a la que conducen las distintas posturas doctrinales es que, a falta de definición legal, no se llegaba a definir de forma concisa el criterio de la equivalencia. En cualquier caso se utilizaban ambivalentemente conceptos como el de "equivalencia profesional", o el de "funciones equivalentes" para definir una única realidad que imponía, según STS de 21 de marzo de 1989 (R.A. 1906) o STS 16 Enero de 1991 (R.A. 52), que las nuevas tareas, además de ser compatibles con las propias de la categoría profesional originaria, con la que se comparan, perteneciesen, si no a dicha categoría, a otra u otras de similar nivel dentro del grupo.

De forma paralela, el que no se definiera legalmente el concepto "categoría equivalente" permitía aceptar la primera de las posturas doctrinales que delimitaban el ámbito de la prestación debida, y por tanto el ejercicio de la movilidad funcional, dentro de propia categoría profesional⁷⁰. Y a la vez permitía rechazar de plano la equivalencia cuando las nuevas y las anteriores funciones perteneciesen a grupos distintos.

4.1.2.- La situación jurídica actual.-

Los límites funcionales en los que la movilidad funcional se circunscribe pueden verse alterados según el sistema de clasificación profesional que se haya adoptado por la negociación colectiva.

⁶⁸.- Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 31. GARCIA PERROTE, I., "Poder de dirección...", op. cit. pag. 261.

⁶⁹.- Cfr. MONTOYA MELGAR, A., "Poder de dirección...", op. cit. pag. 181.

⁷⁰.- MARTINEZ ABASCAL, V., "Flexibilidad...", op. cit. pag. 770, entiende que no debe identificarse la equivalencia profesional, con la equivalencia de categorías. Para ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato* ..., op. cit. pag. 160, es desde las funciones equivalentes y no desde la categoría, desde donde ha de ser perfilada la profesionalidad, legitimando el cambio funcional dentro de "areas" o "perfiles profesionales. Por lo que se refiere a la jurisprudencia que circunscribe la movilidad funcional en el seno de la categoría profesional: STSJ Castilla y León, 15 Junio 1992 (R.A. 3163), STCT 27 Octubre 1988 (R.A. 6264), STCT 14 Septiembre 1987 (R.A. 19008), STCT 17 Noviembre 1986 (R.A. 11631). entre otras.

Acudir al estudio jurisprudencial que hace GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional..." op. cit. pag. 657, para quien "cabría la movilidad funcional, una vez apreciada la horizontalidad y la pertenencia al grupo de las categorías profesionales implicadas. En cambio, aún perteneciendo al mismo grupo profesional no serían funciones equivalentes los cometidos de peón y conductor-repartidor así como los de oficiales y especialista".

Los criterios funcionales de clasificación utilizados por el legislador para diferenciar la facultad de especificación del empresario en el ámbito del poder de dirección de lo que es el "ius variandi", son tres: la categoría profesional, el grupo profesional, y las categorías profesionales equivalentes. Y a su vez, los modelos de clasificación profesional que la negociación colectiva pueden utilizar con estos tres instrumentos clasificatorios pueden ser ciertamente numerosos. Así, a título ejemplificativo, y sin ánimo de acotarlos sería admisible:

- 1) Sistemas de clasificación profesional mediante grupos profesionales ordenados jerárquicamente.
- 2) Sistemas de clasificación profesional mediante grupos profesionales ordenados jerárquicamente y a su vez compuestos por categorías profesionales ordenadas jerárquicamente.
- 3) Sistemas de clasificación profesional mediante grupos profesionales ordenados jerárquicamente y a su vez compuestos por categorías profesionales equivalentes.
- 4) Sistemas de clasificación profesional mediante grupos profesionales ordenados jerárquicamente y a su vez compuestos por categorías profesionales, algunas jerarquizadas y otras equivalentes.
- 5) Sistemas de clasificación profesional mediante categorías profesionales ordenadas jerárquicamente.
- 6) Sistemas de clasificación profesional mediante categorías profesionales, algunas jerarquizadas, y otras equivalentes.

La amplitud de todos estos modelos, admitiría tantos supuestos de movilidad funcional (ordinaria y extraordinaria) como variedad de combinaciones que los mismos pueden conceder. Ello implica el que deba otorgarse una especial importancia a otros parámetros de diferenciación que, junto con el funcional, permitan separar conceptualmente categorías jurídicas como el "ius variandi" o el poder de dirección. Tales criterios serían entre otros la temporalidad del cambio, la causalización del mismo, el respeto a derechos profesionales consustanciales al trabajador, etc.

El que el legislador haya introducido el concepto de equivalencia por referencia a las

categorías y no a las funciones desarrolladas también reviste una importancia capital y es que con ello, y aunque sea bajo el prisma de la equivalencia, la categoría aparece como límite a la movilidad funcional ordinaria, lo que supone que, cuando no existan categorías equivalentes entre sí, la movilidad funcional ordinaria se circunscribirá a operar necesariamente en el seno de la categoría profesional.

Dicho de otro modo, el carácter facultativo con que la movilidad funcional se ejercitará entre las categorías equivalentes (es utilizado el verbo en futuro: "*podrá*") permite concluir que no será imperativa, sino únicamente facultativa, la movilidad funcional entre categorías equivalentes. De manera que en aquellos supuestos en que el convenio colectivo haya articulado un sistema de clasificación profesional, no a través de grupos profesionales, sino mediante categorías jerarquizadas, aunque no equivalentes entre sí, no habría especial inconveniente en admitir una movilidad del trabajador entre funciones (que por otra parte es el término utilizado en el artículo 22.3 del ET al definir las categorías equivalentes) dentro de una misma categoría profesional. Categoría equivalente y grupo profesional parecen responder a unas realidades jurídicas distintas, y son conceptos por tanto no asimilables, si bien complementarios⁷¹.

Dicho todo esto, se impone analizar el espacio funcional típico de la movilidad funcional ordinaria. Es decir, se intentará justificar normativamente el valor de las categorías profesionales equivalentes como límite funcional a la movilidad descrita en el apartado 1º del artículo 39 del ET, en aquellos sistemas de clasificación profesional articulados sobre la base de grupos profesionales (definidos o no) compuestos a su vez por categorías profesionales.

Al igual que sucedió con la legislación precedente, la cuestión que ha puesto en jaque a la doctrina posterior a la Reforma de 1994 en este punto se define mediante una doble opción consistente en determinar:

Primero: Si la movilidad funcional del trabajador a categorías superiores o inferiores en

⁷¹.- ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional y movilidad funcional", op. cit. pag. 193, señalando que el doble criterio empleado para la definición del grupo profesional (la equivalencia de contenido en las funciones, al unificar el contenido general de la prestación; y la equivalencia profesional, por referencia al respeto a las aptitudes profesionales y titulaciones) queda reducido, en el caso de las categorías equivalentes, al único criterio de las aptitudes profesionales del trabajador, sin referencia al contenido de las segundas funciones. PALOMEQUE LOPEZ, M. C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*. 2º Ed. op. cit. pag. 836.

el seno del grupo profesional constituye un supuesto de movilidad funcional ordinaria (con sujeción al régimen de los artículos 39.1 y 39.3 del ET) y por tanto de especificación de la prestación por el empresario, de tal modo que el "ius variandi" quedaría reservado únicamente a los supuestos de desempeño de funciones más allá del grupo profesional⁷².

Segundo: Si por el contrario la movilidad funcional del trabajador a categorías superiores o inferiores en el seno del grupo profesional constituye un supuesto de "ius variandi" incardinable en el artículo 39.2 y 39.4 del ET como manifestación de una movilidad funcional extraordinaria⁷³.

⁷². - Lo entienden así: MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 15ª Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pag. 419, señalando que la movilidad funcional ha supuesto el ensanchamiento del clásico "ius variandi" del empresario, que ahora desborda las fronteras en otros tiempo infranqueables de la categoría profesional, noción, esta última, en claro declive. Pese a que MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. entiende que si el CC ha realizado una clasificación en grupos profesionales, la movilidad funcional del trabajador "dentro del ejercicio normal de las facultades directivas empresariales" puede realizarse dentro de los límites de su grupo profesional, "lo que claramente permite adscribirle funciones de distinta categoría si el grupo comprende varias de ellas" (pag. 537); sin embargo también reconoce que el art. 39.2 "regularía el cambio a categoría superior o inferior", de modo que la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes "serían los casos en los que las nuevas funciones asignadas son las de categorías o grupos profesionales superiores o inferiores en los que hasta ese momento se encuadraba el trabajador" (pag. 539). SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV., *La reforma del ET*, op. cit. pag. 71, ha puesto de manifiesto cómo junto con la movilidad funcional horizontal, que se produce dentro del grupo profesional o de las categorías profesionales equivalentes, existe otro tipo de movilidad funcional, no prevista expresamente en el art. 39, que es la movilidad vertical, ascendente o descendente dentro de los límites del grupo profesional o de las categorías equivalentes. Para CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 24, la literalidad del nuevo precepto permite concluir que los contenidos del art. 39.2 vienen referidos de modo exclusivo a los supuestos de movilidad funcional para la realización de tareas no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes, sin que sean de aplicación a los supuestos de movilidad funcional para la realización de tareas que sí correspondan al grupo profesional o a categorías equivalentes, aunque eventualmente se tratara de funciones inferiores. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 121 y ss. y "La reforma de la movilidad...", op. cit. 348. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 836. SENRA BIEDMA, R., *El Derecho del Trabajo...*, op. cit. pag. 255, entiende que la movilidad funcional extraordinaria, en que la decisión del empresario se sitúa en el marco del "ius variandi", es aquella movilidad funcional vertical, tanto ascendente como descendente, más allá de la limitación del grupo, o en su defecto de las categorías equivalentes. En el mismo sentido CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 240, quien señala que el grupo profesional operará como límite "incluso en el caso de que el grupo incluyera distintas categorías profesionales, de modo que éstas fueran módulos de clasificación más restringidos, comprendidos en el más amplio del grupo profesional. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 710. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 202. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 38.

⁷³. - Lo entienden así: ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 142. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 191, indicando que el concepto clave al respecto es el que se otorgue al grupo profesional. De esta forma la negociación colectiva de grupos profesionales en el sentido tradicional de las normas reglamentarias produciría de

Los términos antitéticos de los apartados 1 y 2 del artículo 39 del ET parecen decantarse por la primera opción al señalar que la movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral "y por la pertenencia al grupo profesional...", (39.1) y que la movilidad funcional para la realización de funciones "no correspondientes al grupo profesional..." sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención (39.2). De ello podría desprenderse, en principio, que se ha convertido en movilidad funcional ordinaria los cambios de categoría profesional siempre que los mismos se mantengan dentro del grupo profesional⁷⁴.

Sin embargo, y como ha indicado ALARCON CARACUEL⁷⁵, los apartados 1 y 2 del artículo 39 del ET añaden unas referencias a las denominadas "*categorías profesionales equivalentes*" que permiten poner en duda esta opción inicial y con ello decantarse hacia la segunda de de las opciones. Pasemos por tanto a analizar el precepto en cuestión.

El artículo 39.1 del ET señala que "*a falta de definición de grupos profesionales*" la movilidad funcional podrá efectuarse "*entre categorías profesionales equivalentes*". Y el artículo 39.2 señala que la realización de funciones "*no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes*", sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas

inmediato una multiplicación de posibilidades de movilidad que en sí mismas no responderían a la regla contenida en el art. 39.1. ALEMAN PAEZ, F., "La nueva regulación de la clasificación...", op. cit. pag. 236, señala que "la movilidad no es absoluta en el seno del grupo profesional, pues dependiendo de su composición interna, ora categorías, ora tareas homogéneas, puede englobar cometidos muy dispares y de difícil desempeño por el trabajador sin acometer ninguna acción formativa complementaria. De ahí se deriva y justifica la operatividad del segundo parámetro, la "equivalencia categorial" como criterio complementario de aquél cuando sea insuficiente para valorar la naturaleza de los cometidos "a quo y "ad quem".

⁷⁴.- Existe por lo tanto toda una serie de Convenios Colectivos de ámbito estatal que han acogido un sistema de clasificación profesional integrado por grupos profesionales, y donde la movilidad funcional ordinaria se circunscribe al grupo profesional, y la extraordinaria excede del mismo. Así por ejemplo el art. 14 del IX CC para 1994 de la Industria Química (BOE nº 201, de 23 de Agosto de 1994), así como el art. 19 del mismo CC para 1995-1996 (BOE nº 105, de 3 de Mayo de 1995) señalan que "los trabajadores afectados por el presente CC, en atención a las funciones que desarrollen y de acuerdo con las definiciones que se especifican en el artículo siguiente, serán clasificados en grupos profesionales". Art. 13 CC para 1994-1995, de Perfumerías y Afines (BOE nº 191, de 11 de Agosto de 1994), que señala de modo expreso que "los actuales puestos de trabajo y tareas se ajustarán a los grupos establecidos en el presente Convenio". Art. 18 CC para 1995-1996 de Empresas de Trabajo Temporal (BOE nº 95, de 21 de Abril de 1995). Clausula Adicional 3ª del CC para 1994 de la Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos (BOE nº 249, de 18 de Octubre de 1994). Art. 8 del CC para 1995-1996 de Grandes Almacenes (BOE nº 178, 27 de Julio de 1995). Art. 6 del Acuerdo Marco 1995 sobre Sistema de Clasificación Profesional para la Industria del Metal (BOE nº 55, de 4 de Marzo de 1996). Art. 14 del CC de 1996-1997 de Perfumería y Afines (BOE nº 135, de 4 de Junio de 1996). Art. 6 del Acuerdo 1996-1998 para la sustitución de la Ordenanza de Comercio (BOE nº 86, de 9 de Abril de 1996).

⁷⁵.- Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 142.

que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención. De ambas afirmaciones podría deducirse que el grupo profesional no es una agrupación de categorías de diverso nivel sino exclusivamente de categorías equivalentes, de modo que la movilidad funcional ordinaria podría realizarse dentro del grupo en la medida que no se trataría de pasar a una categoría inferior o superior, sino a una equivalente. Avalaría esta afirmación si se le da un sentido de sinonimia a la partícula "o" utilizada por el artículo 39.2 del ET de modo que el grupo profesional sería un concepto sinónimo al de categoría profesional equivalente. Sin embargo, cabe desechar la interpretación así mencionada por tres motivos:

El primero de ellos porque puede ser que la partícula "o" tenga atribuido un sentido disyuntivo y no de sinonimia de modo que el grupo profesional sería un concepto diferente al de categoría equivalente⁷⁶. Es más, podría incluso interpretarse que el legislador utiliza esta partícula queriéndola dotar de un significado similar al del apartado 1º del artículo 39, y entender que la misma significa "*a falta de definición de*"⁷⁷.

El segundo de ellos porque entender que el grupo profesional es únicamente una agrupación de categorías equivalentes supondría admitir que "las categorías inferiores pertenecen, por definición, a un grupo profesional diferente al de la categoría con la que se compara, de modo que, serían los grupos, integrados por categorías equivalentes, los que serían inferiores o superiores entre sí, lo cual no parece que sea lo que el legislador ha pretendido, pues para ello hubiera bastado decir que cabe la movilidad funcional ordinaria dentro del grupo y la extraordinaria fuera de él, sin aludir para nada a las categorías equivalentes"⁷⁸.

El tercero de ellos porque aún admitiendo que la movilidad ordinaria sólo es posible entre categorías equivalentes, de ello no se deduce que los grupos profesionales estén compuestos exclusivamente por categorías equivalentes. Y ello porque el artículo 39.2 permite una lectura según la cual la movilidad funcional "*para la realización de funciones no*

⁷⁶.- ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional y la movilidad funcional.", op. cit. pag. 142.

⁷⁷.- Coordinar el concepto de alternancia con el de subsidiariedad puede dar pie a situaciones de difícil solución. Así, de acoger el CC un sistema de clasificación profesional mediante categorías profesionales ordenadas jerárquicamente, y no mediante grupos profesionales (opción alternativa prevista por el art. 22.1 del ET), no se podría practicar una movilidad funcional ordinaria en los términos del art. 39.1 del ET, pues si bien faltaría la definición de grupo profesional (requisito impuesto por dicho precepto) por no haberse ni siquiera pactado, no existirían en este caso categorías profesionales equivalentes entre sí.

⁷⁸.- Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional y la movilidad funcional.", op. cit. pag. 142.

correspondientes... a categorías equivalentes" (por tanto a categorías superiores o inferiores en el seno del grupo), *"sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen"*. Y además *"en el caso de encomienda de funciones inferiores"* (aún producido dentro del grupo profesional) *"ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva"*⁷⁹.

De todo ello se deduce que el grupo profesional es una agrupación de categorías de diverso nivel algunas de las cuales serán equivalentes entre sí en tanto que otras no. De este modo, cabría la movilidad funcional ordinaria dentro del grupo, pero entre categorías equivalentes.

Pensemos además que los criterios de clasificación utilizados por el artículo 39 del ET son el *"grupo profesional"* y la *"categoría profesional equivalente"*, prescindiendo de la *"categoría profesional"* (no equivalente)⁸⁰. Con ello el artículo 39.1 del ET ha introducido un modelo de clasificación profesional no previsto en el artículo 22 del ET y ello es así porque en defecto de una definición por parte del convenio colectivo de lo que son los grupos profesionales, el artículo 39.1 del ET está admitiendo con su tenor un sistema clasificatorio mediante categorías que pueden ser equivalentes entre sí. Se habilita por tanto a la negociación colectiva para pactar un sistema de clasificación no únicamente articulado en categorías profesionales jerárquicamente sistematizadas como parece desprenderse del artículo 22.2 del ET (al señalar que las categorías que podrán incluirse en el grupo serán *"diversas"*), sino también, y junto con éstas, otras categorías las cuales podrán ser equivalentes entre sí.

En base a toda la argumentación hasta aquí utilizada entiendo, junto con ALARCON

⁷⁹.- Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R. "La clasificación...", op. cit. pag. 142 Según este autor, "el legislador habría introducido una diversificación del "ius variandi":

a) Cambio a categorías equivalentes, en que se necesitaría razones técnicas u organizativas, sin mayor especificación.

b) Cambio a categorías inferiores, en que se exigiría la concurrencia de "necesidades perentorias o imprevisibles".

Según ello, el cambio a funciones inferiores (aún dentro del grupo profesional) no sería movilidad ordinaria sino extraordinaria del tipo b), en contra de lo que parecía deducirse de la lectura, sin más, del 1º párrafo del art. 39.1. De lo que se deduciría que el legislador contempla grupos profesionales integrados por categorías de diverso nivel, unas equivalentes entre sí, y otras recíprocamente inferiores o superiores".

⁸⁰.- ROMAN DE LA TORRE, M.D, "Clasificación profesional y movilidad...", op. cit. pag. 191, entendiendo que la nueva redacción legal abre una doble posibilidad, bien la del grupo, o bien la de las categorías profesionales equivalentes, duplicidad que hay que leer en relación al doble sistema de clasificación profesional que permite el art. 22 por grupos o por categorías. Para ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 297, el tándem de la movilidad sigue formado por la categoría profesional y el grupo profesional, sin embargo, este tándem ahora se amplía mediante un dato cualificador: la equivalencia.

CARACUEL, que la movilidad funcional ordinaria en el ejercicio del poder de dirección, y sin más limitaciones que "*las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral*" (art. 39.1), puede ejercitarse exclusivamente dentro del grupo profesional y de las categorías profesionales equivalentes, o dentro de categorías profesionales equivalentes no integradas en un grupo profesional (al no haberse constituido éste). Es por tanto una movilidad horizontal⁸¹. Por el contrario, la movilidad funcional extraordinaria, en el ejercicio del "ius variandi" empresarial, se producirá cuando se ordene un cambio a funciones situadas fuera de las categorías profesionales equivalentes que pueden existir dentro de un grupo profesional (salvo que éste no se haya constituido) o a categorías de un grupo distinto que, por definición, no serán nunca equivalentes. Por tanto la movilidad extraordinaria es siempre una movilidad vertical⁸².

Este es el criterio seguido por cierta jurisprudencia posterior a la reforma de 1994. De esta manera, la STSJ de Baleares, 26 de Junio de 1995 (R.A.2262) lo expresa en los siguientes términos: "el Tribunal Supremo ya había salido al paso de alteraciones que desbordaran el sentido de grupo profesional y exigía la equivalencia de funciones entre el antiguo y el nuevo puesto de trabajo (STS de 16 de Enero de 1991 -R.A. 52-), equivalencia exigida para evitar lo que podría resultar una práctica abusiva de permitir tal movilidad dentro del grupo sin limitación alguna, lo que ha llevado al legislador a establecer tras la reforma, la movilidad entre categorías profesionales equivalentes...que continúa significando que se mantiene la exigencia de ambos requisitos (dentro del grupo profesional y entre categorías profesionales equivalentes)".

En cualquier caso lo que interesa señalar es que el grupo profesional (máxime si se sigue configurando como lo hacían las anteriores Ordenanzas Laborales) no puede erigirse por sí solo como un elemento determinante sin más de la prestación debida y en el que circunscribir el poder de dirección empresarial⁸³.

⁸¹. - Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 143. En el sentido de exigir la pertenencia al grupo profesional y acumulativamente a la categoría profesional: MARTINEZ GARRIDO, L.R. "La nueva movilidad...", op. cit. pag. 596.

⁸². - ALARCON CARACUEL, M.R. "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 143.

⁸³. - Así, indica MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional...", op. cit. pag. 596, que "cuando no se haya negociado la regulación de los grupos profesionales o el convenio se haya limitado a transcribir los grupos de ordenanza o remitirse a ellos, deberá mantenerse la exigencia de la concurrencia de ambos requisitos (dentro del grupo profesional y categoría profesional equivalente) pues solución contraria llevaría a resultados aberrantes, como sería que en el Grupo de Administrativos... pudiera efectuarse la movilidad entre Jefes Superiores, y Aspirantes o Cobradores que suelen incluirse dentro de dicho grupo profesional". FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma...", op. cit. pag. 102, señalando que "ya no cabe acudir a la definición de grupos profesionales

A modo de conclusión, es necesario tener presente algo que se ha venido defendiendo y que se va a defender a lo largo del presente estudio y es que corresponde a la negociación colectiva diseñar un sistema de clasificación profesional sobre la base de grupos profesionales que, sin necesidad de ser definidos, estarían ordenados jerárquicamente e integrados por categorías profesionales de diverso nivel, es decir, recíprocamente inferiores y superiores, pudiendo ser, alguna de las mismas equivalentes entre sí⁸⁴. De esta forma, la movilidad funcional ordinaria en el ejercicio del poder de dirección sería una movilidad horizontal ejercitada dentro del grupo y entre categorías equivalentes. Y la movilidad funcional extraordinaria en el ejercicio del "ius variandi" sería aquella que consistiría en ordenar

de las reglamentaciones y ordenanzas laborales". ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 191, ha indicado como el concepto clave al respecto es el que se otorgue al grupo profesional. De esta forma, la negociación colectiva de grupos profesionales en el sentido tradicional de las normas reglamentarias produciría de inmediato una multiplicación de posibilidades de movilidad que en sí mismas no responderían a la regla contenida en el art. 39.1. En el mismo sentido: ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 442.

⁸⁴.- Como ya se señalara en su momento, el sistema de clasificación profesional mediante grupos profesionales ordenados jerárquicamente y compuestos a su vez por subgrupos profesionales y por categorías profesionales es por otra parte un modelo ampliamente seguido por la negociación colectiva estatal posterior a la reforma de 1994. Sirva de ejemplo los ya citados: art. 5 del CC de Estaciones de Servicio (BOE nº 172, 20 de Julio de 1994); art. 10 del CC 1994-1995 de Enseñanza y formación no Reglada (BOE nº 212, 5 de septiembre de 1994); art. 7.2 del CC 1994-1997 de Comercio del Papel y Artes Gráficas, (BOE nº 300, 16 de diciembre de 1994). Art. 6.1 del CC 1994-1995 de Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE nº 21, 25 de Enero de 1995). Art. 11 del CC 1994-1998 de Escuelas de Turismo (BOE nº 51, 1 de Marzo de 1995) Art. 22 del CC para 1994-1995 de Helados (BOE nº 107, 5 Mayo de 1995). Art. 2 del CC para 1994-1996, de Autoescuelas (BOE nº 108, 6 de Mayo de 1995). Art. 15 CC 1994 de Industrias Cárnicas (BOE nº 130, 1 Junio 1995). Art. 17 del IX CC de Trabajo 1994-1995 de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos. (BOE nº 172, 20 Julio 1995). Art. 27 del CC para 1995 de Doblaje y Sonorización de Películas (BOE nº 200, 22 Agosto de 1995). Art. 7 CC de 1995 de Industrias de Elaboración de arroz (BOE nº 210, 2 Septiembre de 1995). Art. 5 del CC para 1995 de Estaciones de Servicio (BOE nº 210, 2 Septiembre de 1995). Art. 12 II CC de Trabajo para 1995 de Empresas de Entrega Domiciliaria (BOE nº 216, 9 Septiembre de 1995). Art. 10 CC 1995-1996 de Jardinería. (BOE nº 304, 21 de diciembre de 1995). Art. 8 CC 1994-1996 de Administraciones de Loterías y sus empleados. (BOE nº 11, 12 de enero de 1996). D.Tª, 3ª CC 1995 de Empresas Minoristas de Droguerías, Herboristerías, Ortopedías y Perfumerías. (BOE nº 58, 7 Marzo 1996). Art. 8 Acuerdo Marco Estatal 1996-2000 de Pastelería, Confitería, Bollería, Heladería, Repostería y Platos Combinados (BOE nº 61, 11 de marzo 1996). Art. 8 del Laudo Arbitral por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional...de las Compañías de Trabajos Aéreos (BOE nº 98, 23 Abril 1996). Art. 19 CC 1995-1997 de Industrias de Pastas Alimenticias (BOE nº 114, 10 mayo 1996). Art. 8 del Laudo Arbitral en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada OL de la Industria cervecera (BOE nº 128, 27 Mayo 1996). Art. 8 del Laudo arbitral por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional...en las empresas embotelladoras de Aguas Minerales Naturales (BOE nº 126, 24 Mayo 1996). Art. 8 del Laudo arbitral por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional...de las Industrias Vinícolas, Alohólicas y Sidreras. (BOE nº 129, 28 de Mayo de 1996). Art. 8 del Laudo arbitral de Industrias de Alimentación, por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional...en las Industrias de Alimentación" (BOE nº 135, 4 de Junio 1996). Art. 10 del II CC de 1996 de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente, con fondos públicos (BOE nº 147, 18 de Junio de 1996). art. 8 CC 1996-1998 de Gestorías Administrativas (BOE nº 149, 20 de Junio de 1996).

funciones distintas (inferiores o superiores) a las de las categorías equivalentes en el seno del grupo profesional o bien funciones de categorías pertenecientes a un grupo profesional distinto.

5.- LAS TITULACIONES COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LA MOVILIDAD FUNCIONAL ORDINARIA.-

La movilidad funcional ordinaria en el ejercicio del poder de dirección se ve limitada, tal como indica el artículo 39.1 del ET, por las *titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral*. Se trata de una limitación que el legislador ha ubicado sistemáticamente antes que el propio "*grupo profesional*" y, a su vez, liga ambos límites con la partícula "y", como si se tratase de conceptos autónomos, o en propiedad, límites que operan desde ámbitos distintos.

El límite en cualquier caso operará siempre que las nuevas funciones exijan dicha titulación, y no por tanto en aquellos supuestos en que las nuevas funciones no la impongan (los términos del precepto son claros al exigir que las titulaciones han de ser precisas para ejercer la prestación, y por tanto, sin la correspondiente titulación, no se podrían desempeñar)⁸⁵.

La presencia de un tratamiento diferenciado entre ambos límites (las titulaciones por un lado y el grupo profesional por otro) permite concluir que las titulaciones académicas y profesionales operarán como límite en el ejercicio de toda movilidad funcional, ya sea esta ordinaria o extraordinaria. El precepto identificaría por tanto a la "*prestación laboral*" objeto del contrato de trabajo con lo que sería la categoría profesional, y aludiría adicionalmente a uno de los requisitos que la misma puede requerir: la presencia de "*titulaciones académicas o profesionales*" para su desempeño.

Se trata ésta de una afirmación de enorme calado jurídico y que impide identificar

⁸⁵.- MARTIN VALVERDE, M., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 537. ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 279. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 116 y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 345. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 43. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 223.

necesariamente el límite de la titulación con el del grupo profesional⁸⁶. Consecuentemente, como ya apuntara la doctrina anterior a la reforma de 1994, la referencia del artículo 39 a las titulaciones como límite al ejercicio de la movilidad funcional ordinaria no debe entenderse como una referencia mimética y pleonástica a las titulaciones que aparecen señaladas en el artículo 22.2 del ET como criterio compositivo del grupo profesional⁸⁷.

De este modo, la expresión utilizada por el artículo 22.2 del ET: "*agrupación unitaria*" de titulaciones, puede entenderse a su vez en un doble sentido: que el grupo profesional aglutina titulaciones diversas que se agrupan unitariamente (avala esta afirmación el hecho de que el propio precepto permite que el grupo profesional esté compuesto por distintas categorías profesionales), o bien en el sentido de que es una única la titulación exigida para todas las funciones descritas en él. Desde este punto de vista el valor otorgado a la titulación como límite variará en uno u otro caso.

En cualquier caso, el título como límite a la movilidad funcional no debe identificarse con la concepción de título que el artículo 22.3 del ET proporciona al definir al grupo profesional⁸⁸.

⁸⁶. - Una posición dual defiende DEL REY GUANTER, S., "Movilidad Funcional...", op. cit. pag. 198, para quien el art. 39 se compone de dos límites iniciales (el grupo profesional y las titulaciones académicas o profesionales que actuarían como límite dentro del grupo). Según este autor, la consideración de las titulaciones como límite inicial primero tiene dos razones: a) Por un lado, es claro que el legislador parte de la base de que una titulación capacita genéricamente para las categorías equivalentes en tanto que el trabajador está capacitado para el desarrollo de sus funciones básicas, y que para ello el proceso de adaptación es simple. b) Por otro lado, el límite de la titulación actúa como límite a la equivalencia tal como es interpretada por el art. 22, en tanto que, en principio, titulaciones superiores pueden capacitar para trabajos de titulaciones muy inferiores, para los que se tenga la "aptitud profesional" (límite subjetivo) de forma que la titulación le dota a este límite subjetivo de un límite objetivo "a priori".

⁸⁷. - SUAREZ GONZALEZ, F., *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los trabajadores*. Círculo de empresarios, Ed. Pirámide, Madrid 1980 pag. 138. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales...*, op. cit. pag. 27. En sentido contrario: ORTIZ LALLANA, M.C., "Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica." *Relaciones Laborales*. T. II, 1987, pag. 557, para quien la alusión al grupo profesional es plenamente coherente con el límite de las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral, al ser elementos definitorios del grupo profesional. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 709, entiende que las titulaciones es un presupuesto externo exigible por imperativo jurídico y que puede determinar la inclusión o exclusión del grupo.

⁸⁸. - Tras la reforma operada en 1994, sigue siendo plenamente válida ésta posición doctrinal: CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Clasificación...", op. cit. pag. 241. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación...", op. cit. pag. 194. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 116 y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 345. Como señala QUINTANILLA NAVARRO, B., "Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución: Criterios jurisprudenciales", op. cit. pag. 897, la titulación "juega dos veces", como límite a la movilidad funcional

Y por esta misma razón, en aquellas ocasiones en que la titulación venga a ser un criterio de clasificación profesional utilizado por el convenio colectivo para delimitar las categorías profesionales, la misma deberá ser entendida como un límite de necesario respeto.

A la hora de ofrecer una definición de título, sigue siendo válida la proporcionada por VINUESA⁸⁹ para quien los títulos son certificaciones expedidas por la Autoridad competente⁹⁰ con el fin de hacer constar que sus poseedores han demostrado estar capacitados para realizar los cometidos inherentes a los mismos.

Históricamente el título ha constituido un elemento identificador de la categoría profesional y por extensión de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo. Sin embargo, lo que resulta plenamente relevante en el ordenamiento jurídico laboral actual, y para que el título opere como límite a la movilidad funcional ordinaria, es la necesaria concurrencia de dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. La plena concordancia entre ellos se dará cuando el título poseído por el trabajador haya sido tomado en consideración en el momento de la contratación (haya formado parte de la causa del contrato), y se corresponda con las funciones efectivamente desarrolladas, para las que el convenio colectivo prevé igualmente dicha titulación.

Sin embargo, como ya indicara GIUGNI, la titulación no tiene como consecuencia la confirmación del contenido objetivo de la relación jurídico-laboral y ello porque, aunque el trabajador posea una determinada titulación, las partes son libres de pactar una prestación correspondiente a una categoría profesional diferente, para la que ni siquiera tenga por qué exigirse título profesional⁹¹. La eficacia del título será por tanto distinta según su exigencia proceda del derecho público o (por el contrario) del acuerdo entre las partes.

Este hecho pone de manifiesto la distinta repercusión que tiene el que la exigencia del

y como factor definitorio del grupo profesional, "No obstante, se puede afirmar que esa doble referencia a la titulación no consiste en una redundancia, pues es posible que en diversos grupos profesionales existan categorías profesionales para cuyo desempeño se requiera la misma titulación; y es posible, asimismo, que dentro de un grupo profesional se comprendan actividades que exigen para su realización titulaciones diferentes".

⁸⁹.- Cfr. VINUESA ALADRO, A., *La clasificación profesional*, op. cit. pag. 41.

⁹⁰.- Como indica CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 60, la titulación ha de ser reconocida por una disposición oficial, es decir por una norma estatal de carácter general y por la autoridad que tiene capacidad para ello, no bastando la simple intención de un empresario o de un conjunto de empresarios, ni tampoco el resultado de una negociación colectiva.

⁹¹.- Cfr. GIUGNI, G., *Manisoni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 79.

título para ejercer la profesión constituya un requisito legal de inexcusable cumplimiento o bien aparezca impuesta por el convenio colectivo con otros valores distintos⁹².

El elemento subjetivo del título viene determinado por el hecho de que el trabajador esté en posesión efectiva de un título académico o profesional y disponga de las aptitudes y de los conocimientos acordes con él. Y el elemento objetivo viene determinado por el hecho de que el trabajador desempeñe funciones para las que se exija ya sea legalmente, ya sea convencionalmente, la posesión de dicho título. Aunque, desde luego, no puede dejar de preocupar la hipótesis de que la exigencia de determinadas titulaciones establecidas en los convenio colectivo pueda conducir a resultados discriminatorios para algunos colectivos de trabajadores. No es de extrañar que desde la doctrina se exija la aplicación de un juicio riguroso respecto de la exigencia de tales titulaciones "pues de no resultar necesaria la mencionada titulación habría que concluir que el requisito de la misma produce una discriminación indirecta", ya que la misma puede excluir del acceso al empleo a determinados trabajadores⁹³.

De este modo, si el trabajador posee una titulación, y el trabajo efectivamente desarrollado

⁹².- GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 79. DE SOTO RIOJA, J., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 43. Señala ALEMAN PAEZ *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 308, que si la titulación se configura como una condición indispensable de naturaleza legal, la adquisición de una categoría sin la misma, aparejaría la nulidad del contrato por fraude de ley. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional..." op. cit. pag. 711, quien en el análisis de la STS de 20 de Enero de 1994 (R.A. 357) señala cómo la prohibición absoluta de ejercer una profesión por no poseer el título no tiene tan radicales efectos cuando el título no constituya un requisito legal inexcusable sino que su imposición por el CC tenga por objeto "mantener un nivel cultural y técnico que resulta más adecuado en una actividad profesional determinada". Pues en estos casos, si bien la no posesión del título impide adquirir la categoría, ello no es obstáculo para que se reconozcan las diferencias salariales al trabajador. Indica sin embargo este autor que la jurisprudencia es reticente a admitir imposiciones restrictivas por razón de titulaciones para la movilidad funcional si no figuran en CC. Sobre el análisis de esta cuestión Vid. QUINTANILLA NAVARRO, B., en "Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución...", op. cit. pag. 901: "el TS ha apreciado que la falta de titulación no impide la retribución de las funciones salvo que la exigencia de la misma sea por Ley y no por CC. Si la exigencia de titulación es legal, no procede la retribución de las funciones; pero desde este aspecto se ha pasado de un planteamiento ficticio (el que supone la no realización efectiva de las tareas, cuando de hecho sí se han realizado) a uno más realista, la no realización de las tareas "conforme a derecho", para negar el derecho del trabajador a la retribución de unas funciones que ha desempeñado sin contar con la titulación exigida para ello".

⁹³.- Cfr. QUINTANILLA NAVARRO, B., "Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución...", op. cit. pag. 902.

corresponde a tal titulación, debiera ser ésta la categoría profesional que se le habría de reconocer, y ello con independencia de lo que se hubiese pactado contractualmente. Salvo, claro está, que para la adquisición de esa categoría se imponga un procedimiento especial (como es el de un concurso por ejemplo)⁹⁴. Por el mismo motivo, el trabajador que no ostente el título exigido legal o convencionalmente no podrá desempeñar funciones en que sea necesario el mismo⁹⁵. De hecho, la realización por un trabajador no titulado de funciones para las que se exige un determinado título puede generar diversas consecuencias, siendo la más evidente la de que el desempeño de dichas funciones no subsanará la falta de titulación de dicho trabajador⁹⁶.

El valor asignado a la titulación dependerá en cierta medida del tipo de actividad a la que habilita el título. En algunas ocasiones aquellas titulaciones vinculadas al desempeño de actividades profesionales de reconocido esfuerzo intelectual generan una serie de efectos jurídicos importantes. Como indicara ya VINUESA, para figurar como ingeniero en la nómina de una empresa resulta imprescindible el título de ingeniero, en tanto que para figurar como oficial de primera no es condición necesaria el ostentar el correspondiente título expedido por un centro docente. No en vano CRUZ VILLALON ha admitido que la norma viene a confirmar una postura que privilegia o contempla como más digna la protección de la profesionalidad de los denominados "trabajadores intelectuales"⁹⁷. En estos casos la importancia otorgada al título profesional puede llegar a configurar a este último como un auténtico límite incluso en supuestos de ejercicio empresarial del "ius variandi". Así, por ejemplo, el director de una clínica privada, en el ejercicio del poder de variación, no podrá destinar a un enfermero a desarrollar las funciones de un cirujano y ello ni aún por

⁹⁴.- ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del trabajo*, op. cit. pag. 280.

⁹⁵.- Vid. STS dictada en unificación de doctrina, de 20 de Enero de 1994 (R.A. 357), para la que "si la exigencia de un título para ejercer ciertas profesiones constituye un presupuesto habilitante para ejercer una actividad profesional, no sólo no se puede adquirir la categoría cuando no se posea la titulación requerida, sino que, además, no pueden realizarse, ni siquiera accidentalmente esas funciones, pues la norma imperativa prohíbe el ejercicio profesional sin la debida titulación y se pueden incurrir en infracciones de otro orden si se desempeñan contraviniendo la norma".

⁹⁶.- Las solución a esta segunda situación sería la de que el trabajador cesase en las funciones para las que no está "legalmente" habilitado, sin perjuicio a percibir las diferencias económicas que resulten procedentes. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales*, op. cit. pag. 291. Este mismo autor ya señalaba en *La clasificación profesional*, op. cit. pag. 42, dos consecuencias ante esta realidad, la primera de ellas era que si el trabajador no fue contratado en razón al título que posee y no realiza los cometidos correspondientes a dicho título, no puede ser clasificado como titulado. La segunda que la asignación de una categoría propia del personal titulado no deriva de la mera posesión del título si no se realizan las funciones inherentes al mismo o si el trabajador no ha sido contratado precisamente en razón al título.

⁹⁷.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 60.

necesidades perentorias e imprevisibles ni por el tiempo imprescindible. De la misma manera, el contratado en prácticas no podrá ser destinado a funciones para las que no se exija su titulación.

La eficacia jurídica del título como límite a los poderes empresariales de variación es tal que puede imponer en ocasiones la exigencia del acuerdo modificativo entre las partes para poder alterar las funciones del propio trabajador⁹⁸. De este modo, si pese a que el trabajador posee una determinada titulación, ésta no fue tomada en cuenta a la hora de contratarlo, no será posible exigirle unas nuevas funciones para las que ya posee el título sin un nuevo acuerdo de voluntades⁹⁹. Es más, cabría entender que si al asignar funciones no correspondientes al título, se sobrepasan los límites establecidos por la prestación laboral contratada, éste sería un presupuesto para la extinción contractual a través del artículo 50 del ET¹⁰⁰.

La errónea disyuntiva entre "*titulaciones académicas*" o "*titulaciones profesionales*" ya fue apuntada por la doctrina en la medida que todo título profesional es por definición académico¹⁰¹ si es expedido y autorizado por el Ministerio de Educación y Ciencia. En un

⁹⁸. - Como indica SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios...*, op. cit. pag. 27, un cambio de funciones ordenado por el empresario a un trabajador que supusiera una titulación distinta de la exigida en el puesto de origen y que, no obstante ello, la poseyera no podría realizarse sin el consentimiento del trabajador, ya que la titulación jugaría como límite objetivo de la movilidad funcional, sin que puedan tenerse en cuenta las posibles titulaciones que pudiera poseer el trabajador y que no hubieran sido utilizadas en el momento de contratar. La clasificación profesional es convencional y si el trabajador no tiene derecho a exigir el reconocimiento de una categoría superior a la contratada, pese a poseer una categoría subjetiva superior a ésta, tampoco podrá el empresario ordenar al trabajador funciones para las que se exija una titulación superior a la exigida en la categoría de ingreso. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 223. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 115, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 345, quien señala que, en caso contrario, se estaría en presencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

⁹⁹. - Pese a ser esta la línea doctrinal mayoritaria, cierta doctrina se ha mostrado contraria. Así, DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral..." op. cit. pag. 43, señala que a pesar de que los sistemas clasificatorios utilizan precisamente el criterio de la titulación como factor aglutinador, es posible que un trabajador desarrolle una función para la que no sea necesaria una certificación específica, pero que pueda ser destinado a otra profesionalmente equivalente en la que sí se le requiere la posesión de este atributo, no siendo exigible en estos casos un nuevo acuerdo contractual. Un ejemplo sería el del licenciado en Derecho que presta servicios en una empresa y que es trasladado a los servicios jurídicos para una tarea "exterior" que le exija su colegiación. En tales casos ha de primar por encima de la categoría objetiva y convencional, la categoría subjetiva del trabajador.

¹⁰⁰. - ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 310.

¹⁰¹. - SUAREZ GONZALEZ, F., "Las nuevas...", op. cit. pag. 138. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios...*, op. cit. pag. 26. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 659. Con posterioridad a la reforma de 1994: CONDE MARTIN DE HIJAS,

sentido amplio, el requisito de la titulación abarcaría también toda clase de licencias o autorizaciones, siempre que estuvieran mínimamente controladas por la propia Administración¹⁰², aunque este requisito último no debe interpretarse en un sentido estricto pues lo decisivo será que las titulaciones hayan sido tenidas en cuenta a la hora de contratar al trabajador, y que el mismo haya sido calificado correctamente y en función de las mismas en el correspondiente sistema convencional de clasificación profesional.

Por lo que se refiere a la finalidad de la norma, tres parecen ser las argumentaciones acerca de su última "ratio": una primera sería la exigencia de la titulación como una necesidad derivada de la defensa del orden público cuya transgresión permitiría incurrir en el tipo delictivo del intrusismo profesional¹⁰³. Otra argumentación fundamentaría el necesario respeto a la titulación¹⁰⁴ en el interés profesional del propio trabajador afectado por la movilidad funcional. Y una tercera argumentación circunscribiría la razón de ser del respeto a dicho límite en el interés del resto de trabajadores mejor capacitados a ver satisfechas unas expectativas de ocupación funcional.

En cualquier caso, se hace necesario el recurso a la negociación colectiva como instrumento idóneo a la hora de condicionar el ejercicio de la movilidad funcional a que el trabajador posea o no una determinada titulación. De no producirse un incremento de la regulación convencional, las facultades empresariales a la hora de determinar si un trabajador con una determinada titulación puede o no desarrollar unas determinadas funciones, se verían

V., "Clasificación...", op. cit. pag. 242. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral" op. cit. pag. 43. En sentido contrario GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 223, para quien por titulaciones académicas hay que entender que se requerirán cuando se realicen funciones en un grado superior, y por titulaciones profesionales, hay que entender a las titulaciones de Formación Profesional, o equivalentes para ciertos oficios.

¹⁰².- DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 43. SOUTO PRIETO, J., "Movilidad funcional (funciones equivalentes, inferiores y superiores)", op. cit. pag. 161. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 309, señalando este autor que los calificativos "académicas" y "profesionales" permiten entender que no se trata de un catálogo cerrado de titulaciones siendo posible incluir otras titulaciones igualmente desuntivas de realizarse una determinada práctica profesional. De este modo lo importante "no es tanto la existencia de un respaldo oficial".

¹⁰³.- SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios...* op. cit. pag. 48. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 28. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 43. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 308. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 223.

¹⁰⁴.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 115 y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 345. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 307, quien señala que desde el punto de vista individual es un instrumento configurativo de la "categoría subjetiva" del trabajador.

ampliadas¹⁰⁵.

6.- LA AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN CAUSAL Y TEMPORAL EN EL EJERCICIO DE LA MOVILIDAD FUNCIONAL ORDINARIA.-

La doctrina (tanto anterior como posterior a la reforma legislativa de 1994) se ha mostrado pacífica en constatar que la movilidad funcional ordinaria, como ejercicio del poder de dirección empresarial, no se halla sujeta a ningún tipo de justificación causal ni temporal¹⁰⁶.

6.1.- Razones que motivan la ausencia de justificación causal en la movilidad funcional ordinaria:

La movilidad funcional ordinaria carece de causalidad, no existiendo más trámites de procedimiento que la simple decisión empresarial al respecto. Por ello, la ausencia de un mecanismo procedimental garantista (como el existente por ejemplo en los arts. 40 o 41 del

¹⁰⁵.- GARATE CASTRO, J., " Movilidad funcional...", op. cit. pag. 659, pone el ejemplo del bachiller a quien se le encomiendan tareas administrativas. La voluntad empresarial se verá condicionada en aquellos supuestos en que la negociación colectiva vincule de modo necesario el desarrollo de funciones administrativas a la posesión del título de bachiller, viéndose incrementada la discrecionalidad en caso contrario. Acerca de los problemas derivados de la equivalencia de títulos, exige este autor el recurso a una OM de 4 de febrero de 1986, según la cual: "a los únicos efectos de acceso a empleos públicos o privados y de promoción en ellos se consideran equivalentes los títulos académicos oficiales de graduado escolar y de certificado de estudios primarios expedido con anterioridad a la finalización del año académico". ALEMÁN PAEZ, J., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 30, indica que la titulación es, desde un plano colectivo, un criterio utilizado para graduar y valorar un organigrama de perfiles profesionales.

¹⁰⁶.- Sirva de ejemplo: SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en *Comentarios a las leyes...*, op. cit. pag.9 y ss. MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y...", op. cit. pag. 181. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral...", op. cit. pag. 768. RIVERO LAMAS, J., "La modificación de condiciones de trabajo en la practica administrativa y en la jurisprudencia". *Actualidad Laboral* nº 26 1989, pag. 340. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 650. Con posterioridad a la reforma laboral: SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en *La reforma...*, op. cit. pag. 71. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 199. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación...", op. cit. pag. 245. CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones...*, op. cit. pag. 22. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 99 y ss. y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 336. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 47. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 220. Como indica la STSJ Andalucía 13 Octubre 1992 (R.A. 6572): "la movilidad funcional está reconocida no sólo de forma discrecional (al no precisar demostrar motivaciones internas o razones técnicas organizativas) sino también de forma general y absoluta". Por lo que respecta a la temporalidad de la medida adoptada, la decisión empresarial podrá tener carácter definitivo o bien provisional. Una opinión particular: PALOMEQUE LOPEZ, M.C., DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 834. para quienes se configura como una medida de "duración indefinida".

ET) amplía en este punto la discrecionalidad empresarial.

La no necesidad de justificación causal por parte de la empresa en la adopción de la movilidad funcional estudiada impone paralelamente el analizar los motivos que han llevado a defender dicha aseveración, siendo principalmente dos los más destacables: el primero de ellos deriva del hecho de definir el propio poder de dirección como un poder de naturaleza discrecional (que no arbitraria) y por tanto contrario a cualquier causa justificativa que condicione su desempeño; el segundo de los motivos viene de la mano del propio tenor legal del artículo 39.1 del ET el cual, a diferencia de otros preceptos estatutarios, como podrían ser los arts. 40 o 41, no imponen al empresario la necesidad de justificar causalmente su actuación.

a) Constituye el primero de ellos uno de los temas más debatidos doctrinalmente y que principalmente se ha centrado en la búsqueda de las diferencias entre lo que es el interés objetivo que subyace en toda organización productiva frente al interés subjetivo del empresario.

Al respecto, SALA FRANCO parte de la base de diferenciar aquellos casos en que el empresario actúa como persona física o jurídica que desarrolla sus propios intereses, y aquellos otros casos en que actúa en defensa de los intereses de una persona jurídica distinta. En el primero de los casos el empresario desarrollaría una actividad absolutamente libre (incluso arbitraria) y el Derecho tomaría en cuenta la manifestación de voluntad exteriorizada, mientras que en el segundo de los casos estaríamos en presencia de una actividad discrecional en la que sería necesario analizar las fases formativas de la voluntad empresarial, limitadas aquí tanto por la oportunidad de la actuación como por la finalidad perseguida. Pero en cualquier caso este autor concluía afirmando que, puesto que no existe en nuestro ordenamiento una configuración jurídica de la empresa independiente del empresario, ni un interés objetivo empresarial común a ambas partes de la relación laboral, la consecuencia de todo ello es que se identifica el interés objetivo de la empresa con el interés subjetivo del empresario, y por tanto no existiría un interés objetivo de la empresa que limitara la actividad empresarial, siendo ésta discrecional¹⁰⁷.

¹⁰⁷.- Cfr. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional" en AA.VV., *Comentarios a las leyes...*, op. cit. pag. 11. Como indica la STSJ Andalucía /Málaga de 18 de Marzo de 1993 (R.A. 1332), dados los términos en que está redactado el precepto no logran evitarse posibles abusos empresariales en la medida que se otorga al empresario "virtuales facultades omnímodas a través de las cuales podrá actuar no sólo el legítimo interés en la organización de la empresa, sino también el subjetivo de carácter discriminatorio que difícilmente podrá enervar el trabajador con los vagos asideros que le brinda la norma".

En cambio, en opinión de MONTOYA¹⁰⁸ se hace preciso distinguir entre interés de la empresa e interés del empresario. La superioridad que el interés objetivo de la empresa tiene sobre los intereses subjetivos del empresario hace que cualquier colisión se resuelva en favor del más digno de protección jurídica que es el interés general de la empresa. Y para este autor, ello resultaría aplicable tanto en los casos en que el empresario ejercita su poder de dirección, como en los supuestos de ejercicio del "ius variandi", lo que le lleva a concluir que tanto en uno como en otro caso estamos en presencia de un poder de naturaleza discrecional¹⁰⁹.

La discrecionalidad empresarial parece ser más patente en las manifestaciones del poder de dirección, no sujeto a límites temporales o causales previstos por la norma, que en los casos de ejercicio del "ius variandi". A diferencia de lo que ocurre con el "ius variandi", la facultad de especificación de la prestación debida, como manifestación del poder de dirección, no viene limitada por justificación causal alguna. En la facultad de especificación la norma no requiere la existencia de determinados hechos objetivos suficientes para justificar la especificación de la prestación, permitiendo que baste la representación psíquica de tales hechos por el empresario, como motivo suficiente para que se produzca la concreción del trabajo convenido, hecho que implícitamente puede habilitar conductas arbitrarias o abusivas¹¹⁰.

Sin embargo, y pese a la contundencia de las afirmaciones aquí sostenidas, es necesario también tener presente que la facultad de especificación del poder empresarial tiene su

¹⁰⁸. - Cfr. MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección...*, op. cit. pag. 234.

¹⁰⁹. - Cfr. MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección*, op. cit. pag. 235, y tras incardinar el "ius variandi" dentro del poder de dirección entiende también que el mismo es un poder discrecional no arbitrario, de modo que en ningún caso podría el empresario ejercitar su poder de dirección contrariando el interés objetivo de la empresa. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto...*, op. cit. pag. 203, pone de manifiesto como el ejercicio del "ius variandi", vinculado al respeto de un interés ajeno de aquel del empresario, debe configurarse (de forma similar que el poder de dirección) como una potestad, es decir como un derecho potestativo, de modo que el ejercicio de tal poder debe entenderse como discrecional, en lugar de arbitrario. RIVERO LAMAS, J., *La novación del contrato de trabajo*. Ed. Libreria Bosch, Barcelona, 1963, pag. 205, califica de igual modo al "ius variandi" como un poder discrecional. A diferencia de los poderes reglados, que imponen el que la conducta se ajuste a los requisitos y límites dictados por una norma anterior, el poder discrecional es equivalente a obrar discrecionalmente, si bien acomodado a un fin específico.

¹¹⁰. - PERULLI, A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, op. cit. pag. 173, poniendo de manifiesto la necesidad de profundizar en el tema de la motivación del acto privado del ejercicio del poder empresarial, y la posibilidad de aplicar la teoría de la motivación en los actos administrativos, como límite al exceso de poder.

fundamento último en el contrato de trabajo y, como indicara PERSIANI¹¹¹, entre los efectos que produce el contrato de trabajo se encuentra también aquél consistente en satisfacer el interés del trabajador en contraposición al interés del empresario, teniendo en cuenta la situación de inferioridad en la que el primero se encuentra. Es decir, con el contrato de trabajo las partes pretenden satisfacer una serie de intereses que no son comunes, sino contrapuestos: el interés típico del trabajador sería percibir su retribución, y el del empresario, percibir la prestación laboral, y junto con este interés empresarial, se encontraría el interés de la empresa. Ahora bien, concebir el interés objetivo de la empresa (que sería interpretado por el empresario) como el punto de apoyo para fundamentar el carácter discrecional del poder de dirección empresarial (en referencia a la facultad de especificación de la prestación laboral) supone desconocer que el ordenamiento jurídico valora los intereses del trabajador esencialmente en contraposición a los del empresario.

En este sentido, cabe concluir que el poder de dirección empresarial encuentra su límite en el propio contrato de trabajo y principalmente en su causa, en la función económico-social del mismo. Es precisamente la causa del contrato la que el empresario debe respetar al especificar la prestación debida por el trabajador.

b) El segundo de los motivos deriva de la plasmación normativa del artículo 39.1 del ET, el cual, a diferencia de otros preceptos presentes en la legislación laboral¹¹², no impone justificación causal a la movilidad funcional ordinaria. Se trata éste de un supuesto que debe ponerse en relación con la propia naturaleza jurídica del precepto como norma de derecho necesario relativo mejorable por la negociación colectiva.

En este punto es necesario recordar que la norma permite al empresario no tener que "justificar" la causa que ha motivado su decisión pero la norma en sí misma no impide que pueda existir una causa que guíe la actuación empresarial¹¹³. Como ya ha señalado cierto

¹¹¹.- Cfr. PERSIANI, M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit. pag. 3 a 90.

¹¹².- Art. 87 de la Ley 14/86 de 25 de Abril, General de Sanidad, (BOE de 29 de Abril) el cual establece: "... El personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del Area de Salud...". O el art. 17 de la ley 27/84 de 26 de Julio (BOE de 28 de Julio) sobre reconversión y reindustrialización, el cual considera la aprobación de un plan de reconversión como una causa técnica u organizativa, a los efectos de que las empresas acogidas al mismo puedan aplicar medidas de movilidad funcional. Estableciendo por tanto una vinculación básica entre causa técnica u organizativa y movilidad funcional.

¹¹³.- Con anterioridad a la reforma, alguna sentencia vino a indicar que: "la finalidad que con tal movilidad se pretende no es otra que adoptar la infraestructura humana de la empresa a las modales circunstancias del proceso productivo, de tal modo que el empresario obtenga un rendimiento óptimo del esfuerzo laboral y los trabajadores se adapten progresivamente a las evoluciones impuestas por la disciplina

sector de la doctrina, si bien la movilidad funcional ordinaria y horizontal, puede utilizarse sin explicitación de causa, ello no significa que no deba de existir una causa que guíe la actuación empresarial¹¹⁴, y mucho menos impide que la negociación colectiva articule la presencia de causas que actúen como límites en el ejercicio del poder de dirección empresarial, limitando con ello su discrecionalidad.

6.2.- Efectos derivados de la falta de previsión normativa de justificación causal:

El que el artículo 39.1 del ET no imponga una justificación causal en el ejercicio de la movilidad funcional ordinaria provoca principalmente dos efectos: el primero de ellos es que la decisión empresarial asume una presunción de "licitud" (GARATE¹¹⁵), de "legitimidad"(MONTOYA¹¹⁶) o de "legalidad"(CONDE MARTIN DE HIJAS¹¹⁷) en su ejercicio, y la segunda es que corresponde al trabajador y no al empresario destruir dicha presunción, probando de manera efectiva que la actuación no es ni abusiva ni arbitraria.

Por lo que se refiere a la presunción, y como indicara MONTOYA, la misma deriva de

del mercado, evitando el mutuo anquilosamiento..." STSJ 2 Marzo 1993, (R.A. 1392). En tanto que otras, apartándose de la línea jurisprudencial mayoritaria que interpretaban la movilidad funcional del anterior art. 39 (expresión del poder de dirección) como una movilidad no causal, señalaban por el contrario "que para que el derecho empresarial se ejercitase correctamente ha de existir una causa objetiva, razonada y razonable, que justifique ese cambio funcional en la relación prestacional" -STSJ Navarra, de 27 de Abril de 1992, (R.A. 1861)) o STSJ Cataluña, de 18 de Enero de 1993 (R.A. 409)-.

¹¹⁴.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 65, 98 y 112, y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 320, 337 y 344, quien en su concepción de movilidad funcional ordinaria (horizontal y dentro del grupo profesional o entre categorías equivalentes) impone el seguimiento de una serie de requisitos propios del "ius variandi", tales como la justificación causal y el límite temporal, y ello por entender que esta movilidad funcional es en sí misma una manifestación del "ius variandi" que desborda el poder de dirección. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación", op. cit. pag. 47, señalando que el hecho de que el empresario no tenga que fundamentar o probar las razones de su decisión, no quiere decir que no haya de existir un motivo "sino que éste no se somete a juicio". GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 221, señalando que la movilidad funcional como consecuencia del poder de dirección "debe justificarse minimamente en las necesidades de la explotación, fundamentalmente, en procesos de reorganización de la actividad productiva" porque, pese a que de la letra de la Ley se pudiese deducir que la decisión del empresario es discrecional "habrá que esperar su desarrollo jurisprudencial, puesto que la limitación por el objeto del contrato sigue tan operativa como antes". FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma...", op. cit. pag. 106, señalando que "el empresario debe ejercer correctamente los poderes que le confiere la legislación laboral; la discrecionalidad no cabe confundirla con arbitrariedad; todos los institutos laborales tienen su causa específica y su finalidad también específica, y no cabe hacer uso de cualquiera de ellos para conseguir fines distintos de los pretendidos por la norma..."

¹¹⁵.- Cfr. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional en la empresa...", op. cit. pag. 637 y ss.

¹¹⁶.- Cfr. MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 183.

¹¹⁷.- Cfr. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 245.

la naturaleza "fuerte" de dicho poder empresarial, caracterizado por su carácter decisor, exclusivo, unilateral, no causal y abstracto.

En materia de prueba, el que deba ser el trabajador el encargado de probar la antijuricidad de la medida impone precisar concretamente qué es lo que el trabajador debe probar, y de qué modo debe hacerlo¹¹⁸. Ante ello cabe afirmar que el trabajador debe probar aquellos hechos que de manera objetiva evidencien que la decisión empresarial de movilidad funcional resulta abusiva, arbitraria o de mala fe, y ello mediante hechos objetivos, no bastando meras conjeturas o suposiciones.

Tanto doctrina como jurisprudencia¹¹⁹ reaccionaron ante la posibilidad de que en materia de movilidad funcional ordinaria pudiera aplicarse con carácter general la tesis sostenida por el TC en orden a la carga probatoria en los despidos discriminatorios en los que corresponde al empresario, y no al trabajador, aportar "*una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*" (art. 96 del TRLPL), bastando con que el trabajador alegue "indicios" de la posible violación. Como indicaba, fue una tesis que se descartó para el supuesto estudiado, en primer lugar porque la movilidad funcional ordinaria, a diferencia del despido, no impone una justificación causal en la actuación empresarial, y en segundo lugar, porque invertir la carga probatoria en estos supuestos acarrearía, en palabras de MONTROYA¹²⁰, "un obstruccionismo, que supondría para la organización de la empresa dotar al trabajador de la facultad de exigir en cada caso la prueba de no discriminación de las órdenes patronales" y, por extensión, la desaparición de los derechos y poderes del empresario.

Sin embargo disentimos de esa posición. Como ya señaláramos anteriormente, la causa del contrato debe operar expresamente como límite a la facultad empresarial de especificación de la prestación laboral. El ordenamiento jurídico somete el ejercicio de la movilidad funcional ordinaria empresarial a la concurrencia de una causa que el propio empresario debe probar cuando, tras una movilidad funcional ordinaria (en el ejercicio de su poder de

¹¹⁸ No tratándose de representantes de los trabajadores o de delegados sindicales, la jurisprudencia se encuentra en este punto claramente definida. Entienden que debe ser el trabajador quien debe correr con la carga de la prueba del uso abusivo o discriminatorio: STS 23 Mayo 1985 (R.A. 2750); STCT 1 Octubre 1983 (R.A. 8007); STCT 22 Marzo 1984 (R.A. 2654); STCT 18 Febrero 1987 (R.A. 3507); STCT 7 Julio 1987 (R.A. 15340); STCT 5 Enero 1988 (R.A. 655); STCT 20 Enero 1988 (R.A. 757); STSJ Cataluña 19 Marzo 1990 (R.A. 4059); STSJ Canarias 24 Marzo 1993 (R.A. 1185).

¹¹⁹.- Sirva de ejemplo STCT 14 Noviembre 1986 (R.A. 11580).

¹²⁰.- Cfr. MONTROYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 183.

dirección ordinario) vulnere derechos fundamentales o infringa un trato discriminatorio al trabajador. Al igual que sucede en la carga probatoria de los despidos discriminatorios, también en estos casos será viable el recurso al artículo 179.2 del Texto Refundido de Ley de Procedimiento Laboral de 1995, siendo plenamente admisibles la doctrina de la inversión de la carga probatoria¹²¹.

6.3.- La vías de actuación convencional ante la ausencia legal de justificación causal.-

El que el artículo 39 no regule un mecanismo de control ante el ejercicio de este tipo de movilidad y el que dicho precepto se configure como una norma de Derecho necesario relativo permite que la negociación colectiva intervenga de modo decisivo a la hora de limitar el poder de dirección empresarial en la movilidad funcional ordinaria.

Dos pueden ser las vías de actuación, partiendo de la consideración del artículo 39.1 como una norma de Derecho necesario relativo respecto de las mejoras convencionales que puedan introducirse en beneficio del trabajador: la primera de ellas se centraría en la imposición mediante convenio colectivo de causas que condicionen el ejercicio de la movilidad funcional ordinaria; y el segundo instrumento de intervención convencional consistiría en el fortalecimiento del papel de la representación legal de los trabajadores en el control efectivo de la decisión empresarial, habida cuenta de la genérica atribución competencial que a los representantes legales concede el artículo 64.1.9 del ET, basada en una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes, formulando en su caso las acciones legales oportunas ante la autoridad laboral y los tribunales.

Por lo que se refiere a la primera vía convencional de actuación, la sujeción de la movilidad funcional ordinaria a la presencia de causas previstas convencionalmente comportaría, por un lado, el que recayera sobre el empresario el deber de probar la existencia de las mismas con la correspondiente nulidad de la decisión empresarial en caso de que ello no se realizase. Por otro lado, la posibilidad de pactar convencionalmente causas tan restrictivas como las previstas para el "ius variandi" sería posible en aras a limitar la discrecionalidad del poder de dirección empresarial¹²².

¹²¹.- STSJ Murcia, 20 de Octubre de 1993 (R.A. 4437).

¹²².- Tal como señala MONTROYA MELGAR, A., "Poder del empresario ...", op. cit. pag. 183, no existiendo hoy, como en la legislación pre-constitucional, normas que prohíban a la negociación colectiva fijar límites y restricciones al poder de dirección del empresario, se encuentra abierta la vía para que los CC establezcan tales limitaciones. Precisa por su parte RIVERO LAMAS, J., "La modificación de condiciones de trabajo en la práctica...", op. cit. pag. 340, que tratándose de un poder discrecional, el

Por lo que se refiere a la segunda vía convencional de actuación, la misma se desarrollaría mejorando las facultades de intervención de la representación legal de los trabajadores de dos modos: bien ampliando los derechos de información de los representantes para los casos de ejercicio empresarial de la movilidad funcional ordinaria, bien sujetando la actuación empresarial a informes previos de necesaria observancia. En uno y otro caso, los efectos derivados de la decisión empresarial transgrediendo tales límites, serían distintos¹²³.

La negociación colectiva puede y debe en este punto adquirir un papel protagonista, otorgando mayores facultades de intervención a la representación legal, ya sea exigiendo su consulta en aquellas decisiones relativas a la organización del trabajo, ya sea imponiendo su intervención a través de la orientación, propuesta y emisión de informes, otorgándoles la facultad de plantear modificaciones en el propio sistema de clasificación profesional¹²⁴, etc.

6.4.- Límites legales de necesaria observancia:

Si bien la actuación empresarial analizada no queda sujeta a la necesaria justificación de la causa que la motiva, la misma debe someterse en cualquier caso a toda una serie de límites objetivos que el ordenamiento jurídico impone. Los dos límites principales ampliamente refrendados son: el necesario respeto al principio de la buena fe contractual, reconocido en

poder de dirección no se encuentra sujeto a las limitaciones causales contenidas en las Ordenanzas laborales, las cuales se han de entender derogadas por el art. 39 aún cuando derecho dispositivo. Según este autor si bien por CC pueden introducirse límites causales al poder de dirección los mismos justificarían "una ampliación controlada" del poder de dirección. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 112 y ss. y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 344. señalando que hubiera sido deseable la fijación legal de un mínimo de derecho necesario relativo, teniendo en cuenta el nítido favorecimiento en la reforma del grupo profesional como marco normativo en el que puede moverse sin explicitación de causa (que no sin existencia de la misma) la decisión empresarial de movilidad funcional. "Queda pues desplazada a la esfera de la negociación colectiva la posible introducción de controles a este tipo de movilidad...". DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 48.

¹²³.- Según GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 651 en el primer caso su incumplimiento no generaría la nulidad de la decisión empresarial, sino que a lo sumo una infracción administrativa tipificada en el art. 95.7 del ET; y en el segundo caso, de no obtenerse el previo informe, ello generaría la nulidad de la actuación empresarial. Sobre la posibilidad de recurrir a este tipo de procedimentalización convencional: DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 48. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentario a las leyes...* op. cit. pag. 13, quien ha puesto de manifiesto como durante el debate parlamentario de la ley 10/80 del Estatuto de los Trabajadores se rechazaron varias enmiendas que pretendía un control de la discrecionalidad empresarial a través de informes previos de los representantes legales de los trabajadores.

¹²⁴.- Art. 5 del CC Estatal de Grandes Almacenes (BOE nº 190, 10 Agosto 1993). Art. 16 del CC Estatal de Industrias del Frío Industrial (BOE nº 235, 1 Octubre 1993). Art. 12.7 del CC Estatal de Pastas, Papel y Cartón (BOE nº 238, 5 Octubre 1993). Art. 10. CC Estatal de Empresas de Seguridad (BOE nº 106, 4 Mayo 1994).

el artículo 1258 del Código Civil y que encuentra su plasmación en los arts. 5. a) y 20.2 del ET; y la prohibición de discriminación (art. 14 de la CE, 4.2 c) y 17.1 del ET)¹²⁵. Junto con estos dos límites genéricos, la doctrina ha evidenciado otros, tales como la dignidad del trabajador (art. 4.2. e) del ET)¹²⁶, o el genérico respeto al resto de los límites del artículo 39.1 del ET, habiendo entendido cierta doctrina que no existe más control judicial sobre la justificación o no de la medida que el dado por el grupo profesional o las categorías equivalentes, los títulos académicos y profesionales y los derechos fundamentales del trabajador¹²⁷.

Por lo que respecta a la posible vulneración del principio de igualdad y a la prohibición de discriminación tras el ejercicio de la movilidad funcional ordinaria, corresponde a la jurisprudencia el determinar con exactitud la presencia de estos supuestos, siempre teniendo presente que en los casos de discriminación se producirá una inversión de la carga probatoria en la que corresponderá al empresario justificar de modo objetivo y razonable las medidas adoptadas. De hecho la jurisprudencia ha elaborado una copiosa doctrina en materia de discriminación sindical por ejercicio de la movilidad funcional ordinaria.

El artículo 179.2 del TRLPL, es un precepto de trascendente importancia. El mismo exige al trabajador la constatación de los indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, e impone al empresario la aportación de una justificación objetiva, razonable y suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. La incidencia de dicho precepto en el tratamiento de la movilidad funcional se debe a varias razones:

a) La primera de ellas porque rompe o, mejor, genera una excepción a la norma del artículo 39.1 en virtud de la cual no se exige al empresario justificación objetiva alguna de la

¹²⁵. - SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios a las leyes ...* op. cit. pag. 12. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral...", op. cit. pag. 768. Del mismo autor, *La nueva regulación de la Movilidad funcional*, op. cit. pag. 99 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 337. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación...", op. cit. pag. 245. CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones...*, op. cit. pag. 23. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 51.

¹²⁶. - GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 651.

¹²⁷. - DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional... op. cit. pag. 199. MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 181. Un derecho fundamental como es el derecho de huelga ha operado, según alguna sentencia como límite a la movilidad funcional: STSJ Andalucía/Sevilla 16 Diciembre 1992 (R.A. 6605): "Al amparo del art. 6.5 del DLRT el empresario no puede en caso de huelga rotar trabajadores de la propia empresa en función de las facultades de dirección y control de la actividad laboral y de la movilidad funcional que le atribuye el art. 39 del ET, pues con ello se vaciaría de contenido el derecho de huelga..."

movilidad funcional ordinaria.

b) La segunda porque hace tambalear la doctrina del abuso del derecho hasta ahora aplicada, y que venía a imponer a quien alegaba el abuso, el deber de acreditar los hechos que evidenciaban la existencia del mismo.

c) La tercera porque permite analizar con una mayor precisión lo que debe entenderse por indicios, lo cual limitará la arbitrariedad en el uso de la movilidad funcional.

d) La cuarta porque, dada la dicción del artículo 179.2 del TRLPL (al no aludir a los medios por los que se produce la violación), ello permite apartarse de la doctrina sentada por STC 38/81 de 23 Noviembre según la cual corresponde al empresario la carga de probar la racionalidad de los motivos únicamente en los supuestos de despido discriminatorios, y no en los de cambio de funciones.

El concepto de "indicio" exige consecuentemente, por un lado la invocación por el trabajador del carácter discriminatorio de la decisión empresarial por vulneración del derecho a la libertad sindical, y por otro que esa invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación¹²⁸. En cualquier caso debe ser éste y no otro el significado que debe otorgársele. Pero el que esa invocación genere una razonable sospecha de discriminación no debe entenderse ni confundirse con las particulares opiniones subjetivas del trabajador afectado, ni con la necesaria aportación de datos objetivos algunos,

¹²⁸. - Los indicios de discriminación son claramente casuísticos; así, por ejemplo: el hecho de que se trasladara a varios trabajadores de sección, "y que no fueran movidos ni los otros diez miembros del comité de empresa que resultaron elegidos al propio tiempo que el actor, ni tampoco los otros seis miembros designados de otro sindicato", permite deducir que no fue la represalia por razones sindicales, "sino la necesidad de una mejor distribución del personal empleado" -STCT 15 Enero 1988 (R.A. 726)-; o por ejemplo: no existe discriminación por motivos sindicales si el representante legal "puede seguir desempeñando las funciones de su cargo" -STCT 19 Octubre 1988 (R.A. 8119)-; o bien cuando "aunque el desarrollo de los nuevos servicios pueda suponer alguna incomodidad o ruptura de los hábitos laborales... se ha respetado su condición de miembro del Comité de empresa, pues por razón de las nuevas funciones se le facilita el desarrollo de las sindicales, ya que en la actividad actual no se precisa un cien por cien de dedicación como se requería en la anterior" -STCT 10 Febrero 1988 (R.A. 1386)-.

Sin embargo, sí constituye indicio de discriminación: el que la movilidad del representante acarree el que "no pueda tener acceso al mismo ningún trabajador de la empresa" -STCT 13 Abril 1988 (R.A. 2771)-; el que se traslade a un representante legal "durante la discusión de un CC" "a un departamento de menor entidad", "prohibiendo al personal de visitarle" -STCT 29 Noviembre 1988 (R.A. 7272)-; el que se ejercite la movilidad funcional "tras tener la empresa conocimiento de que el actor encabezaba la candidatura por CCOO en las próximas elecciones sindicales" -STSJ Castilla La Mancha 24 Enero 1992 (R.A. 1496)-; o bien cuando el trabajador solicita información en calidad de delegado de personal -STSJ Baleares 15 Febrero 1993 (R.A. 708)-.

para con ello negar el valor de los indicios (STSJ Andalucía/ Granada 23 Marzo 1993 R.A. 1316). Al empresario se le traslada una auténtica carga probatoria, debiendo llevar al juzgador la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio, por existir causas suficientes reales y serias para entender como razonable la decisión empresarial.

Por lo que se refiere a la transgresión de la buena fe contractual, y pese a que la misma ha sido denunciada como un límite poco clarificador en el ejercicio del poder de dirección¹²⁹, su posible transgresión deberá ser tenida en cuenta por parte de los tribunales.

En este punto, la buena fe contractual se erige como un elemento configurador de valor decisivo en el ejercicio de la movilidad funcional tanto ordinaria como extraordinaria. Su apreciación sin embargo ha de ser individualizada caso por caso, de tal forma que entender de manera genérica que no se transgrede la buena fe cuando la movilidad funcional se justifica en necesidades de producción (STSJ Madrid, Sala de lo Social, 18 Julio 1989 -R.A. 40-) es una apreciación errónea, y ello porque la buena fe actúa como limitadora a cualquier facultad omnímoda o arbitraria¹³⁰. Sin embargo, a falta de justificación causal, no será fácil determinar si el empresario ha basado su decisión en un interés subjetivo y personal o bien la ha fundado en un interés objetivo derivado de necesidades organizativas.

Debe entenderse que se transgrede el límite arriba mencionado y el empresario incurre en una conducta transgresora de la buena fe contractual siendo rechazada por el ordenamiento jurídico, y sancionada con la nulidad, cuando el empresario ejercite la movilidad funcional ordinaria: a) Sin que exista de modo efectivo una necesidad objetiva empresarial¹³¹. b) Cuando aún produciéndose dicha necesidad objetiva, la medida adoptada unilateralmente no permite subsanarla o mejorarla, es decir, cuando se rompe el nexo causa-efecto entre la medida adoptada y la exigencia organizativa. c) Cuando lo único que persigue el empresario es perjudicar con su actuación, al trabajador¹³².

¹²⁹. - "La prestación pactada entendida en sentido estricto y que abarca las variaciones entendidas como no sustanciales, no parecen el ámbito natural para la actuación de la buena fe como medio integrador del contenido del contrato...". ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit. pag. 262.

¹³⁰. - STSJ Madrid, Sala de lo Social, 15 de diciembre 1989 (R.A. 2739): "el actor fue asignado a ocho puestos de trabajo distintos en el plazo escaso de 5 años... ello implica un abuso de derecho respecto a las facultades organizativas y se margina al principio de buena fe."

¹³¹. - STCT 14 de Octubre de 1986 (R.A. 9495).

¹³². - STSJ Baleares de 7 de Abril 1992 (R.A. 1796).

CAPITULO TERCERO. LA MOVILIDAD FUNCIONAL EXTRAORDINARIA. LOS CAMBIOS FUNCIONALES EN EL EJERCICIO DEL "IUS VARIANDI" EMPRESARIAL.-

1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO DE "IUS VARIANDI" Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO.-

Los apartados 2º y 4º del artículo 39 del ET otorgan al empresario la posibilidad de variar unilateralmente el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, pudiendo exigir al trabajador comportamientos funcionales más allá de la misma prestación convenida. Dichos apartados describen consecuentemente una actividad empresarial que excede de la simple facultad de especificación o concreción y perfilan por tanto lo que doctrinalmente ha venido a definirse como "ius variandi".

La categoría jurídica del "ius variandi" empresarial ha suscitado un debate doctrinal de gran calado dogmático. Se trata de una polémica abierta, susceptible de múltiples y variadas interpretaciones.

Respecto al ordenamiento jurídico español, CRUZ VILLALON¹ se ha encargado de sistematizar y acotar magistralmente el tema, marcando unas pautas interpretativas de enorme utilidad y facilitando con ello la comprensión de una figura jurídica de contornos no siempre claros, sobre todo en su diferencia respecto del poder de dirección. Por su parte, en el ordenamiento jurídico italiano GINO GIUGNI² realizó una tarea similar en su obra clásica abordando con ello los problemas más acuciantes del "ius variandi" y elaborando un modelo conceptual ampliamente refrendado por la doctrina foránea y española.

El objeto del presente estudio pasa por la necesidad de adaptar el concepto clásico de "ius variandi" a las nuevas exigencias normativas introducidas por la reforma legislativa de 1994. Algunas de las elaboraciones dogmáticas serán por tanto plenamente refrendadas, en tanto que otras exigirán una interpretación correctora a la vista del tenor impuesto por la ley.

A efectos sistematizadores, sobre todo en orden a calificar al "ius variandi" como un

¹.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit. pag. 79 a 205.

².- Cfr. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 229 a 376.

instituto autónomo respecto del poder de dirección, resulta útil la síntesis que de la polémica doctrinal española suscitada por dicha categoría jurídica apuntó en su momento LOPEZ TARRUELLA³. De este modo, serían tres las grandes elaboraciones al respecto: la de aquellos autores que englobaban dentro del "ius variandi" todos los supuestos de alteración de condiciones de trabajo tanto sustanciales como accesorias, y distinguen por tanto entre el "ius variandi" normal u ordinario y el "ius variandi" excepcional o extraordinario. La de aquellos otros que entienden que el "ius variandi" alude únicamente a la alteración de condiciones accidentales, de modo que el mismo sería una expresión del poder de dirección. Y finalmente la de aquellos que entendían que el "ius variandi" incluía únicamente la alteración de condiciones sustanciales, constituyendo un instituto diferenciado del poder de dirección y que exigiría una delimitación expresa respecto a las modificaciones sustanciales del artículo 41 del ET.

Nuestra postura es la siguiente:

a) Concepto.-

Siguiendo a CRUZ VILLALON y a GIUGNI cabe definir al "ius variandi" como aquél poder del empleador de variar unilateralmente, de modo esencial y con carácter temporal, el contenido de la prestación de trabajo, tanto en su aspecto funcional, como de tiempo, lugar y modo.

b) Fundamento.-

El fundamento de dicha figura se encuentra en las necesidades organizativas de la empresa. Es necesario por tanto que sobrevengan condiciones o circunstancias imprevistas, calificadas bajo las notas de urgencia, excepcionalidad o imposibilidad, que impidan realizar la causa en el contrato de trabajo.

c) Naturaleza jurídica.-

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del acto de ejercicio del "ius variandi", se trata de un negocio jurídico unilateral y recepticio, siendo su forma libre. A diferencia de las modificaciones pactadas, el ejercicio del "ius variandi" no impone el consentimiento de

³.- Cfr. LOPEZ TARRUELLA, F., *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit. pag. 127.

la otra parte, sino que basta la apreciación objetiva por parte del titular de la empresa, de la existencia de unas necesidades empresariales, pero estas tienen que existir, puesto que se trata de un poder no arbitrario.

Esto llevó a GIUGNI⁴ a entender que en todo "ius variandi" se presentarán dos constantes: su justificación en un presupuesto de hecho objetivo, no bastando el mero arbitrio de una de las partes; y el principio de la necesaria correspondencia entre las dos prestaciones (la retributiva y la laboral), de modo que el "ius variandi" debe respetar la regla de la conservación de los efectos del contrato de trabajo, o lo que es lo mismo, el equilibrio contractual inicialmente previsto.

Este segundo principio se plasma de manera precisa en los supuestos de "ius variandi in melius", en los que el trabajador pasa a ser retribuido de acuerdo con las funciones superiores desde el mismo momento que las efectúa; y presenta una matización en los supuestos de "ius variandi in peius", en que el trabajador no pasa a ser retribuido conforme a las funciones inferiores, sino que, (en atención a conservar el equilibrio contractual inicialmente previsto) mantiene su retribución de origen, hecho que deriva precisamente de una opción de política legislativa, aquella que apuesta por la conservación de la obligación retributiva originaria en lugar de la reducción de la misma, evitando así la reclamación de un resarcimiento por daños por parte del deudor, y tutelando económicamente al contratante más débil por la vicisitud desfavorable que sufre.

d) Límites a su ejercicio.-

Para GIUGNI⁵ estos venían a ser dos: la necesidad de una "exigencia empresarial" y la conservación de la posición sustancial del trabajador.

Respecto a la primera, ésta se configuraba como un límite externo, no interno del poder empresarial, de modo que cuando la exigencia empresarial no existiese, el acto no sería idóneo para desplegar sus efectos, con la consecuencia de que resultaría plenamente legítimo el rechazo del trabajador para desarrollar la prestación no debida, en cuanto se excederían de los límites del "ius variandi".

Respecto de la segunda, la posición sustancial del trabajador se convertiría en un límite

⁴.- Cfr. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 229 a 376.

⁵.- Cfr. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 229 a 376.

interno que impondría a su vez cinco sublímites: la temporalidad del cambio, la afinidad de la nueva prestación con la inicial, el respeto a la idoneidad fisiológica del trabajador, la inexistencia de una agravación en los riesgos profesionales, y la compatibilidad de las aptitudes técnicas del trabajador.

De forma paralela CRUZ VILLALÓN⁶ ha entendido que son límites comunes a las diversas manifestaciones del "ius variandi": las necesidades organizativas aplicadas a situaciones particulares, el respeto a la formación profesional, el trato no discriminatorio, el trato digno, las aptitudes para el desarrollo de las funciones asignadas, y el no agravamiento en los riesgos.

e) Efectos del "ius variandi".-

GIUGNI⁷ subrayaba la existencia de unos efectos patrimoniales en el ejercicio del "ius variandi", según las nuevas funciones asignadas fuesen superiores (derecho al mejor tratamiento retributivo) o inferiores (mantenimiento del tratamiento retributivo anterior) y entendía a su vez que todo traspaso de los límites legales impuestos al "ius variandi" comportaría la pérdida de efectos del acto empresarial, tanto si finalizase la exigencia empresarial que los justificase, como si no se salvaguardase la posición sustancial del trabajador por excederse la duración del cambio del puesto. De excederse tales límites, el trabajador quedaría legitimado para rechazar el cambio de puesto.

De forma paralela CRUZ VILLALÓN⁸ distingue entre los efectos del "ius variandi lícito" (paso al desempeño de nuevas funciones y mantenimiento de la equivalencia retributiva) y los efectos del su ejercicio "ilícito" (reacción del trabajador mediante acciones judiciales o bien mediante el llamado "ius resistentiae").

Con ello se ofrecen las características esenciales de dicha categoría jurídica y se impone el estudio de la misma sobre la base de su regulación normativa.

⁶.- Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit. pag. 79 a 205.

⁷.- Cfr. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 229 a 376.

⁸.- Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit. pag. 79 a 205.

2.- EL FUNDAMENTO CAUSAL DE LA MOVILIDAD FUNCIONAL EXTRAORDINARIA COMO EJERCICIO DEL "IUS VARIANDI": LAS RAZONES TÉCNICAS U ORGANIZATIVAS.-

El artículo 39.2 del ET señala que la movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes sólo será posible si existiesen "*razones técnicas u organizativas que la justificasen*" y por el tiempo imprescindible para su atención. La justificación causal asume con ello el doble papel de fundamento jurídico y a la vez límite en el ejercicio del "ius variandi". Dicho precepto introduce por tanto una novedad respecto al precedente artículo 23 del ET el cual eludía cualquier mención a razones técnicas u organizativas.

La ubicación del actual apartado 2º del artículo 39 permite dos interpretaciones, acordes la primera de ellas con una interpretación sistemática del precepto, y la segunda de ellas con una interpretación histórica del mismo.

Según la primera de las interpretaciones, las razones técnicas u organizativas, en la medida que serían exigibles para la realización de "*funciones no correspondientes*" a los criterios funcionales de identificación de la prestación debida, serían de necesaria concurrencia tanto "*en el caso de encomiendas de funciones inferiores*" (39.2) como en la realización de "*funciones superiores*" (39.4), identificándose con ello como un elemento definidor tanto del llamado ius variandi "in melius" como del ius variandi "in peius".

Según una interpretación histórica, en los supuestos de "ius variandi in peius" se seguiría manteniendo la misma justificación causal que la norma contemplaba tradicionalmente (es decir, las "*necesidades perentorias e imprevisibles*"), mientras que las "*razones técnicas u organizativas*" aparecerían por primera vez, y serían solamente exigibles en los supuestos de "ius variandi in melius". De este modo se dotaría a la movilidad funcional ascendente de una justificación causal que la anterior regulación desconocía y que había llevado a cierta doctrina a negar con propiedad el que la misma constituyese un verdadero "ius variandi"⁹.

⁹.- El art. 64 de la LCT exigía una "necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos" para que el trabajador pudiese prestar "mayor trabajo u otro del acordado". Bajo el título "Trabajos de superior e inferior categoría", los párrafos 1º, 2º, y 3º del art. 23 del ET en su redacción anterior a la reforma legislativa introducida por la Ley 11/94 eludían cualquier mención a justificaciones causales de naturaleza empresarial, a diferencia del párrafo 4º que regulaba la asignación de trabajos de categoría inferior. Respecto a la negación de un verdadero "ius variandi" en los supuestos de atribución de trabajos de categoría superior estoy refiriendome a CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación...*, op. cit. pag. 154

Esta falta de exigencia causal en el ejercicio del "ius variandi in melius" provocó el que la doctrina buscase en otros preceptos las causas aplicables al mismo. Fueron tres los artículos barajados: las causas previstas en el artículo 64.2 LCT (necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos), las causas previstas en el anterior artículo 23.4 (necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva) y las causas previstas en la redacción del precedente artículo 41 (razones técnicas, organizativas o productivas)¹⁰.

Tras la reforma operada por la Ley 11/94 se hace necesario proceder al estudio del tema para acotar con precisión la presencia de unas razones técnicas y organizativas como criterios de fundamentación jurídica en el ejercicio del "ius variandi".

La exigencia de un interés organizativo empresarial, más allá del interés del propio empresario y a cuya satisfacción este último sujeta sus actuaciones, permiten afirmar que la organización de los bienes y servicios en que consiste la empresa opera como límite externo a cualquier actuación individual del empleador. Sin embargo, si la pretensión de obtener el mayor rendimiento económico mediante el uso de la organización empresarial permite al empresario en el ejercicio del poder de dirección especificar la prestación debida sin necesidad de justificar al trabajador la causa motivadora, no ocurre lo mismo con el ejercicio del "ius variandi". Por más que en este supuesto también existe un interés organizativo que el empresario pretende satisfacer alterando la prestación debida, dicha alteración opera más allá de los límites funcionales estipulados en el contrato de trabajo. El valor otorgado al contrato de trabajo como límite al ejercicio de los poderes empresariales encuentra plena lógica en los supuestos de variación empresarial de la prestación contractualmente pactada¹¹.

¹⁰. - Se trata de una triple vía doctrinal que sostuvo respectivamente: CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 166 y ss. LOPEZ TARRUELLA, F., *La modificación sustancial...*, op. cit. pag. 163 y RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 35. Las tres posiciones fueron objeto de revisión doctrinal por VALDES DAL-RE, F., "Movilidad funcional y derechos económicos" en AA.VV. *Estructura Salarial*, op. cit. pag. 112, quien entendió que la primera presentaba el grave inconveniente de someter esta modalidad de "ius variandi" a un régimen más severo que el de la llamada "excepción de emergencia". Respecto de la segunda entendió que introducía un elemento de rigidez probablemente no deseado por el legislador, optando finalmente este autor por la tercera de las tesis.

¹¹. - Sobre el valor otorgado al contrato de trabajo es de destacar la afirmación de PERSIANI, M., *Contrato di lavoro e organizzazione*, op. cit. pag. 45, señalando que el ordenamiento jurídico ha asignado al contrato de trabajo la función característica de determinar la existencia de la organización de trabajo, en cuanto hace derivar del contrato, efectos que son constitutivos de esta última. Entiende igualmente LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 65, que el contrato de trabajo no puede considerarse exclusivamente inspirado en la satisfacción de las exigencias empresariales. Sobre la incidencia de los cambios tecnológicos en las decisiones de movilidad funcional en el seno del ordenamiento jurídico francés, vid. HOCQUET, J.Y. "Mutations technologiques et mobilité", *Droit Social*, n° 6, 1989, pag. 474.