

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

(7 de 9)

Se reproduce con ello el mismo debate que se planteó respecto de la movilidad funcional ordinaria acerca de qué partidas salariales se mantienen o no se mantienen. En palabras de GHEZZI, el área de retribución intangible puede no coincidir necesariamente con todo cuanto de hecho percibe el trabajador en estos casos⁹⁹. Ello impone el estudio de ciertos temas de especial importancia.

3.1.1.- La determinación de las retribuciones superiores.-

Doctrina y jurisprudencia fijaron con la regulación anterior toda una serie de principios que guiaban la determinación de las retribuciones superiores a percibir por el trabajador tras el ejercicio del "ius variandi in melius".

La regulación precedente encontraba su apoyo legal en el derogado artículo 23.3 del ET el cual establecía que cuando se desempeñasen funciones de categoría superior, pero no procediese legal o convencionalmente el ascenso, el trabajador tendría derecho "*a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice*". Como se citó anteriormente, se trataba de una regulación que circunscribía el "ius variandi in melius" a trabajos de categoría superior y por tanto configuraba a la categoría profesional como el límite directo de la prestación debida, donde finalizaba el poder de dirección empresarial.

Pese a las innovaciones del actual artículo 39 del ET, que utiliza las expresiones "*funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes*", el legislador no ha prescindido del término jurídico de la categoría profesional. Por tanto cuando se desempeñen funciones superiores (y por tanto no equivalentes) a las de la propia categoría profesional, el trabajador podrá reclamar por virtud del artículo 39.4 del ET, las diferencias retributivas correspondientes, reproduciéndose con ello cierta problemática que se suscitó con la normativa anterior. Por otro lado el legislador del 94 da respuesta a aquellos casos en que la movilidad ascendente se produce a funciones superiores a las del grupo profesional del

reclamarse si efectivamente existe, puesto que el que a una categoría corresponda una retribución más alta no quiere decir que todos los trabajadores de esa categoría obtengan unas ganancias finales superiores, al ser varios los factores que pueden distorsionar la correlación entre categoría y salario. Concluye este autor afirmando que: "los aumentos retributivos no son consustanciales a los trabajos de superior categoría".

⁹⁹.- GHEZZI, G., ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 161. En la doctrina italiana D'ANTONA, M., "Mutamenti di mansione e garanzie della retribuzione sul primo e secondo comma dell'art. 2103 CC" *Rivista giuridica di lavoro*, 1980 pag. 718, entiende que habrá que acudir al "conjunto de modalidades específicas y de factores ambientales que constituyen el normal y constante substrato de la categoría desarrollada".

trabajador, previsión de la que adolecía el anterior artículo 23.3 del ET y a la que aplica idéntica garantía retributiva.

La jurisprudencia se había mostrado tendente a una interpretación amplia del concepto retribución superior, pero lo circunscribía a la categoría profesional superior, al ser ésta el límite funcional del "ius variandi in melius". Así las cosas, la jurisprudencia entendía que al trabajador debían abonársele "la totalidad de las remuneraciones de la categoría superior" (STCT 26 de mayo de 1992 (R.A. 3263) y STCT 5 de mayo de 1984 (R.A.) 2082), afirmando algunas sentencias que la realización de funciones de superior categoría suponía no sólo la percepción del salario base fijado para la misma, sino el incremento de los complementos salariales que giraban sobre dicho salario base (STCT 26 de abril de 1983 (R.A. 3599), STCT 17 de junio de 1985 (R.A. 4378)). Llegando otras a utilizar como baremo de los salarios de tramitación, los percibidos según la categoría superior (STCT 4 de diciembre de 1984 (R.A. 9281)).

La doctrina, haciéndose eco de estas posiciones jurisprudenciales venía a defender también que la realización de funciones correspondientes a una superior categoría no sólo generaba el derecho al salario base de la categoría superior, sino de todos aquellos complementos salariales que giraban a su alrededor, los cuales se calcularían conforme al salario base de la mencionada categoría superior¹⁰⁰. Sin embargo hubo otra línea doctrinal que, pese a adoptar una interpretación flexible, diferenciaba determinados tipos de complementos salariales algunos de los cuales podrían perderse como consecuencia del desempeño de funciones superiores. A grandes trazos se entendía que debían mantenerse los complementos personales, con algunas salvedades, y se perdían los complementos de puesto de trabajo, manteniéndose sin embargo, con una interpretación distinta a la que se utilizaba para la movilidad funcional ordinaria, los complementos por calidad y cantidad¹⁰¹.

Pese a la actual regulación de la estructura salarial establecida por el artículo 26.3 del ET, y pese a las particularidades que plantea la introducción en él del principio de presunción de no consolidación de algunos complementos, cabe defender una interpretación extensiva de la garantía retributiva establecida en el artículo 39.4 en conexión con el artículo 39.3

¹⁰⁰.- Esta parecía ser la posición de VALDES DAL-RE, F., "Movilidad funcional y derechos económicos", op. cit. pag. 117 y del mismo autor "La ruptura del principio..", op. cit. pag. 42, adoptando en base a la jurisprudencia citada una interpretación extensiva.

¹⁰¹.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales...*, op. cit. pag. 295.

respecto de la movilidad funcional ascendente, siendo admisible por ello las posiciones defendidas con la anterior regulación.

Siempre que la retribución correspondiente a las funciones superiores resulte ser en su cuantía global más beneficiosa que la recibida por el trabajador en las funciones precedentes, será la primera la que se perciba, y por tanto (como, al parecer, está interpretando la doctrina), mientras dure la encomienda de funciones superiores, el trabajador tendrá derecho a las retribuciones básicas y complementarias correspondientes a esas funciones superiores¹⁰². En caso contrario, es decir, de quedar retribuidas globalmente las funciones superiores mediante una cuantía inferior que las precedentes, impone proceder a la delimitación de la estructura salarial afectada¹⁰³.

Al igual que ocurre con el artículo 13 del Statuto dei lavoratori italiano, el artículo 39 del ET parece formulado bajo el presupuesto de que el tratamiento correspondiente a la categoría superior sea más ventajoso que el gozado precedentemente. Pero del mismo modo que sucede con el primero de los preceptos, dicha afirmación no aparece formulada de modo expreso.

¹⁰². - SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los trabajadores*, op. cit. pag. 73. ALEMAN PAEZ, F., "La nueva regulación...", op. cit. pag. 352, y el mismo autor *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 318 entiende sin embargo, que cabría la minoración de ciertos complementos salariales en los casos de "ius variandi ascendente" al suponer el derecho a las diferencias salariales, una matización respecto al derecho a "la retribución de origen" como regla general. De este modo, lo normal será el mantenimiento de aquellos componentes pertenecientes al trabajador por razón de su titularidad, por lo que la irreducibilidad retributiva sólo debiera referirse al salario base y a los complementos personales. Para MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 129 y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 352, la utilización del término "diferencias salariales" en vez de el que utilizaba el anterior art. 23.3 ("diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice") supone un avance puesto que será procedente reclamar la diferencia incluso cuando no se posea la titulación exigida y cuando incluso no se hayan realizado las funciones o cometidos esenciales de la superior categoría.

¹⁰³. - Indicaba VALDES DAL-RE, F., "Movilidad funcional y derechos...", op. cit. pag. 117, que la precisión contenida en el derogado 23.3 y las previsiones semejantes contenidas en las normas pactadas jugaban tan sólo en aquellos casos en los que la correlación categoría superior-retribución en alza era efectiva de modo que en caso contrario, entendía este autor que era aplicable "la regla del (anterior) art. 39, de suerte que la movilidad funcional ha de efectuarse sin merma de los derechos económicos". En el mismo sentido se pronunciaba ORTIZ LALLANA, M.C., "Las modificaciones...", op. cit. pag. 241, entendiendo que en tales casos también se debía acudir al derogado al art. 39, no sólo porque el derecho a percibir la diferencia retributiva era aplicación del principio de equivalencia de prestaciones, sino también porque, como reiteradamente había puesto de relieve doctrina y jurisprudencia, los límites del anterior art. 39 eran trasladables a cualquier supuesto de movilidad funcional. En palabras de esta autora, "la solución al interrogante planteado es difícil y casuística... agravándose por la falta de concreción en la normativa sectorial y los CC de los derechos económicos a respetar en los supuestos de alteraciones en la prestación de trabajo, así como por la existencia de una variable y contradictoria jurisprudencia sobre el tema" siendo necesario acudir a la estructura salarial.

Si queda fuera de toda discusión que, en principio, a las categorías encuadradas en un nivel superior les correspondería una retribución superior (traduciéndose la escala clasificatoria en una escala retributiva), el artículo 39 del ET no impone que en el cambio a una categoría superior deba verificarse necesariamente en un incremento del tratamiento retributivo de todos y cada uno de los complementos, sino únicamente del tratamiento retributivo global. El cambio funcional podría comportar la pérdida o modificación de determinados complementos salariales y podría incluso comportar la pérdida de complementos que provocaran un empeoramiento de la retribución.

Como indicara LISO, parece evidente que para evitar esto, en caso de un cambio funcional a categorías superiores, la garantía retributiva debe operar no sólo a través del derecho a la correspondencia entre el tratamiento retributivo más ventajoso, sino también a través de la previsión de la irreducibilidad del nivel de tratamiento gozado precedentemente, hecho que impone el estudio de la estructura salarial disfrutada originariamente por el trabajador¹⁰⁴.

En principio el trabajador mantiene los complementos personales, si bien el de antigüedad pasaría a ser calculado conforme al salario de la categoría superior. La problemática de dicho complemento, ya señalada para la movilidad funcional ordinaria, debe entenderse reproducida aquí, por ello debe adoptarse una interpretación extensiva dado que tales complementos son consolidables por su propia naturaleza, sin que suponga un obstáculo para ello el hecho de que el parámetro de su cálculo sea el salario base de una categoría superior.

Los complementos personales que retribuyan la posesión de títulos o conocimientos especiales también deberán ser abonados si el trabajador los posee, y con mayor razón si se exigen en la superior categoría.

Por lo que se refiere al resto de complementos (por puesto de trabajo, en función del trabajo realizado, y en función de la situación y resultados de la empresa), hemos de tener presente que el apartado 3º del artículo 39 en conexión con el apartado 4º impone el mantenimiento de la cuantía global retributiva, lo que nos permite concluir que mientras se mantenga ésta (ya sea por ejemplo mediante un complemento personal de carácter transitorio) no habría inconveniente en tolerar la modificación de la estructura salarial y por tanto la consiguiente pérdida de complementos cuando desapareciese la causa objetiva que justificaba su percepción en el antiguo puesto de trabajo. Pasemos a analizar estos complementos.

¹⁰⁴.- Cfr. LISO, F., *La mobilità del lavoratore in azienda...*, op. cit. pag. 247.

Por lo que se refiere a los complementos por puesto de trabajo, al haber dispositivizado su consolidación el artículo 26.3 del ET dejándola en manos de la negociación colectiva, y habiéndose derogado la previsión del artículo 5b) del DOS, se impone diferenciar con toda claridad dos supuestos: aquellos en que el trabajador tenga posibilidad de seguir percibiendo tales complementos en sus nuevas funciones, en cuyo caso se dejarían de abonar los antiguos complementos y se pasarían a percibir los del nuevo puesto; y aquellos otros en que el trabajador no tenga posibilidad de percibirlos en sus nuevas funciones, en cuyo caso no cabría admitir el mantenimiento de los anteriores complementos al desaparecer la causa objetiva que los justificó. En uno y otro caso el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones superiores que efectivamente realice; retribución superior entendida desde un punto de vista cuantitativo, aunque no necesariamente cualitativo.

Por lo que se refiere a los complementos en función del trabajo realizado, identificados los mismos con los anteriores complementos por calidad y cantidad y salvadas la diferencias conceptuales entre éstos y los de puesto de trabajo, cabe afirmar nuevamente que su abono dependerá de si existe una posibilidad de seguir percibiéndolos en el nuevo puesto o no. Existe sin embargo un argumento adicional de apoyo a favor de la percepción de la cuantía íntegra prevista para estos complementos en las funciones superiores, y es que si bien las funciones superiores pueden suponer una disminución del rendimiento (al ser en principio mayor la inexperiencia y la preparación del trabajador a efectos de obtener un rendimiento óptimo) esta disminución es en cualquier caso involuntaria y motivada por razones de conveniencia exclusivamente empresarial¹⁰⁵.

Idéntica postura ha de mantenerse respecto de los complementos en función de la situación y resultado de la empresa los cuales se mantendrán si existe una posibilidad de que sean percibidos en las nuevas funciones, y que no se mantendrán en caso contrario. Aunque un argumento a favor de su percepción íntegra en las nuevas funciones sería el hecho de que, al ser superiores las funciones desempeñadas, también los beneficios empresariales obtenidos

¹⁰⁵.- Para VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 295, la solución más correcta sería la de abonar las primas de la categoría superior, y si fueran más bajas que las que venía percibiendo el trabajador, garantizarle éstas, al mismo tiempo que se le abona el salario base y los conceptos calculados en función del mismo, de acuerdo con la superior categoría. LISO, F., *La mobilità del lavoratore* ..., op. cit. pag. 249, distinguiendo entre lo que eran complementos personales, los cuales no serían absorbibles en la retribución de las funciones superiores, de los complementos relativos a la calidad en el trabajo, los cuales sí serían absorbibles.

por el desempeño de las mismas serán en principio más altos¹⁰⁶.

3.1.2.- La intervención colectiva e individual en la mejora de las diferencias retributivas.-

De lo hasta aquí expuesto se desprende una primera conclusión y es que, al configurarse el "ius variandi" como una institución puesta al servicio del empresario para modificar temporal y causalmente la prestación debida, los posibles perjuicios irrogados al trabajador deben de minimizarse a lo estrictamente necesario, lo que permite entender que la garantía retributiva estipulada por el artículo 39.4 del ET para la movilidad funcional ascendente opera como límite a la aplicación del principio de presunción de no consolidación de ciertos complementos previsto por el artículo 26.3 del ET.

En este punto no está de más recordar que el ET utiliza la expresión "*diferencias retributivas*", constituyendo el término "retribución" un concepto sinónimo al de "salario" empleado por el artículo 26 del ET¹⁰⁷. Por tanto, el trabajador debe percibir la retribución global íntegra correspondiente a las funciones superiores. Y, de estar éstas retribuidas con una cuantía inferior, mantendrá el trabajador su estructura salarial originaria pese a que el convenio colectivo declare ciertas partidas como no consolidables. Ello es así porque el artículo 39, al regular el régimen del "ius variandi", configura reglas de derecho necesario relativo a mejorar por la negociación colectiva y en cualquier caso, de necesario respeto¹⁰⁸.

¹⁰⁶.- Para VINUESA ALADRO, A., en "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 295, incluso las gratificaciones extraordinarias y la remuneración de los días de descanso han de experimentar los incrementos proporcionales al tiempo de realización de la función superior, y por lo que se refiere a las horas extraordinarias que pudiera venir realizando el trabajador y que resultaran innecesarias en el nuevo puesto, habrá que estar a la exigencia o no del pacto a que se refiere el art. 35 del ET. Si en virtud de éste el trabajador tuviese derecho a la realización, sería válido el principio enunciado de evitación del perjuicio económico.

¹⁰⁷.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 294, señala que el término "retribución" es más amplio quizá que si se hubieran utilizado otras expresiones alternativas tales como "salario base" o simplemente "salario", argumento este último en el que por otra parte se apoya para adoptar una interpretación extensiva y no restrictiva de la garantía retributiva.

¹⁰⁸.- ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 205. Según esta autora, el "ius variandi" no solo constituye reglas de derecho necesario respecto de la regulación convencional de esta materia, sino a la vez reglas irrenunciables respecto de las partes en el contrato individual de trabajo. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...* op. cit. pag. 353, puso de manifiesto la práctica convencional que se daba en aquellos casos en que el trabajador gozaba de un tratamiento retributivo más favorable respecto del salario base para su categoría previsto en el CC. De producirse una movilidad funcional a una categoría superior, los CC afirmaban que la diferencia retributiva exigible sería únicamente la diferencia entre el salario base relativo a la categoría superior, y la retribución normalmente percibida en la categoría precedente. Posición que GIUGNI rechazaba de plano al entender que la diferencia

Frente a la redacción del anterior artículo 23.3 del ET, la cual suscitaba dudas acerca de cuando nacía el derecho del trabajador a percibir las diferencias salariales, si desde el momento en que desarrollaba efectivamente las funciones superiores, o si desde el momento en que procedía legal o convencionalmente el ascenso, la actual redacción del artículo 39.3 parece despejar todo tipo de dudas (a diferencia de la redacción derivada del artículo 39.4 del ET que reproduce la existente antes de 1994). Por consiguiente, el trabajador pasará a ser retribuido con arreglo a las funciones que "*efectivamente*" realice, interpretación que por otro lado había sido la defendida tanto por algunas sentencias del extinto TCT (STCT 17 de Noviembre de 1985, R.A. 5190) como por cierta doctrina autorizada¹⁰⁹.

Del mismo modo que sucedía con la regulación anterior, deberán reputarse como nulas aquellas cláusulas convencionales que condicionen la percepción de la retribución superior al transcurso de un plazo determinado. Se trata éste de un tema que por otra parte ya fue abordado por la doctrina italiana dado que los términos del artículo 13 del Statuto dei lavoratori son plenamente extrapolables a nuestro ordenamiento jurídico al imponer que "en el caso de asignación a categoría superior, el trabajador tiene derecho a la retribución correspondiente a la actividad desarrollada...". En este sentido, tanto GIUGNI como LISO consideraban nulas las cláusulas convencionales que negasen el mejor tratamiento retributivo, subordinándolo al transcurso de un período de tiempo y no permitiendo su percepción desde el mismo momento en que se desempeñaran las funciones superiores¹¹⁰.

La importancia del módulo temporal juega a su vez un papel decisivo por lo que respecta al tiempo durante el cual el trabajador va a gozar de esa diferencia retributiva más beneficiosa como consecuencia del desempeño de funciones superiores. En principio, la diferencia retributiva se percibirá durante aquel tiempo en que se estén desarrollando de modo efectivo las funciones de superior categoría (STS u.doct. 30 Septiembre de 1992 (R.A.

retributiva debía ser calculada en base a la diferencia entre los dos salarios base fijados por el CC y en ningún caso con un criterio híbrido de la diferencia retributiva entre el salario base convencional superior y la retribución originaria individual.

¹⁰⁹.- VALDES DAL-RE, F., "Movilidad funcional y derechos económicos", op. cit. pag. 117. VINUESA ALADRO, A., "Trabajos de categoría superior e inferior..." op. cit. pag. 293, para quien "la diferencia debe ser percibida desde el primer día en que se ejecutan los trabajos mejor retribuidos y sea cual fuere la duración de los mismos, porque el principio de proporcionalidad entre las prestaciones recíprocas no se ve afectado por dicha duración".

¹¹⁰.- Cfr. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 347. Sin embargo cabe precisar, como hiciera LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 246, aquellos casos en que la falta de correspondencia con un tratamiento retributivo superior venga justificada por el CC sobre la base del diferente valor que tiene la prestación dada por un trabajador privado de la experiencia y de la particular profesionalidad necesaria para el normal desarrollo de la superior categoría.

6228¹¹¹), pero nada indica la norma acerca de si, transcurrido dicho tiempo, el trabajador puede mantener esa mejor retribución. Se ha afirmado que no habría especial inconveniente para entender que ello es posible, y por tanto la negociación colectiva puede regular la consolidación de esa mejora retributiva¹¹².

En este punto también la ley permite a la negociación colectiva la posibilidad de pactar que el trabajador, de manera temporal, y mientras ocupe funciones superiores, pase a ser retribuido con una cuantía superior a aquella que le correspondería en caso de que se hubiese verificado de forma definitiva el ascenso y pasara a ocupar la categoría superior¹¹³.

Corresponde de igual modo a la negociación colectiva la adopción de ciertas previsiones aceptadas por la doctrina y jurisprudencia, en el sentido de permitir la efectividad de la garantía retributiva sin requerir la necesaria realización de todas y cada una de las funciones que correspondían a la categoría superior (STCT 14-5-82, R.A. 2867).

La autonomía individual puede intervenir también en la garantía retributiva prevista por el artículo 39.4 de modo que el trabajador podrá mantener como condición más beneficiosa la retribución más favorable según los casos, máxime si se han establecido como mejora generalizada para todos los trabajadores de la empresa¹¹⁴. De igual modo, no habría especial inconveniente en admitir el pacto individual que garantice al trabajador, en los casos de cambio vertical ascendente de funciones por ejercicio del "ius variandi", unos ingresos en ningún caso inferiores a los anteriormente percibidos¹¹⁵.

¹¹¹.- Alguna STCT indicó que se tenía derecho a los salarios de categoría superior cuando se comienza a trabajar en ella, aunque no los aumentos posteriores (STCT 25 Noviembre 1983). Solución ciertamente discutible a juicio de ALONSO OLEA, A., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 13ª Ed. op. cit. pag. 295.

¹¹².- VALDES DAL-RE, F., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 257.

¹¹³.- LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 257 y 258.

¹¹⁴.- VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 40.

¹¹⁵.- VINUESA ALADRO, A., "Trabajos de superior..." op. cit. pag. 294. Se trataba de una solución ofrecida por VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 43, quien de "lege ferenda" y en un sistema normativo como el precedente al ET de 1980 en el que el tema objeto de debate era el determinar si como consecuencia del "ius variandi" empresarial se imponía o no la conservación de los devengos extracategoriales, este autor concluía que, salvo que una norma expresase lo contrario, los complementos extracategoriales se determinarían en relación con la función desempeñada, pudiendo sufrir variaciones en más o en menos al cambiar el trabajador de puesto de trabajo por el ejercicio del "ius variandi" empresarial. LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 253.

3.2.- La garantía retributiva tras el ejercicio de la movilidad funcional descendente.-

Tras la enunciación de la regla general según la cual, una vez efectuada la movilidad funcional, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, el apartado 3º del artículo 39 del ET especifica la garantía retributiva aplicable en aquellos casos en que el trabajador se ve sujeto al régimen jurídico del "ius variandi in peius". En este sentido dispone la norma, en clave de excepción a la regla general antes mencionada, lo siguiente: "*salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen*". Se impone en este sentido un análisis del valor jurídico que debe atribuirse a esta expresión, dado que la norma modifica la redacción del derogado artículo 23.4 del ET, el cual aludía al mantenimiento por el trabajador "*de la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional*". La literalidad de dicho precepto había permitido dos interpretaciones del mismo: una extensiva, en virtud de la cual el trabajador debía continuar percibiendo globalmente las percepciones salariales por una cuantía igual a las recibidas anteriormente (de modo que mantendría por un lado la retribución base, y por otro los demás complementos, entendidos estos como "derechos" derivados de la categoría); y una restrictiva, según la cual el trabajador sólo conservaría la retribución derivada de la categoría profesional (salario base, complementos personales, etc), pero no aquellas retribuciones extracategoriales (complementos por puesto de trabajo, por calidad o cantidad, etc). Esta doble línea interpretativa tuvo su plasmación tanto a nivel convencional, como a nivel jurisprudencial¹¹⁶.

Pero, dado el tenor literal del nuevo artículo 39.3 del ET, muchas de las líneas doctrinales, jurisprudenciales y convencionales que habían intentado dotar de significación al anterior artículo 23.4 del ET no nos serán de utilidad, si bien ello no será obstáculo para que en algunos puntos puedan guiar y fijar las pautas futuras de una posible interpretación en esta

¹¹⁶.- Sobre la doble interpretación: VALDES DAL-RE, F., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 118. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 194. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", pag. 324, y *La clasificación profesional...*, op. cit. pag. 205 a 209. Ver el análisis convencional y jurisprudencial realizado por ellos y del que se desprende que la normativa sectorial utilizaba ambivalentemente ambas interpretaciones, defendiendo en unos casos el mantenimiento de la retribución íntegra, y en otros el mantenimiento de la retribución vinculada a la categoría profesional. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la misma carecía de un criterio propio, aplicando por regla general los preceptos pactados convencionalmente. Para MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 187, la expresión "demás derechos derivados de su categoría profesional" era una interpretación excesiva, pues el estricto mantenimiento de todos los derechos inherentes a la categoría profesional vedaría sin más la posibilidad de exigir al trabajador tareas inferiores a la misma; por otra parte, según este autor no era seguro que en una situación de necesidad urgente el trabajador hubiese de mantener el derecho a su jornada, descanso semanal o incluso vacaciones habituales.

materia. En efecto, el artículo 39.3 del ET suprime cualquier mención al concepto de "categoría profesional" a la hora de delimitar el ámbito funcional que con anterioridad operaba como límite al ejercicio del "ius variandi in peius", fijando el supuesto de hecho en aquella decisión empresarial que suponga "*encomienda de funciones inferiores*", términos por otra parte ya utilizados en el apartado 2º del mismo precepto.

Acerca de si la categoría profesional debe seguir operando como límite funcional del "ius variandi in peius", en principio no habría especial inconveniente en proporcionar una respuesta afirmativa. Cabría en este sentido aportar una doble fundamentación, junto a aquella derivada de la interpretación histórica de la norma: por un lado, aquella que deriva de una interpretación "sensu contrario" de la establecida para los supuestos de "ius variandi in melius", que el artículo 39.4 del ET considera que son los casos de realización de "*funciones superiores a las del grupo profesional o las de categoría equivalentes*"; por otro la expresa referencia utilizada por el apartado 2º del artículo 39 a la movilidad funcional para la realización de funciones "*no correspondientes al grupo profesional o a las categorías equivalentes*", para regular acto seguido ciertas características vinculadas al ejercicio de la movilidad descendente¹¹⁷.

Configurado, pues, el grupo profesional y las categorías equivalentes como el marco de referencia para el juego del "ius variandi in peius" ello supone reconocer que el legislador introduce, a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, una movilidad funcional descendente más allá del grupo profesional. Y junto con ello sigue manteniendo a la categoría profesional como límite específico, de modo que la encomienda de funciones inferiores a la misma (y por tanto no correspondientes a una categoría equivalente) generará las

¹¹⁷ MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 188, puso de manifiesto en la regulación anterior que el derogado art. 23.4 del ET, relativo al "ius variandi in peius", acogía un supuesto de movilidad funcional silenciada por el ET y que se correspondía con la asignación de trabajos de categoría simplemente distinta (ni superior ni inferior), pero que desbordaban el grupo profesional en los casos de necesidades perentorias e imprevisibles. En tales casos el regimen jurídico, incluido la garantía retributiva, era la prevista por el art. 23.4. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 204, señala a la hora de estudiar la garantía retributiva en la movilidad funcional, que el actual art. 39.2 del ET recoge una movilidad respecto de las funciones propias de grupos o categorías no equivalentes, incluyéndose en el tanto cambios laterales como superiores. Distingue esta autora según si el cambio implica una modificación en alza de salario (donde al trabajador le correspondería esa retribución mejorada, pudiendo reclamar la diferencia salarial por todos los complementos salariales propias de las nuevas funciones) o bien si conlleva una disminución relevante de la retribución (en que habría de mantenerse el salario de origen). Respecto de los casos en que el nivel retributivo de las nuevas funciones fuese practicamente equivalente del de las primeras pero variase a la baja algún complemento, no sería pensable que el trabajador pudiera perder su nivel salarial salvo cantidades estrictamente relacionadas con el propio puesto de trabajo.

consecuencias jurídicas propias, y entre ellas la retributiva, del "ius variandi in peius"¹¹⁸.

Pero, al igual que sucedía para la movilidad ascendente, la literalidad del precepto se ve enturbiada por la compleja composición de la estructura del salario, máxime con la nueva regulación del artículo 26.3 del ET, y por el ambiguo mantenimiento de la categoría profesional como punto de referencia para el "ius variandi in peius".

Al considerar, pues, la estructura salarial, doctrina y jurisprudencia precedentes se mostraron vacilantes:

Agunas sentencias entendieron que el carácter irreductible del salario correspondiente a la categoría superior exigía que el respeto a los derechos económicos fuese absoluto e incondicional (STCT 5 Marzo 1986 (R.A. 420), STSJ Andalucía/Málaga 5 Febrero 1992, (R.A. 855)). Posición que fue respaldada por el grueso de la doctrina científica, que apostó por una interpretación extensiva a favor del mantenimiento de la retribución, principalmente derivado del hecho de que el "ius variandi in peius" es un instrumento que se pone a disposición del empresario para su exclusivo interés, por lo que en ningún caso tal circunstancia podría servir de pretexto para la reducción de la retribución del trabajador¹¹⁹. Como indicara CRUZ VILLALON, el principio de correspondencia entre las prestaciones sufre parcialmente una alteración cuando se trata de modificaciones unilaterales "in peius" al ser el ordenamiento el que fija una correspondencia objetiva predeterminada¹²⁰. Hubo

¹¹⁸.- Como indica MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 540, con la nueva regulación y "por lo que a los efectos retributivos se refiere, el trabajador conserva la retribución de su categoría de origen en el caso de que se le adscriba a una categoría inferior...". En sentido contrario ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento...*, op. cit. pag. 313, para quien el legislador deja de utilizar a la categoría como mecanismo de la garantía salarial para considerar con mayor asiduidad al puesto de trabajo (funciones).

¹¹⁹.- GIUGNI, G., *Mansioni e Qualifica...*, op. cit. pag. 276 a 279.

¹²⁰.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 195 señalando cuatro argumentaciones adicionales: la primera se basaba en que, al ser los intereses del empresario los que venían protegidos y al ser el trabajador el que iba a sufrir un daño, no recibiendo ningún beneficio inmediato, parecía lógico que el legislador estableciese que el perjuicio fuese el menor posible y que en ningún caso se menguasen los ingresos salariales; según la segunda, con esta medida se establecía un límite indirecto al "ius variandi" de modo que por simples intereses económicos al empresario nunca le interesaría destinar al trabajador a una categoría profesional si temporalmente debía retribuirlo conforme a las funciones inicialmente pactadas; la tercera argumentación derivada de una aplicación extensiva del derogado art. 39 del ET (que fué el argumento más utilizado por la doctrina); y la cuarta de la interpretación histórica del art. 64 de la LCT que aludía incluso a una posible indemnización. En el mismo sentido: VALDES DALRE, F., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 119. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral...", op. cit. pag. 773. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 324. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 35. ALONSO OLEA, A., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 13ª Ed. op. cit. pag. 296.

sin embargo otro sector doctrinal que abogó por la pérdida de ciertos complementos salariales, configurando la retribución correspondiente a la categoría profesional y la regulación del DOS como argumentos jurídicos para basar su posición. En este sentido fueron dos los complementos extracategoriales debatidos: los relativos al puesto de trabajo, y los complementos por calidad y cantidad.

Por lo que respecta al régimen de los complementos salariales por calidad y cantidad en el trabajo, ciertas sentencias del TCT entendieron que los trabajadores destinados a desempeñar funciones de categoría inferior mantenían la retribución íntegra correspondiente a su categoría originaria, incluidos los citados complementos (STCT 21 Diciembre 1982 R.A. 7950, STCT 8 Febrero 1985 R.A. 862). Pese a ello cierta doctrina defendió su pérdida en base al carácter funcional de los mismos¹²¹.

Por lo que se refiere a los complementos por puesto de trabajo, dado el carácter estrictamente funcional que les otorgaba la regulación precedente, cierta doctrina defendió su pérdida tras el ejercicio empresarial del "ius variandi in peius". E incluso surgió una jurisprudencia que diferenciaba el tratamiento según el cambio fuera establecido en beneficio de la empresa (caso en el que se mantenía el complemento por puesto), o cuando el cambio era propuesto a iniciativa del trabajador (en que se perdía)¹²², supuesto éste último que no constituye en puridad un ejercicio del "ius variandi" empresarial propiamente dicho sino a lo sumo una novación contractual a iniciativa del trabajador.

Esta pérdida de complementos venía siendo salvada por otra doctrina de muy distintas

¹²¹.- VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 42. VINUESA ALADRO, A., *La clasificación*, op. cit. pag. 208 para quien si en el nuevo puesto las primas fuesen mas bajas, deberían mantenerse las tarifas propias del puesto anterior, pero podría ser exigible un rendimiento medido y ello porque aún siendo el trabajo propio de una categoría inferior, y teóricamente más fácil, la ausencia de práctica haría que el rendimiento fuera más bajo. Se trataban sin embargo de posiciones previas al ET de 1980.

¹²².- Entre la doctrina que entendía que el complemento por puesto de trabajo no se consolidaba: PEDRAJAS MORENO, A., "Movilidad funcional y complementos...", op. cit. pag. 133. VINUESA ALADRO, A., *La clasificación...*, op. cit. pag. 208. A nivel jurisprudencial la STSJ del País Vasco de 22 de Octubre de 1992 (R.A. 5187), que contenía un voto particular, señalaba que "el mantenimiento de la retribución del art. 23.4 del ET... no alcanza a cobrar los concretos complementos de puesto de trabajo que se venían devengando..." Entre la jurisprudencia que permitía la pérdida de complementos por puestos cuando el cambio era solicitado por el trabajador, vid. entre otras: STCT 7 Mayo 1985 (R.A. 85). En la doctrina italiana LISO, F., *La mobilità del lavoratore...* op. cit. pag. 243, diferenciando según el cambio fuese hecho en interés del empresario, hecho que en ningún caso podría significar una rebaja de las percepciones del trabajador, o si el cambio fuese pactado en base a un acuerdo entre trabajador y empresario, hecho que determinaba que "la garantía de irreducibilidad de la retribución no tendría razón de ser como regla que determinase una excepción al principio de correspondencia entre las prestaciones".

formas, unas veces acudiendo al artículo 64 de la LCT, que preveía para estos casos una indemnización para el trabajador¹²³ en otras ocasiones acudiendo a la autonomía individual como medio de garantizar que el trabajador, a través del acuerdo pudiese percibir unos ingresos que, en su conjunto, no fuesen inferiores a los percibidos anteriormente¹²⁴, y ello sin olvidar aquellas propuestas consistentes en calcular las retribuciones en el puesto de inferior categoría en función de las percepciones medias de un período inmediatamente anterior al cambio¹²⁵.

Este panorama doctrinal y jurisprudencial va a facilitar la interpretación de ciertos problemas jurídicos presentes en la regulación actual. En cualquier caso, deben reproducirse aquí las argumentaciones que se realizaron a la hora de analizar la garantía retributiva en el "ius variandi", es decir, el principio de equivalencia en las prestaciones impone que tras el ejercicio de la movilidad funcional descendente el trabajador mantenga su cuantía retributiva "global", que no la cuantía específica prevista para determinados complementos si estos ya no se perciben en las nuevas funciones.

Si el trabajador debe mantener la retribución de origen, ello supone que será la categoría de origen la utilizada como módulo de cálculo de los complementos extracategoriales¹²⁶, y por extensión el trabajador puede beneficiarse de los sucesivos aumentos salariales fijados para su categoría profesional¹²⁷. Y ello merece especial atención. La garantía retributiva del artículo 39.3 del ET no prescinde de la categoría profesional pactada como límite funcional al "ius variandi in peius" y como módulo de referencia en el cálculo de las cuantías salariales. "*Retribución de origen*" se identificará con aquella retribución correspondiente a la categoría profesional inicialmente pactada o que haya sido fruto de un acuerdo modificativo, y, en una cadena de cambios funcionales, la categoría a la que se vincule una mayor retribución.

El que la garantía retributiva del "ius variandi in peius" se resuelva mediante una excepción (mantenimiento de la retribución de origen) a la regla general (retribución conforme a las funciones efectivamente realizadas) reabre nuevamente el problema de

¹²³.- MONTOYA MELGAR, A., "Poder del Empresario...", op. cit. pag. 188. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 194.

¹²⁴.- VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 43.

¹²⁵.- VINUESA ALADRO, A., *La clasificación...*, op. cit. pag. 208.

¹²⁶.- VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 42.

¹²⁷.- VINUESA ALADRO, A., *La clasificación...*, op. cit. pag. 208.

aqueellos casos en que la funciones inferiores pasen a estar retribuídas a través de una cuantía más alta que las precedentes. Ante esta situación GIUGNI puso de manifiesto que no sería admisible que la mayor ganancia obtenida por el trabajador en la categoría de naturaleza inferior fuese valorada a los efectos de disminuir la entidad de la retribución fija previamente percibida. En este sentido la garantía retributiva del "ius variandi in peius", por un lado impide absorciones o compensaciones entre partidas categoriales y extracategoriales, y por otro lado opera como una norma imperativa reputándose nulas las cláusulas convencionales que pretendan hacer dispositiva dicha garantía¹²⁸. En este sentido, la fijación individual de una indemnización preestablecida para cuando se realicen funciones inferiores, tampoco podrá interpretarse como una admisión incondicional de la facultad de imponer tales funciones¹²⁹. Por tanto, no siempre que se encomienden funciones inferiores el trabajador mantendrá su retribución de origen, como parece desprenderse del artículo 39.3 del ET, sino que ello se producirá siempre y cuando las funciones inferiores estén retribuídas en una cuantía más baja que la precedente.

Por lo que se refiere a la estructura salarial que el trabajador debe tener tras el ejercicio de la movilidad funcional descendente, resulta prácticamente unánime la solución doctrinal posterior a la reforma de 1994 de interpretar el término "retribución" como un concepto lo suficientemente amplio como para comprender en él tanto el salario base como cualquier clase de complementos salariales sin ningún tipo de distinción¹³⁰. Por otra parte, y aunque

¹²⁸.- GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto...*, op. cit. pag. 366. Se trata ésta de una posición que acogió VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 42 y del mismo autor "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 119. CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 195, señalaba cómo con la regulación anterior llegaba a idéntica conclusión puesto que, pese a que con la regulación del DOS ciertos complementos asumían la naturaleza de funcionales, no era "sin embargo éste el esquema mental del que parte el legislador al regular la institución del "ius variandi", sino el opuesto...". Sobre el carácter irrenunciable: ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 204

¹²⁹.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 323.

¹³⁰.- CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 253: "la retribución de origen es un término suficientemente claro y amplio para garantizar al trabajador que su economía no va a sufrir ninguna merma por un acto que se le impone en bien de la empresa". SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV. *La reforma del estatuto...*, op. cit. pag. 74, para quien "el trabajador seguirá manteniendo el derecho a las retribuciones básicas y aún complementarias (inclusive las vinculadas al puesto de trabajo anterior) correspondientes a las funciones superiores contratadas". ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 204, entiende lo mismo: "A la vista pues de que el art. 39.3 se refiere no ya a la retribución de la categoría pactada, sino en general a la retribución de origen, bien puede interpretarse que a partir de tal expresión es defendible el mantenimiento de la totalidad del salario del trabajador, con independencia de a qué conceptos se refiera, habida cuenta también de la complejidad que pueden tener las estructuras salariales, máxime ahora que incluso pueden ser establecidas por acuerdo individual". MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 129, y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag.

sea tímidamente, la jurisprudencia está acogiendo esta interpretación¹³¹.

En esta línea ciertos autores han defendido que el hecho de que la garantía retributiva prevista para el "ius variandi" siga configurándose como un mecanismo que el legislador establece para no sólo minimizar el perjuicio que se pueda causar al trabajador, sino para impedir la percepción global de una cuantía salarial inferior, permite concluir que la garantía retributiva del "ius variandi in peius" supone una excepción a las reglas convencionales sobre la consolidación o no de ciertos complementos salariales fijadas por el artículo 26.3 del ET¹³².

Sin embargo otro sector de la doctrina se ha mostrado proclive a admitir que tras el ejercicio de la movilidad funcional descendente podrían perderse complementos salariales. Para esta línea doctrinal dos serían los argumentos en que se fundamentaría la pérdida de complementos: el primero de ellos, porque no tendría sentido mantener los complementos

352, señalando que: "La actual formulación legal tiene mayor precisión que la anterior, al invalidar de raíz cualquier interpretación que pretendiera excluir de dicha retribución, en razón de su carácter legalmente no consolidables, los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo o a la situación o resultados de la empresa cuando en la negociación colectiva o en el contrato de trabajo no se hubieran pactado expresamente su consolidación", GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 226, señalando que "el trabajador mantendrá íntegra su retribución de origen, sin merma por razón de complementos de índole funcional". ALEMAN PAEZ, F., "La nueva clasificación...", op. cit. pag. 236, indica que: "La retribución de origen ha de interpretarse referida a la retribución íntegra, incluidos complementos de puesto de trabajo, o a la retribución media ponderada si se trata de salario a comisión. Y el mismo *El encuadramiento...*, op. cit. pag. 319, acaba añadiendo que: "La aplicación del principio de equivalencia de las prestaciones cede aquí en favor de la irreducibilidad del tratamiento salarial del que fuera objeto el trabajador con anterioridad al cambio de funciones".

¹³¹.- Vid. STSJ Valencia de 19 de Septiembre de 1995 (R.A. 3434) donde se señala: "La participación del trabajador en el tronco de propinas como el complemento de productividad fijado también sobre dicho tronco en la parte retenida por la Empresa, forma parte de la retribución del trabajador que deber ser respetada en caso de movilidad descendente según lo expresamente instituido...en el art. 39.3 del Texto refundido de Ley del E.T. aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/95 de 4 de marzo".

¹³².- Me estoy refiriendo a la posición de CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones...*, op. cit. pag. 35, para quien el mantenimiento de la retribución de origen supone un mandato legal que implica el establecimiento de una excepción no sólo a la regla general del propio art. 39.3 (la retribución correspondiente a las funciones realizadas) sino también la regla igualmente de alcance general del art. 26.3 (remitiendo a la negociación colectiva de determinación del carácter consolidable o no de ciertos complementos y fijando supletoriamente una presunción de no consolidación). "Mientras que la primera regla del art. 39.3 y el artículo 26.3 se refieren a los supuestos de movilidad funcional ordinaria, de duración temporal indefinida, la segunda regla del art. 39.3 está referida a supuestos de movilidad funcional excepcional, de carácter provisional, y contiene un mandato taxativo e inequívoco en orden al mantenimiento de la retribución de origen". Señala ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "La reforma del régimen...", op. cit. pag. 37, que el art. 39.3 contiene una excepción legal a las reglas sobre la consolidación previstas por el art. 26.3 del ET. Por su parte, entienden RAMIREZ MARTINEZ, R., y ALFONSO MELLADO, C., *El salario*, op. cit. pag. 41, que en la retribución de origen deberán mantenerse los complementos por calidad y cantidad.

en el caso de desempeño de funciones inferiores y en cambio perderlos en el caso de desempeño de funciones superiores (en que la norma dice claramente que el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las "*funciones*"); y el segundo argumento, porque puede llevar al absurdo mantener la retribución de origen en los casos en que ésta no comprendiese ningún complemento y por ello no tener derecho el trabajador a las eventuales mejoras complementarias correspondientes al puesto inferior. Por todo ello, la consolidación o no de los complementos vendrá resuelta no por el artículo 39.3 del ET sino por el artículo 26.3 del mismo texto legal¹³³.

A mi entender, y tal como ya he venido señalando en este punto, la pérdida o no de complementos salariales (tales como los de puesto de trabajo, o los de situación y resultado de la empresa) tras el ejercicio de la movilidad descendente estará en función de si existe la posibilidad de que sean percibidos en las nuevas funciones (en cuyo caso se mantendrán), o no, pues de lo contrario supondría admitir la pervivencia de complementos salariales sin que existiese una causa objetiva para su percepción. Todo ello sin perjuicio del mantenimiento por otros mecanismos, y en todo caso, de la cuantía retributiva originaria "global".

En otras palabras, a la hora de cuestionarse sobre lo que debe entenderse por "*retribución de origen*", hay que tener presente que en la estructura del salario existen determinados complementos, tales como los percibidos en función de la situación y de los resultados de la empresa, que no se consolidan cuando el trabajador desempeña funciones inferiores, porque de hecho, se trata de complementos que por su propia naturaleza, ni siquiera podrían conseguirse en las funciones originarias si las mismas no se desarrollaban bajo unos determinados parámetros cualitativos. En tales casos por "*retribución de origen*" habría que entender el aspecto cuantitativo de la misma y no el cualitativo, es decir, si los anteriores complementos desaparecen en las nuevas funciones, o si los previstos para las mismas son complementos de la misma naturaleza, aunque retribuidos en una cuantía inferior, cabría respetar la cuantía global que desde el punto de vista retributivo recibía el trabajador, y ello mediante mecanismos tales como la creación de complementos personales y transitorios, que desplegarían sus efectos hasta que la cuantía de los nuevos complementos hubiera alcanzado la de los anteriores.

¹³³.- Cfr. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., "Flexibilidad interna: Movilidad funcional, geográfica y modificación de condiciones de trabajo", 2ª Ponencia presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 24 y 25 de Mayo de 1996. Libro en prensa, pag. 26.

2.- LA GARANTÍA FRENTE AL DESPIDO.-

2.1.- Origen y fundamento.-

La garantía frente al despido fue defendida por cierta doctrina anterior a la reforma de 1994 la cual interpretó que bajo la genérica fórmula del anterior artículo 39 del ET, exigiendo la salvaguarda de "*los derechos profesionales*" del trabajador, se encontraba el derecho a la conservación del empleo, no pudiendo el empresario alegar ineptitud del trabajador movilizado en las nuevas funciones para justificar la extinción del contrato por causas objetivas¹³⁴.

El actual artículo 39.3 del ET dispone: "*No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional*". Con ello el legislador recoge una regla que es de aplicación en los casos de movilidad funcional ordinaria (como consecuencia del poder de dirección)¹³⁵ y de movilidad funcional extraordinaria (como consecuencia del "ius variandi" empresarial)¹³⁶ y por tanto éste debe ser el valor otorgado a los términos "*funciones distintas de las habituales*".

El que las nuevas funciones vengan calificadas con el adjetivo de "distintas" por comparación a las precedentes, permite afirmar que la garantía frente al despido despliega sus efectos tanto en aquellos casos en que las nuevas tareas respondan a una especificación de la prestación debida, como en aquellos otros en que resultan de una variación unilateral del contenido de la prestación inicial.

En cualquier caso el punto de referencia del cambio funcional que impedirá el recurso al despido serán las "funciones habituales", habitualidad que en este sentido debe identificarse

¹³⁴.- SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional" en AA.VV. *Comentarios a las leyes...*, op. cit. pag. 31. RIVERO LAMAS, J., "La modificación de condiciones de trabajo en la práctica ...", op. cit. pag. 342. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 661.

¹³⁵.- MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 539 parece circunscribir este límite unicamente a los supuestos de movilidad funcional ordinaria.

¹³⁶.- Resulta ser una postura unánime, sirva de ejemplo entre otros autores: ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 144. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 73 y 96 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 324 y 335. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 838. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional en la empresa...", op. cit. pag. 717. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 243.

con contractualidad de las mismas. Lo que la norma impide es que una decisión de movilidad funcional justificada y permitida en interés del empresario pueda servir como causa de extinción de la relación en perjuicio del trabajador. Se trata de evitar por un lado la creación de una causa extintiva privilegiada que no sería posible invocar si el trabajador desempeñara sus funciones iniciales, y por otro lado se evitan también eventuales mecanismos fraudulentos consistentes en un ejercicio de la movilidad funcional con vistas al despido indirecto del trabajador¹³⁷.

No existirían especiales inconvenientes en entender que la garantía frente al despido constituye una manifestación de la promoción y la formación profesional en el trabajo¹³⁸. En este punto debe destacarse que la norma no introduce en propiedad un verdadero y auténtico límite a la movilidad funcional, sino una garantía a favor de los trabajadores afectados por la decisión empresarial. Mientras los límites despliegan su eficacia en el propio acto de la movilidad, esta garantía despliega su efecto en un momento posterior¹³⁹.

Como ya viniera a indicar CRUZ VILLALON, en cuanto que el trabajador presta una serie de tareas que no son las suyas habituales no se puede esperar de su cumplimiento un rendimiento óptimo ni una perfección en los resultados idéntica a la exigible en una situación de normalidad. No se puede esperar que el trabajador cumpla con los niveles de diligencia normales, teniendo presente todas las dificultades propias de la adaptación a un puesto de trabajo que resulta nuevo en su actividad¹⁴⁰.

¹³⁷. - MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 539. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 243. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 97 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 336, para quien la actuación normativa aparece recomendable sobre todo a la luz del proceso de paulatina desvalorización del principio de estabilidad en el empleo.

¹³⁸. - CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones...*, op. cit. pag. 35. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional..." op. cit. pag. cit. 243. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 224. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional..." op. cit. pag. 196. Para esta autora la defensa de la formación profesional se produce mediante la prohibición legal de que exista una extinción por falta de adaptación al nuevo puesto, cuando lo que se ejerce por parte de la empresa es una facultad de cambio que no le obliga en ningún momento a poner a disposición del trabajador los medios adecuados para lograr aquella.

¹³⁹. - RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 717. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 243, SOUTO PRIETO, J., "Movilidad funcional (funciones equivalentes, inferiores y superiores)", op. cit. pag. 166.

¹⁴⁰. - Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 189. Como señala ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 322, el fundamento de dicha garantía frente al despido es evitar la extinción del contrato por un desfase o inhabilitación profesional del trabajador que le impide alcanzar el rendimiento normal correspondiente a su anterior categoría. En el mismo sentido GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 343. Entiende además este autor que si no es previsible,

Queda por determinar si con esta posición el legislador está adoptando una tutela dinámica de la profesionalidad del trabajador (pretendiendo con ello que la capacidad del mismo se enriquezca y mejore), o si por el contrario el precepto acoge una tutela estática de la profesionalidad (a través de un límite a la posición empresarial respecto de la plena disponibilidad de la fuerza de trabajo), impidiendo el perjuicio a la capacidad profesional del trabajador¹⁴¹. En este sentido ambas posiciones pueden ser acogidas. Desde el punto de vista de la tutela estática de la profesionalidad, la norma impide que el trabajador sufra el más grave perjuicio (la extinción del vínculo contractual) por causas a él no imputables y en beneficio del empresario. El trabajador, con dicha previsión legal quedaría cubierto frente a un ejercicio exorbitante del poder de dirección empresarial, impidiendo con ello un ejercicio arbitrario del mismo¹⁴². Desde el punto de vista de la tutela dinámica de la profesionalidad, la norma impone implícitamente, tras desechar la fórmula del despido objetivo, el que el empresario ejercite su poder de dirección o de variación hasta encontrar las funciones más idóneas para la aptitud del trabajador afectado¹⁴³.

2.2.- La problemática de las causas de despido objetivo alegables. El estudio del nexo de causalidad .-

Dos van a ser las materias objeto de estudio en este párrafo. La primera de ellas se circunscribirá al análisis de las causas de despido objetivo a que se refiere el artículo 39.3 del ET y que no podrán alegarse para dar por extinguido el vínculo contractual. La segunda de las materias a analizar será el nexo causal que condiciona la aplicación de la garantía frente al despido del artículo 39.3 del ET, de modo que no cabrá invocar las causas de despido objetivo cuando la ineptitud o la falta de adaptación sea "*como consecuencia de la movilidad funcional*".

por la brevedad de la asignación de las nuevas funciones, una plena compatibilidad de las aptitudes técnicas del trabajador, debiera atenuarse la diligencia con que se mide la prestación.

¹⁴¹.- CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., "La tutela de la profesionalidad del trabajador...", op. cit. pag.

¹⁴².- FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma laboral de 1994", op. cit. pag. 106.

¹⁴³.- Como indicara CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 189, la incapacidad técnica parcial o relativa del trabajador considerado aisladamente no es suficiente para negar el "ius variandi", pero sí es un índice lo suficientemente importante como para obligar al empresario a designar a otro trabajador con posibilidades de realizarlo con perfección superior. Este modelo de movilidad, dirigida a que el empresario cambie de funciones al trabajador que se haya disminuido en su capacidad, es para ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 322, la movilidad impuesta a modo de garantía y por vía negativa en el art. 39.3 del ET cuando impide invocar las causas de despido objetivo tras la movilidad funcional.

La imbricación que se produce entre las mismas exige un tratamiento unitario. El que el artículo 39.3 del ET sitúe de modo alternativo la causa objetiva del artículo 52 a) junto con la causa objetiva del artículo 52 b), impone por de pronto la primera conclusión y es que únicamente serán estas dos causas las que no cabrá invocar tras la movilidad funcional para justificar el despido objetivo del trabajador¹⁴⁴.

No hay mención por tanto a la tercera o a la cuarta de las causas objetivas previstas en el artículo 52, de modo que el artículo 39.3 podría no tutelar un supuesto de hecho en que, como consecuencia de la movilidad funcional, el trabajador fuera destinado a realizar unas nuevas funciones correspondientes a un puesto de trabajo, surgiendo posteriormente la necesidad objetivamente acreditada de amortizarlo. Sin embargo, supuestos de este tipo permitirían apreciar en su caso, pese a la ausencia de expresa previsión legal, la existencia del fraude de ley. En cambio, esa es una hipótesis prácticamente impensable en relación con la cuarta causa objetiva: inasistencias, aun justificadas, al trabajo.

a) La imposibilidad de invocación de la "*causa de despido objetivo de ineptitud sobrevenida*".

La redacción del artículo 39.3 no es del todo coincidente con la causa objetiva prevista en el artículo 52 a) del ET. Dicho precepto señala que el contrato podrá extinguirse "*por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento*".

En este sentido, la regla del artículo 39.3 del ET podría integrarse implícitamente en el seno del artículo 52 a) del ET, de modo que tanto la ineptitud originaria existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba como la ineptitud del trabajador sobrevenida tras el período de prueba y tras efectuarse la movilidad funcional, no podrán

¹⁴⁴. - DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 46; concluye este autor en que: "En realidad estamos ante una limitación del ámbito material de aplicación del art. 52 del ET". SENRA BIEDMA, R., "Promoción profesional...", op. cit. pag. 21, extiende estas causas al supuesto en que son varios los trabajadores afectados, de modo que el trabajador movilizado funcionalmente que realice como consecuencia de ello funciones distintas a las habituales, no podrá ser despedido por la modalidad del despido individual "o plural objetivo de ineptitud o falta de adaptación al puesto de trabajo (supuestos a y b) del art. 52)".

utilizarse para justificar el despido¹⁴⁵.

El artículo 52 b) del ET, establece para la causa objetiva de despido consistente en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, un procedimiento más garantista desde el punto de vista del respeto al principio de estabilidad en el empleo (procedimiento que será estudiado a continuación). A la cuestión acerca de si dicho procedimiento podría aplicarse analógicamente pese a que el empresario no pueda invocar la causa de despido prevista en el artículo 52 a), no parece que existieran graves inconvenientes, como ya defendiera con anterioridad a la reforma cierta doctrina. De hecho, tanto la realización de funciones distintas a las habituales como consecuencia de la movilidad funcional, como la realización de funciones distintas derivada de una modificación técnica en el puesto de trabajo, derivan ambas de un cambio en las condiciones provocado por el empresario y pueden generar ambas a su vez una ineptitud sobrevenida en el trabajador. De este modo, "ante la ineptitud del trabajador ex artículo 39 jugaría, como mínimo, el régimen jurídico del artículo 52 b) del ET, esto es, la razonabilidad del cambio, el período de adaptación de dos meses y el curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional en su caso"¹⁴⁶.

Sin ánimo de agotar esta causa objetiva de despido cabe sin embargo hacer, por lo que aquí respecta, ciertas matizaciones de interés. Una de ellas es que la ineptitud puede derivar

¹⁴⁵. - MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 721. Para CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional..", op. cit. pag. 244, en realidad parecería forzada la inclusión en el art. 52 a) del ET de la ineptitud para desempeñar un puesto distinto de aquél para el que el trabajador fue contratado, y a cuyo puesto es movilizado por un acto unilateral del empresario, pero en rigor, tampoco la literalidad de ese artículo permite rechazar la inclusión de esta hipótesis en su supuesto. De este modo la exclusión de él, que implica la garantía que analizamos, resulta así "esclarecedora y de indiscutible justicia".

¹⁴⁶. - Cfr. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios...*, op. cit. pag. 32. Señala este autor que es frecuente la práctica convencional que impone un período de adaptación profesional en el que el trabajador movilizado no podrá ser sancionado por causa de ineptitud en su nuevo trabajo. RIVERO LAMAS, J., "Las modificaciones...", op. cit. pag. 342, alcanzó la misma conclusión, señalando además que ello generaría la obligación previa del trabajador de adaptarse a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, cuando dichos cambios fueran razonables y hubieran transcurrido cuando menos 2 meses desde que se introdujo la modificación. Y, por lo que se refería a la razonabilidad del cambio, indicó que ésta no podía definirse en abstracto sino que dependería de la persona, edad, inteligencia etc. También por lo que se refiere a la razonabilidad del cambio MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 476, señala la existencia de cierta jurisprudencia del TCT que exigía el que los cambios respetasen los límites de la categoría o grupo profesional del trabajador (STCT 1-10-82 que no estima razonable destinar a un peón a tareas especializadas). DE SOTO RIOJA, S., "El contenido...", op. cit. pag. 46, crítica igualmente los términos absolutos utilizados por el legislador "sin que incluyan referencias temporales o de otra naturaleza" que determinasen una reducción del poder empresarial.

tanto de factores de tipo material (falta de conocimientos, aptitudes, capacidades, etc) como de factores de tipo formal (la falta de titulación derivada de la retirada definitiva del carnet de conducir a un chófer o de la licencia federativa a un jugador). En este punto debe recordarse que la titulación opera como auténtico límite que el artículo 39.1 circunscribe a la movilidad funcional ordinaria, pero que se extiende a las otras manifestaciones de la movilidad funcional.

Otra matización de interés es que, como ya vimos, uno de los rasgos definitorios del grupo profesional es que aglutine unitariamente las aptitudes profesionales y las titulaciones. Conviene señalar, no obstante, que el principio tuitivo reflejado por el artículo 39.3 en orden a la garantía frente al despido permite seguir una regla proporcional, de modo que cuanto más alejado esté el trabajador de sus aptitudes profesionales (definitorias de una categoría o de un grupo), se presume que menor será su capacidad y habilidad en el desempeño de las nuevas funciones y por tanto menores (y no mayores) las posibilidades efectivas de invocación de esta causa de despido.

Por lo que se refiere al estudio del nexo causal en estos casos, debe señalarse que inicialmente no cabrá invocar la causa de despido objetivo de ineptitud sobrevenida cuando ésta se deba a la realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional; de modo que, si se rompe el nexo de causalidad, es decir, si la ineptitud del trabajador que realiza funciones distintas de las habituales no es consecuencia directa de la movilidad funcional, será plenamente válida la alegación de la causa de despido; por tanto, si el trabajador se adaptó a su nuevo puesto de trabajo y con posterioridad sobreviene la ineptitud para el mismo, sería legítima la invocación de la causa de despido objetivo por ineptitud¹⁴⁷.

b) La imposibilidad de invocación de la causa de despido objetivo "*de falta de adaptación*".

¹⁴⁷.- RAMIREZ MARTINEZ, R., "La extinción por causas objetivas", en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*. Tomo IX vol. 1º Ed. Edersa, Madrid, 1983, pag. 268 y ss. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 661, entendió con la regulación precedente que el empresario no podría acudir, ante los deficientes resultados de la prestación de trabajo, al despido por disminución de rendimiento o por ineptitud, ya que faltaría en cualquiera de los dos supuestos la imputabilidad de la causa, la cual se expresa, en el primero, en el imprescindible requisito de la "voluntariedad de la disminución". En cualquier caso, si el trabajador impugnase judicialmente la decisión, ésta merecería la calificación de despido improcedente. Con la actual regulación y según RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 717, cabría aplicar el despido disciplinario si se alegara y probase un incumplimiento culpable en el nuevo puesto que nada tuviese que ver con una disminución del rendimiento por inadaptación a las nuevas tareas encomendadas.

La referencia a esta causa es una plasmación de la citada en el apartado b) del artículo 52 del ET "*por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo*".

Al igual que sucedía con la ineptitud del trabajador, la falta de adaptación prevista en el artículo 52 del ET, se diferencia de la establecida en el artículo 39 en la medida en que este último precepto introduce el elemento diferenciador de la movilidad funcional. Pero si dicho elemento era fácilmente salvable en el primer caso, encuentra dificultades en los supuestos de la alegación de la causa de falta de adaptación del trabajador tras el ejercicio de la movilidad funcional.

La descripción de la causa efectuada por el artículo 52 b) no es coincidente con la descripción realizada por el artículo 39.3. En el primero de los artículos se piensa en una falta de adaptación del trabajador derivada de las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, en tanto que en el segundo de los artículos se prescinde de cualquier mención a la exigencia de unas modificaciones técnicas y se exige imperativamente el cambio del puesto de trabajo¹⁴⁸.

La exigencia por parte del artículo 52 b) de que las modificaciones operadas en el puesto sean "*técnicas*" debe ser coordinada con la previsión causal que el artículo 39.2 del ET realiza en orden a la justificación causal de la movilidad funcional que impone también la concurrencia de "*razones técnicas*". Por tanto, el artículo 39.2 del ET delimita el ámbito de actuación del artículo 52 b) de modo que será causa de despido objetivo la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo. Y no cabrá invocar dicha causa de despido cuando la falta de adaptación al nuevo puesto de trabajo sea consecuencia de la movilidad funcional.

Sin embargo el juego conjunto de ambos preceptos conduce a toda una serie de problemas jurídicos, en concreto a tres:

a) No se resuelven aquellos casos en que las modificaciones técnicas operadas en un puesto de trabajo fuesen de tal calibre que ese mismo puesto llegase a configurarse como otro cualitativamente distinto. De entenderse que en este caso se ha producido un cambio de

¹⁴⁸.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 62, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 319. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 46.

puesto derivado de la movilidad funcional cabría admitir plenamente la garantía prevista por el artículo 39.3 del ET¹⁴⁹.

b) Tampoco se resuelven aquellos casos en que, efectuada la movilidad funcional del trabajador a un nuevo puesto de trabajo, éste último puesto sufre unas modificaciones técnicas a "posteriori" que impiden la adaptación del trabajador. Cabría entender que si el trabajador se adaptó tras efectuarse la movilidad a sus nuevas funciones y que es con posterioridad y tras la introducción de modificaciones técnicas cuando sobreviene la inadaptación, la causa de despido sí que sería invocable, al romperse el nexo de causalidad expresado bajo los términos "*como consecuencia de la movilidad funcional*".

c) Por último tampoco se da expresa solución jurídica a aquellos casos en que la movilidad funcional sea consecuencia de unas modificaciones técnicas operadas en el anterior puesto de trabajo. Si la garantía frente al despido impediría invocar la falta de adaptación del trabajador al nuevo puesto al ser ésta "*consecuencia de la movilidad funcional*", no sería éste el tratamiento legal aplicable en caso de acudir al artículo 52 b) del ET, pues en tal supuesto, la falta de adaptación sería consecuencia también "*de las modificaciones técnicas operadas en su (originario) puesto de trabajo*".

En concreto, este último supuesto introduce serios problemas a la hora de delimitar con precisión el nexo causal que justificaría la aplicación de la garantía frente al despido. En este sentido, cierta doctrina ha puesto de manifiesto la presencia de una hipótesis jurídica de efectos discutibles en la medida en que puede provocar "más males que bienes pese a sus buenas intenciones"¹⁵⁰. Esta hipótesis consiste en que la empresa puede decidir la introducción de unas modificaciones técnicas en un puesto de trabajo, y ante la previsión de que el trabajador se viera dificultado en su adaptación, podría ejercitar la movilidad funcional del mismo cambiándolo de puesto. De resultar el trabajador inepto en el nuevo puesto de trabajo, la empresa no podría despedirlo por ineptitud, opción que sí tenía de haber

¹⁴⁹.- CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 244. Sin embargo ha existido una jurisprudencia, iniciada con la STCT de 29 de Junio de 1988 (R.A. 4347), y seguida por ejemplo por la STSJ de Cataluña de 21 de Octubre de 1991 (R.A. 5663) que ha entendido que "la modificación de los medios para realizar la actividad laboral no implica modificación de la categoría laboral".

¹⁵⁰.- Cfr. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional..." en AA.VV. *La reforma del...*, op. cit. pag. 72. Han aludido a esta hipótesis: CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 245. MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 599. SOUTO PRIETO, J., "Movilidad funcional (funciones equivalentes, inferiores y superiores)", op. cit. pag. 167. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 46.

mantenido al trabajador en el puesto modificado si no se adaptara a él. Ello puede generar a la larga el aumento del recurso empresarial al despido por ineptitud frente a eventuales movilidades funcionales del trabajador inepto¹⁵¹.

A ello cabe decir que el principio de conservación del empleo que parece latir en el precepto impide el uso extensivo de las facultades extintivas empresariales por falta de adaptación. Limita la facultad empresarial de presumir que el trabajador no tendrá la capacidad suficiente para adaptarse a los cambios técnicos en un doble sentido: condicionando la decisión del empresario a un procedimiento garantista (art. 52 b)), y facilitándole el recurso a la movilidad funcional¹⁵².

El legislador lo que pretende precisamente es fomentar el recurso a la movilidad funcional (en su doble opción de "ius variandi y poder de dirección) como mal menor ante la pérdida del puesto de trabajo y limitar con ello el uso excesivo del despido por causas objetivas. La técnica consiste en acoplar a los trabajadores que ven involuntariamente disminuida su aptitud a otros puestos de trabajo impidiendo con ello (que no fomentando) el recurso al despido. Como ya indicara PEREZ ESPINOSA, la supresión del "ius variandi" (expresión de un tipo de movilidad funcional) únicamente llevaría a facilitar, en lugar de a evitar, que los trabajadores afectados por una disminución involuntaria de su rendimiento perdieran su puesto de trabajo¹⁵³.

¹⁵¹.- El planteamiento doctrinal de este problema deriva de la técnica jurídica utilizada por el legislador. En principio el art. 39.3 del ET no reconoce, a diferencia de lo que hace el art. 36.4 a la hora de regular el trabajo nocturno, un derecho del trabajador a ser destinado a un puesto de trabajo para el que sea profesionalmente apto en aquellos casos en que su aptitud se vea disminuida. Sin embargo, tanto en uno como en otro precepto late el principio de conservación del empleo. En el art. 36.4 viene justificado en base a la tutela de la salud del trabajador y se manifiesta otorgándole un derecho a solicitar un cambio de puesto (también el art. 23, como expresión de la promoción y formación profesional del trabajador reconoce a éste otros derechos específicos). Del mismo modo el art. 52 b) reconoce toda una serie de mecanismos de adaptación (razonabilidad del cambio, suspensión del contrato, ofrecimiento de un curso de perfeccionamiento, percepción de salarios). De ello se deduce por una parte que también los requisitos procedimentales previstos en el art. 52 b) (al igual que sucedía en los supuestos de ineptitud del trabajador) serán exigibles en los casos de falta de adaptación del trabajador como consecuencia de la movilidad funcional. Y también por ello resultan plenamente válidas las cláusulas convencionales que introduzcan períodos de adaptación de los trabajadores a los nuevos puestos de trabajo y aquellas que prevean mecanismos de subsanación frente a la falta de adaptación del trabajador al nuevo puesto.

¹⁵².- Art. 5 del CC Estatal de Empresas Metalográficas y de Fabricación de Envases Metálicos (BOE nº 228, 23 de Septiembre de 1993), en virtud del cual si transcurrido el período de adaptación de los trabajadores al nuevo puesto de trabajo, no se hubiera alcanzado al menos el rendimiento mínimo, se investigarán las causas, y se tendrán en consideración los siguientes elementos de juicio: formación adecuada, experiencia necesaria, acomodación al puesto de trabajo, cambios en los factores de medio ambiente etc... determinando, si procede, el traslado a otro puesto de trabajo.

¹⁵³.- Cfr. PEREZ ESPINOSA, F., "Organización del trabajo...", op. cit. pag. 195.

3.- EL RESPETO A LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR EN LA MOVILIDAD FUNCIONAL.-

3.1.- Planteamiento general y antecedentes.-

Señala el párrafo 3º del artículo 39 que la movilidad funcional "*se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador*". La dignidad es un concepto jurídico indeterminado sobre el que ha recaído una copiosa jurisprudencia (siendo destacable la del TC) y sobre el que la doctrina ha elaborado numerosos estudios.

La dignidad queda configurada como un derecho fundamental en la propia C.E. de modo que según el artículo 10.1 de la Carta Magna la dignidad de la persona constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. En este orden de cosas cabe destacar la existencia de La Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/82 de 5 de mayo).

El ET alude a la dignidad del trabajador en varios de sus preceptos, mereciendo especial relieve la mención que realiza el artículo 4.2, e) según el cual en la relación de trabajo "*los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*". La dignidad y la intimidad del trabajador constituyen a su vez sendos límites a actuaciones que frente a su persona o sus pertenencias pueda efectuar el empresario (art. 18 ET). Por último, la dignidad humana también aparece como límite al poder de vigilancia y control del empresario (art. 20.3 del ET).

Cuando la conducta empresarial vulnere tal dignidad y constituya por tanto una actitud vejatoria o depresiva para el trabajador, el ordenamiento jurídico otorga a éste la posibilidad de solicitar la extinción de su contrato de trabajo (art. 50.1 a) ET) percibiendo la indemnización prevista para el despido improcedente.

El propio TC en su sentencia 53/85¹⁵⁴ entendió que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.

¹⁵⁴.- De 11 de abril de 1985 (BOE de 18 de Mayo), F.Jº 8.

Otros derechos fundamentales aparecen íntimamente ligados a la dignidad. Tal es el caso del derecho al honor, a la intimidad, o a la propia imagen (art. 18.1 CE), algunos de los cuales han sido entendidos por el TC como expresiones del concepto genérico de dignidad.

Dentro de este marco, el artículo 39 del ET impone el respeto a la dignidad del trabajador en el ejercicio de la movilidad funcional. Con ello el legislador concreta y especifica aquella inespecífica mención que realizara el precedente art 39 del ET el cual utilizaba los términos "*derechos profesionales*", que introducía un cierto grado de ambigüedad, dada la indeterminación de esos derechos profesionales.

En primer lugar, cabía una interpretación amplia en virtud de la cual todos los derechos profesionales enumerados en el artículo 4.2 del ET constituían un límite a la movilidad funcional (el derecho a la ocupación efectiva, a la promoción y formación profesional en el trabajo, a la no discriminación, a la integridad física, y a una adecuada política de seguridad e higiene, al respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad, al pago puntual del salario, a accionar procesalmente y a cuantos otros que se deriven específicamente del contrato de trabajo). Sin embargo no fue ésta la interpretación que acogió la doctrina debido a la obviedad que suponía el que todos esos derechos constituyeran de por sí límites a la movilidad funcional por ser inherentes al trabajador en toda relación jurídico-laboral.

Las posiciones doctrinales se dividieron entre aquellos autores que interpretaron (restrictivamente) que "*los derechos profesionales*" venían referidos al respeto a las reglas sobre clasificación profesional, trabajos de categoría superior e inferior, y ascensos¹⁵⁵, y aquellos otros autores que entendieron (extensivamente) que dicha expresión pretendía tutelar la profesionalidad del trabajador, la cual se plasmaba en tres derechos específicos: la conservación del empleo, la promoción y la formación profesional, y la dignidad personal del trabajador¹⁵⁶. En virtud de esta segunda interpretación, los derechos profesionales del trabajador podían quedar tutelados incluso en aquellas ocasiones en las que, aún respetando

¹⁵⁵.- ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. 11ª ed. Univ. Complutense. Madrid, 1990, pag. 218.

¹⁵⁶.- SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios a las leyes...*, op. cit. pag. 29. RIVERO LAMAS, J., "Las modificaciones...", op. cit. pag. 341. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 661. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 29, para quien estaba claro que los derechos profesionales constituían un requisito adicional y diverso al de la pertenencia al grupo profesional. Para MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral...", op. cit. pag. 771, a través de la vía de los derechos profesionales, la preservación de la profesionalidad del trabajador se constituía como un límite específico para la movilidad funcional, tanto horizontal como vertical.

el grupo o incluso la categoría profesional, resultase dañado el interés profesional del trabajador en razón a las nuevas funciones encomendadas. Con esta interpretación, los tres derechos profesionales antes mencionados quedarían salvaguardados en todo momento, se traspasaran o no los límites funcionales del poder de dirección o del "ius variandi".

El actual artículo 39.3 del ET ha recogido de manera expresa la segunda de las interpretaciones doctrinales, de modo que tanto la dignidad del trabajador, que ahora nos ocupa, como la promoción y la formación profesional y la conservación del empleo van a constituir límites a la movilidad funcional en sentido amplio (como expresión del poder de dirección y como expresión del "ius variandi")¹⁵⁷ y ello tanto si se respetan, como si no, los límites funcionales de la categoría profesional equivalente o del grupo profesional. Es decir, podrá darse el caso de una movilidad funcional ordinaria (horizontal) en el seno de una categoría profesional que vulnere la dignidad del trabajador, y casos en que una movilidad extraordinaria (vertical), aún cumpliendo la exigencia de la causalidad y la temporalidad, vulnere también el derecho a la dignidad. Por lo tanto, la dignidad del trabajador constituye un límite para todo tipo de movilidad funcional e incluso para aquella que respete los límites funcionales de su ejercicio¹⁵⁸.

3.2.- La dignidad del trabajador como límite a la movilidad funcional.-

La dignidad del trabajador como manifestación del derecho fundamental a la dignidad de

¹⁵⁷.- Este es unánimemente la interpretación doctrinal posterior a la reforma de 1994. Entre otros autores: ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 144. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 836. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 538. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. y 202. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 73. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 242. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 714. SENRA BIEDMA, R., "Promoción profesional...", op. cit. pag. 27. CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 27. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 93, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 334. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 44. FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 105.

¹⁵⁸.- Vid. en el derecho francés: RAY, J.E., "La mobilité du salarié, aspects individuels", op. cit. pag. 438. Este ordenamiento jurídico diferencia en materia de modificación del contrato de trabajo entre modificaciones sustanciales (que exigen un acuerdo con el trabajador) y no sustanciales (que no exigen el acuerdo del trabajador ya que, al formar parte de la prestación debida, el empresario puede imponerlas a través del poder de dirección). De modo que ante la cuestión de qué ocurre para el caso de que la movilidad funcional afecte a la dignidad del trabajador, la doctrina se ha mostrado proclive en señalar que la solución última dependerá de la propia persona del trabajador, de modo que de no afectar a su dignidad no se exigirá ningún tipo de acuerdo novatorio, pero de quedar ésta afectada, sí que se exigiría.

la persona y como derecho del trabajador recogido en el artículo 4 2 e) del ET constituye de por sí un derecho que todo trabajador posee en el seno de la relación jurídico-laboral y por tanto pese a que el artículo 39.3 del ET no hubiera hecho mención del mismo, sería de directa aplicación.

Así pues, como ha indicado DEL REY, en sentido estricto, no habría sido necesaria su explícita consideración. Si se hace es por dos razones: la primera porque quiere acentuarse su carácter inmediato de límite a la movilidad funcional, manifestando su paso de límite genérico constitucional a límite directo de la movilidad funcional, aún sin romper esa vinculación constitucional; y la segunda porque se quiere despejar cualquier duda respecto a su eficacia inmediata y su garantía sustancial y procesal¹⁵⁹.

En cualquier caso la operatividad de la dignidad del trabajador como límite a la movilidad funcional no deja de plantear problemas, sobre todo a la hora de su determinación y ello porque exige una valoración de las consecuencias del cambio sobre los aspectos personales y profesionales del afectado¹⁶⁰. Así, desde el punto de vista profesional el respeto a la dignidad pretende proteger el patrimonio profesional del trabajador, en definitiva su profesionalidad¹⁶¹.

El concepto de dignidad es un concepto escurridizo y subjetivo, que dependerá no sólo de la conciencia social del momento sino de la apreciación personal del trabajador afectado y de las repercusiones sociales que pueda originar su cambio de puesto¹⁶². El que se separe

¹⁵⁹.- Cfr. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 198

¹⁶⁰.- MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del trabajo*, op. cit. pag. 538.

¹⁶¹.- DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 44. Para ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 323, la "ratio essendi" de este segundo supuesto fáctico consiste en proteger la "personalidad moral del trabajador".

¹⁶².- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 186: "En realidad, lo que sucede es que hoy en día ningún trabajo puede calificarse en sí mismo como intrínsecamente indigno. Todo lo más se podría hablar en estos términos respecto de determinadas labores que ya no se realizan en ningún caso porque han pasado a la historia, bien por haber desaparecido como tales o bien por haber sido sustituidas por la aparición de algunas máquinas". VINUESA ALADRO, A., *La clasificación profesional*, op. cit. pag. 177: "Nos encontramos ante un tema vidrioso y difícil de encajonar en unas reglas medianamente precisas. Ante todo debe quedar muy claro que ningún trabajo lícito y socialmente útil es indigno y, por tanto, es imposible relacionar ni siquiera aludir a unas tareas supuestamente degradantes para quien las realiza", MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 598. ALEMAN PAEZ, F., "La nueva regulación de la clasificación...", op. cit. pag. 237, señala que se trata de un concepto jurídico indeterminado de difícil concreción hermenéutica por la vaguedad e incluso vocación "iusnaturalista" del mismo. Adicionalmente, este autor indica *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 324 que la amplitud del concepto impide circunscribir de manera específica cuáles son aquellas conductas que atentan a la dignidad.

el ámbito personal del trabajador del profesional introduce por de pronto la primera variable, y es que el legislador parece diferenciar el derecho a la dignidad del trabajador de los derechos de formación, promoción profesional y de la protección frente al despido. En este sentido la dignidad del trabajador puede no circunscribirse única y exclusivamente a ser un límite frente a un perjuicio profesional¹⁶³, sino que abarcaría otras esferas del trabajador tales como la personal y la social.

No obstante la dignidad también puede asumir una doble vertiente de límite individual y a la vez colectivo, que exigirá una interpretación para cada caso concreto¹⁶⁴. Pese a que la dignidad del trabajador ha venido operando históricamente en aquellos casos en que el trabajador era objeto de un "ius variandi in peius" y si bien es cierto que el respeto a la dignidad adquirirá una más plena significación en los casos de movilidad funcional descendente, el actual artículo 39.3 del ET permite prescindir de esta herencia histórica¹⁶⁵.

Por todo ello, en aquellas ocasiones en que el trabajador sea objeto de una vejación como consecuencia de la asignación de una tarea insignificante, o se le degrade a niveles profesionales muy inferiores o se le prive de ocupación, no es que nos hallemos solamente en presencia de un atentado a la formación o a la promoción profesional, sino que adicionalmente se habrá vulnerado la dignidad del trabajador¹⁶⁶.

¹⁶³. - ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 202. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento...*, op. cit. pag. 323: "la dignidad como límite pierde entidad al englobarse bajo un mismo cuerpo semántico junto con la formación y la promoción profesional".

¹⁶⁴. - ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 324, pone de manifiesto esta doble vertiente individual y colectiva que abarca la dignidad como límite a la movilidad funcional. Desde el punto de vista individual habría que atender a la naturaleza del trabajo asignado, y desde el punto de vista colectivo, al posible menoscabo personal del trabajador en el ámbito social de la empresa.

¹⁶⁵. - La ubicación del respeto a la dignidad exclusivamente en los casos de "ius variandi in peius" había llevado a VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 319, a entender que: "la ejecución de tareas inferiores con carácter transitorio sólo excepcionalmente implica perjuicio o atentado a la dignidad del trabajador". Para GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 224, si bien atenta a la dignidad el ejercicio de la movilidad funcional que implique la asignación de un nuevo trabajo acusadamente inferior al anterior, dicho rigor se atenúa cuando se trata de funciones próximas a la alta dirección y el cambio es consecuencia de reorganizaciones del equipo directivo, tal y como dispone cierta jurisprudencia y entre otras, STSJ Madrid, de 19 de Octubre de 1993 (R.A. 4678) y STSJ de Galicia de 30 de Julio de 1993, (R.A. 3431).

¹⁶⁶. - Por lo que se refiere a otras actividades tales como la limpieza del puesto de trabajo y de las máquinas o utensilios señala VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 319, que tales tareas no tienen que constituir de por sí vejación, si bien otros supuestos son tan dispares que resultaría imposible obtener ni siquiera unas líneas básicas de actuación.

Los parámetros utilizados por la doctrina para calificar una situación como vejatoria y por tanto atentatoria a la dignidad del trabajador (criterios que se elaboraron a la hora de examinar el límite de la dignidad en el "ius variandi in peius") pueden resultar plenamente válidos en la concepción actual. Por tanto, y pese a que nos encontramos ante un concepto jurídico de difícil configuración, serán criterios para la determinación de un posible perjuicio a la dignidad del trabajador: a) por un lado la valoración comparativa de la entidad de las nuevas tareas encomendadas con las que tenía inicialmente asignadas el trabajador¹⁶⁷; b) por otro lado el enjuiciamiento de la posición personal y profesional en la que ha quedado el trabajador con las nuevas funciones¹⁶⁸; c) y en tercer lugar la presencia o no de una voluntad empresarial tendente a humillar, vejar u ofender al trabajador¹⁶⁹ habida cuenta que la buena fe contractual ha sido exigida por la jurisprudencia del TC como presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

Tratamos, en definitiva, de dotar de una cierta sistematicidad a la multiplicidad de criterios que ha venido utilizando la jurisprudencia¹⁷⁰.

3.3.- La dignidad del trabajador como derecho fundamental del trabajador en el contrato de trabajo.-

¹⁶⁷.- Tal y como indica la STS de 7 de Julio de 1983 (R.A. 3730): "El menoscabo de la dignidad debe ser interpretado en el sentido de resultar un agravio para el trabajador que llevando a cabo determinadas actividades es relevado de ellas y encargado de otras menos cualificadas..."

¹⁶⁸.- VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 34. En el mismo sentido VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 318. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 336, hablaba en este punto de la "posición moral" entendida como un término de comparación entre las funciones de naturaleza diferente cuya ejecución podía comportar una diversa consideración social en la comunidad de trabajo o en el ambiente en que vivía el trabajador.

¹⁶⁹.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 188, señalando a su vez que no debe confundirse el atentado a la dignidad del trabajador con los tratamientos discriminatorios. Al respecto cabe citar la STCT 24 de Enero de 1985, (R.A. 4204) : "El menoscabo a la dignidad exige la existencia de una actitud empresarial que...sea claramente vejatoria o, al menos atente abiertamente sobre este derecho que todo trabajador tiene reconocido en el apartado 1 e) del art. 4 del propio ET)" .

¹⁷⁰.- Así por ejemplo la STSJ Canarias 30 diciembre 1993 (R.A. 5328) o STSJ Castilla y León, 16 Marzo 1992 (R.A. 1448), entienden que se vulnera la dignidad cuando se asignan funciones muy reducidas, o de imposible cumplimiento por falta de datos. La STS de 30 Septiembre 1987 (R.A. 6439) señala que se atenta a la dignidad cuando se reducen las funciones y no le ocupan más de una hora, o como indica la STSJ País Vasco de 29 de Enero de 1992 (R.A. 182) simplemente cuando tras el cambio funcional se ordena al trabajador a permanecer inactivo en el vestuario. Se atenta a su vez a la dignidad cuando se produce una pérdida de posicionamiento en la organización jerárquica de la empresa, o se provoca un grado menor de responsabilidad: STSJ País Vasco, 11 Febrero 1992 (R.A. 597). Ver en este punto el análisis jurisprudencial efectuado por DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 45.

El artículo 4.2 e) del ET señala que los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad "*en la relación de trabajo*". El derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador aparecen regulados en dicho precepto, si bien el artículo 39 sólo menciona al segundo de ellos como límite específico a la movilidad funcional. El TC sin embargo ha ofrecido un concepto amplio del derecho a la dignidad, comprensivo de otros derechos fundamentales. Así la STC 99/94 de 11 de Abril¹⁷¹, señaló en su F.Jº 5º que "el derecho a la propia imagen, consagrado en el artículo 18.1 de la CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) salvaguardando una esfera de la propia reserva personal frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros".

Cierta doctrina ha entendido que la dignidad del trabajador se verá lesionada por los cambios funcionales cuando se ignoren sus derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, incluyendo el derecho a no ser discriminado, o el respeto a la libertad sindical¹⁷².

El tratamiento de los derechos fundamentales del trabajador en el seno del contrato de trabajo ha sido objeto de una extensa jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional que ha sentado toda una serie de criterios interpretativos y de actuación. La libertad de información y de expresión¹⁷³, la libertad ideológica¹⁷⁴, la libertad religiosa¹⁷⁵, y el derecho a la educación¹⁷⁶ han sido derechos fundamentales ejercidos por los trabajadores en el marco de la relación jurídico-laboral y son claros ejemplos de lo citado. Sin embargo para evitar una posible dispersión metodológica, y por lo que aquí respecta, cabe decir que la dignidad del trabajador como derecho fundamental en sentido amplio (comprensiva del derecho a la propia imagen a la intimidad y al honor) actúa en el seno del contrato de trabajo como límite a los poderes del empresario y entre ellos, al "ius variandi" y al poder de

¹⁷¹. - (BOE 17 Mayo 1994).

¹⁷². - RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/94", op. cit. pag. 714. Por su parte SENRA BIEDMA, R., *El derecho del trabajo y de la Seguridad Social...*, op. cit. pag. 247 y ss. entiende que a los dos supuestos de la dignidad y la formación y promoción profesional habría que añadir la lesión contra los derechos fundamentales y libertades públicas de la CE con ocasión de instrucciones del empresario en materia de movilidad funcional, ya que se encuentran contempladas en la prohibición de discriminación del art. 14 de la CE y del art. 17.1, así como respecto a los restantes, en la sección segunda del capítulo primero de la CE.

¹⁷³. - STC 126/90 de 5 de Julio 1990 (BOE 30 de Julio), STC 6/88 de 21 de Enero (BOE 5 febrero), STC 143/91 de 1 de Julio (BOE de 22 de Julio), STC 120/83 de 15 de diciembre (BOE de 11 de Enero)

¹⁷⁴. - STC 47/85 de 27 de Marzo 1985 (BOE 19 de Abril).

¹⁷⁵. - STC 19/85 de 13 de Febrero de 1985 (BOE de 5 Marzo).

¹⁷⁶. - STC 129/89 de 17 de Julio de 1989 (BOE 9 de Agosto).

dirección. Ello impone estudiar aunque sea tangencialmente, por un lado el marco contractual como ámbito de ejercicio del derecho fundamental a la dignidad del trabajador, y por otro lado la dignidad del trabajador como límite a los poderes empresariales.

a) El marco contractual: Como pusiera de relieve la STC 88/85¹⁷⁷, la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la CE le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación. Dicho esto, el TC también se ha encargado de poner de manifiesto que los derechos fundamentales no añaden a la relación laboral contenido determinado alguno, ya que no constituyen, por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales, debiéndose ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe¹⁷⁸. La buena fe se convierte por ello en una necesidad general derivada del desarrollo de todos los derechos, y específicamente de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos¹⁷⁹.

b) La dignidad como límite a los poderes empresariales: Jurisprudencia constitucional¹⁸⁰ y doctrina han puesto la atención en el derecho a la intimidad como expresión esencial de la dignidad del trabajador a la hora de proceder al estudio de la misma. Como ha indicado algún autor¹⁸¹, la intimidad del trabajador ha sido estudiada tradicionalmente desde el punto de vista de su posible vulneración por parte del empresario cuando éste, en virtud de ciertos poderes (como el de dirección), efectúa una intromisión en la esfera privada del trabajador.

Frente a este concepto estricto, tradicional y defensivo del derecho a la intimidad se ha defendido un concepto amplio y ofensivo de la misma, comprensivo de la "autodeterminación corporal del trabajador"; de este modo la intimidad contendría a su vez una "vis positiva", el derecho a conformar con libertad la apariencia física personal, la imagen, y la semblanza

¹⁷⁷. - De 19 de Julio de 1985, F.Jº 2 (BOE de 14 de Agosto). Esta afirmación ha sido reiterada en varias STC: STC 6/88 de 21 de Enero 1988, F.Jº. 6º (BOE 5 Febrero).

¹⁷⁸. - STC 129/89 de 17 de Julio de 1989 (BOE de 9 de Agosto) F.Jº 3º.

¹⁷⁹. - STC 120/83 de 15 Diciembre 1983 (BOE 11 Enero 1984) F.Jº 2º, STC 6/88 de 21 Enero, cit. F.Jº 7º.

¹⁸⁰. - El derecho a la intimidad ha sido tratado por la STC 170/87 de 30 de Octubre (BOE de 21 de Noviembre), y la STC 99/94 de 11 de Abril (BOE de 17 de mayo).

¹⁸¹. - DEL REY GUANTER, S., "Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional" en AA.VV. *Constitución y derecho del trabajo 1981-1991*. Coor. ALARCON CARACUEL, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pag. 44.

individual (DEL REY). Este concepto ha llevado a cierta doctrina a entender que cualquier facultad empresarial que limite la intimidad del trabajador y en cuanto que se desarrolla como límite a un derecho fundamental, debe venir justificada por exigencias de la propia realización de las obligaciones contractuales, no tratándose por tanto de una materia en la que siempre y por principio haya de primar el interés empresarial¹⁸².

Este es el sentido que debe otorgarse a la dignidad como límite a la movilidad funcional en el seno del contrato de trabajo. Y así es como lo ha entendido la STC 99/94 de 11 de Abril. En el supuesto de hecho, al trabajador (deshuesador de jamones) se le exigió por parte de la empresa el cumplimiento de una serie de funciones (permitir la toma de fotografías mientras efectuaba su actividad) no expresamente comprendidas en la determinación de la prestación laboral inicialmente comprometida. El TC puso de manifiesto que el vínculo contractual no puede considerarse por sí solo y sin otra consideración inicial como cobertura suficiente para imponer al trabajador la realización de una serie de funciones que no tenía asignadas ni explícita ni implícitamente como era la exhibición pública de su habilidad. Al no venir la exigencia empresarial impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, "los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos (los derechos fundamentales)... deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar... que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra". La empresa debía de este modo probar "la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador - y no otro de otra manera- cumpliera la ordenada en los términos en que se le dió... siendo preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial"¹⁸³.

¹⁸². - DEL REY GUANTER, S., "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", op. cit. pag. 44. para quien el empresario tendría que demostrar la necesidad objetiva y la proporcionalidad de ese límite, y demostrar a su vez un interés suficiente y razonable para proceder a dicha limitación. Sobre el ejercicio de derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo Vid., DURAN LOPEZ, F., *Jurisprudencia constitucional y derecho del trabajo*. Ed. MTSS, Madrid, 1992, pag 44 y ss. ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit. pag. 308 y ss.

¹⁸³. - Este hecho ha llevado a entender a MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 94 y 95, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 335, que la operatividad del límite de la dignidad a la movilidad funcional exige una especial complejidad en orden a la materia objeto de prueba.

Con ello se reabre la cuestión acerca de si se podrá entender o no menoscabada la dignidad del trabajador cuando el empresario alegue unas necesidades técnicas u organizativas que impongan el cambio funcional transitoriamente. Este hecho exige por de pronto una valoración judicial de cada supuesto en concreto, y tuitiva en cualquier caso de la posición ostentada por el trabajador (ténganse presentes los términos restrictivos utilizados por la STC 99/94), sin que quepa admitir una efectividad reducida de la dignidad como límite ante la movilidad funcional¹⁸⁴.

Por otra parte cabe destacar que el valor otorgado por esta STC al contrato es diferente del que le concedió la STC 170/87, pese a que el derecho afectado fue también la intimidad y la propia imagen. En esta última, en la que se debatía si la orden empresarial podía imponer a un camarero afeitarse la barba en razón del contacto directo con los clientes, el TC entendió que no se vulneraba el derecho a la intimidad cuando las limitaciones al mismo provenían de "deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula". En aquella ocasión el contrato de trabajo se configuró no como límite al ejercicio del poder empresarial tal y como ocurre en la STC 99/94, sino como marco jurídico que venía limitado a su vez por otra norma (aún de escaso valor como era una costumbre) en la que se fundaba la legitimidad de la orden empresarial¹⁸⁵.

3.4.- Efectos derivados de la movilidad funcional que lesione la dignidad del trabajador.-

El artículo 6.3 del Código Civil señala expresamente que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

La movilidad funcional que menoscabe la dignidad del trabajador se encuentra expresamente prohibida por la ley o por el convenio colectivo. Es decir, el artículo 39.3 del

¹⁸⁴.- ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación...", op. cit. pag. 203, entiende que el límite de la dignidad tendrá una efectividad reducida en los supuestos de cambios funcionales descendentes, máxime cuando exista una causa empresarial que justifique dicho cambio y ello porque unilateralmente el poder empresarial ejercido en la movilidad se convierte con ello nuevamente en un poder genérico. En sentido contrario SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 73. para quien, si bien la dignidad es un límite aplicable tanto a los supuestos de movilidad horizontal, como vertical, el mismo resulta "lógica y naturalmente aplicable a la movilidad vertical descendente".

¹⁸⁵.-Esta doctrina del TC no parece muy compartida con la idea de PERSIANI, M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, op cit. pag. 7, al afirmar que el contrato de trabajo produce efectos que son idóneos para satisfacer no tanto el equilibrio de intereses que las partes pueden haber previsto, sino principalmente para 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.

ET contiene una norma prohibitiva para el empresario¹⁸⁶.

Queda por analizar si la norma (el art. 39 ET) prevé un efecto distinto para aquellos casos en que se menoscabe la dignidad, lo que nos remite al apartado 5º del artículo 39 el cual contempla el cambio de funciones "*distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo*" y lo somete al acuerdo novatorio o, en su defecto a las reglas de la modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo fijadas en el ET o en convenio colectivo.

Sin perjuicio del análisis que de este apartado se realizará, debe adelantarse por de pronto que el mismo no contempla ni regula una movilidad que admita siquiera tangencialmente una lesión de la dignidad o de la formación o promoción profesional del trabajador como consecuencia de un cambio funcional¹⁸⁷. Por tanto, de menoscabarse la dignidad del trabajador, la medida empresarial será nula y por ello el trabajador tendrá derecho a ser repuesto a la situación anterior, sin perjuicio del derecho a interponer una demanda judicial para resolver su contrato según lo dispuesto en el artículo 50.1 a) del ET. El proceso para solicitar la reposición del trabajador a sus anteriores funciones es el especial previsto en el artículo 138 del texto refundido de la LPL. Algún autor, sin embargo, opina que es preferible la vía del proceso ordinario¹⁸⁸.

¹⁸⁶.- SENRA BIEDMA, R., *El derecho del trabajo...*, op. cit. pag. 256.

¹⁸⁷.- SENRA BIEDMA, R., *El derecho del trabajo...*, op. cit. pag. 256, señalando que el art. 39.5 del ET, en relación al resto del precepto y al art. 41, está regulando el ejercicio de la movilidad funcional dentro de un contexto en el que concurren circunstancias objetivas (técnicas, económicas, organizativas o productivas) pero no circunstancias subjetivas que afecten a la dignidad y a la formación y promoción profesional del trabajador. No siendo posible declarar "justificada" una medida empresarial que menoscabe la dignidad del trabajador o su promoción o formación profesional. Por otro lado el art. 138.5 del TRLPL confirma que se trata de un proceso para examinar simplemente si las razones (técnicas, organizativas...) alegadas por el empresario resultan o no justificadas y al análisis de estas causas se limita el pronunciamiento de justificación o injustificación.

¹⁸⁸.- Esta es la conclusión a la que llega SENRA BIEDMA, R., *El derecho del trabajo...*, op. cit. pag. 256. Para este autor, es preferible utilizar el proceso declarativo como medida precautoria y a fin de evitar la caducidad. El uso del proceso declarativo ordinario parece correcto si se tiene en cuenta, en primer lugar que el 138 de la LPL se encuentra limitado al análisis, bien de los requisitos de forma, bien de la concurrencia de las causas alegadas por el empresario y, en segundo lugar, que el menoscabo de la dignidad y/o a la promoción y/o a la formación profesional del trabajador puede ser un hecho objetivo que se constate algún tiempo después de que el empresario haya adoptado la decisión de movilidad funcional, siendo absurdo que se le someta al plazo de caducidad de 20 días.

4.- EL RESPETO A LA FORMACION Y A LA PROMOCION PROFESIONAL EN LA MOVILIDAD FUNCIONAL.-

4.1.- Planteamiento general y antecedentes. El valor de la negociación colectiva.-

Señala el artículo 39.3 del ET que la movilidad funcional del trabajador se efectuará "*sin perjuicio de su formación y promoción profesional*". Como indicara LYON CAEN, hoy en día es la movilidad la que acaba forzando al trabajador a promocionar sus aptitudes, el trabajador debe convertirse en un poli-técnico¹⁸⁹.

La formación profesional y la promoción profesional constituyen respectivamente derechos reconocidos por la CE. De este modo el artículo 35.1 de la CE señala que todos los españoles tienen derecho "*a la promoción a través del trabajo*", y a su vez el artículo 40.2 del propio texto constitucional exige a los poderes públicos fomentar "*una política que garantice la formación y readaptación profesionales*".

El artículo 4.2 e) del ET establece a su vez que en la relación jurídico-laboral los trabajadores tienen derecho "*a la promoción y a la formación profesional en el trabajo*". Por tanto, y como sucediera con la dignidad, son derechos que se insertan en el contrato de trabajo y que actúan como límite al poder empresarial de variación incluso aunque el artículo 39 nada hubiera dicho al respecto¹⁹⁰. A su vez, la sección 3ª del Capítulo II del Título 1º del ET y bajo la rúbrica "*Clasificación profesional y promoción en el trabajo*" contiene cuatro artículos, desde el 22 al 25, que recogen expresamente la promoción y la formación profesional en el trabajo, los ascensos, y la promoción económica del trabajador.

Se trata por tanto de un tema esencial en el sistema de relaciones laborales del ordenamiento jurídico español cuyo análisis pormenorizado excede con creces la finalidad del presente estudio y sobre el que ha recaído una decisiva elaboración tanto doctrinal como

¹⁸⁹.- LYON CAEN, G., " La mobilité, vue de haut", op. cit. pag. 431.

¹⁹⁰.- Para MARTINEZ ABASCAL, V., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 97 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 336, no hay inconveniente para que el resto de los derechos profesionales regulados por el art. 4 del ET continúen configurándose como otros tantos límites genéricos al poder empresarial de variar unilateralmente la prestación laboral, y ello no sólo porque la exigencia de esos límites resulta ahora más necesaria ante la dilatación de la movilidad funcional unilateral introducida por la reforma, sino también en razón del contenido y del fundamento constitucional de tales derechos.

jurisprudencial y convencional. Como señalara ESCUDERO¹⁹¹, existe una relación directa de causa a efecto entre la virtualidad de la movilidad funcional y la cualificación subjetiva de los trabajadores, o en otras palabras, las posibilidades de éxito de la primera figura se ve mediatizada por las aptitudes profesionales de tales sujetos. Al ser mayor el campo de los cometidos a realizar por el trabajador, va a ser cada vez más frecuente que se produzca una falta de aptitudes necesarias para ejercitar las nuevas funciones. Carencia que sólo puede venir subsanada por una adecuada política de formación y promoción profesional.

Procede sin embargo analizar dichos derechos desde la perspectiva de la movilidad funcional, como límites a la misma, aunque, en cualquier caso, y dada la ubicación sistemática de los mismos, cabe reiterar lo ya mencionado para el derecho a la dignidad del trabajador, de modo que los derechos a la formación y a la promoción profesional constituyen sendos límites a todo tipo de movilidad funcional, tanto la derivada del poder de dirección como la que sea directa consecuencia del "ius variandi" empresarial. No será por tanto imprescindible, para entender vulnerada la formación y la promoción profesional del trabajador, que la conducta empresarial haya transgredido los límites funcionales en que se ha circunscrito la prestación laboral.

Tal y como sucediera con la dignidad del trabajador, la precedente redacción del artículo 39 del ET se limitaba a utilizar la expresión "*derechos profesionales*" lo cual había generado diversas interpretaciones doctrinales. Pese a ello la mayoría de ellas concluyeron que si no la profesionalidad, era la equivalencia profesional el concepto que pretendía tutelarse con la citada expresión, de modo que el derecho a la formación y a la promoción profesional debía salvaguardarse frente a toda movilidad funcional¹⁹². Adicionalmente, y tal como ocurría con el derecho a la dignidad del trabajador, la promoción y la formación profesional no introducen de nuevo ningún elemento limitativo adicional que no apareciese ya regulado por el artículo 4 del ET, al ser ambos derechos que deben ser respetados en todo momento a lo

¹⁹¹. - Vid. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Movilidad funcional y formación de los trabajadores", op. cit. pag. 147.

¹⁹². - La referencia a la formación y promoción profesional como límite a la movilidad funcional, apareció ya en los estudios realizados con anterioridad a la reforma de 1994 coincidentes con los ya citados en otras ocasiones. Vid. ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Contrato de trabajo y poder de dirección*, op. cit. pag. 156 a 163. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 178 y ss. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales...*, op. cit. pag. 27 y ss. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 29. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 660. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral...", op. cit. pag. 771 y ss. entre otros. En la doctrina italiana destaca al respecto LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 165 y ss. TREU, T., "Qualifiche, oggetto del rapporto di lavoro e mobilità professionale", en AA.VV. *Inquadramento unico...*, op. cit. pag. 25 a 35.

largo de la relación jurídico-laboral.

La premisa inicial de la que debe partirse es que corresponde a la negociación colectiva definir cuando se vulnera y cuando no la profesionalidad tras el ejercicio de la movilidad funcional. Y corresponde por tanto a la negociación colectiva la defensa de la formación y de la promoción profesional del trabajador en estos casos. Los mecanismos de actuación pueden ser diversos y van desde el pacto de cláusulas incentivadoras de la formación profesional, hasta al aumento del control del ejercicio empresarial de la movilidad funcional a través de una potenciación de los deberes de información a los representantes legales, pasando por cláusulas que supediten los cambios funcionales a las posibilidades del trabajador¹⁹³.

Corresponde por tanto a la negociación colectiva encontrar medios de potenciar la formación y la promoción profesional. Las fórmulas a utilizar son diversas y algunas de ellas pueden salvaguardar perfectamente la profesionalidad del trabajador sin que ello suponga un perjuicio económico equiparable para la empresa¹⁹⁴. Las vías adoptadas por la negociación colectiva deben partir de la manifiesta importancia concedida a la formación profesional. El Acuerdo Nacional sobre Formación Profesional continua¹⁹⁵ establece en su exposición de motivos la necesaria adaptación y la permanente evolución de las profesiones y del contenido de los puestos de trabajo como medidas indispensables para fortalecer la situación competitiva

¹⁹³. - MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral...", op. cit. pag. 772. ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit. pag. 158, quien pone de manifiesto la falta de previsión convencional sobre el tema desde la promulgación del ET; ver también de esta autora, "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 196. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 61. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad...", op. cit. pag. 29. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios a las leyes...*, op.cit. pag. 33. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 321. LISO, F., *La mobilità del laboratore...*, op. cit. pag. 181.

¹⁹⁴. -Estas fórmulas pueden ser diversas, cabe citar entre otras: a) El mantenimiento de la retribución del trabajador mientras dure el permiso para asistir a un curso de perfeccionamiento, siempre que la Administración Educativa pague al sustituto (art. 36 del VI CC Estatal de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de minusválidos (BOE nº 31, 5 Febrero 1993)); b) Concediendo a los permisos para cursos de perfeccionamiento el derecho a una retribución, de forma que si el trabajador disfrutara de beca, la empresa tan sólo abonaría la diferencia entre el importe de ésta y el salario del trabajador (art. 45 del VII CC estatal de Centros de Educación Universitaria e Investigación (BOE nº 117, 17 Mayo 1993)); c) Dotar a estos cursos de perfeccionamiento de un carácter gratuito por la empresa y con cargo a sus presupuestos generales de tipo social (CC Estatal de Mayoristas e Importadores de Productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE nº 197, 18 Agosto 1993)).

¹⁹⁵. - BOE 10 Marzo 1993. nº 59. La trascendencia de este acuerdo marco como declaración comprometida de desarrollo de la promoción social que evita el estancamiento profesional del trabajador y pretende mejorar su cualificación, se ha manifestado en los numerosos CC que acuerdan suscribir los contenidos de dicho acuerdo nacional. Sirvan como ejemplo los reseñados en el índice bibliográfico al final del estudio.

de las empresas y de su personal.

Sin embargo, y pese a la importancia que el papel de la negociación colectiva ostenta en este punto, no debe entenderse que el control de la movilidad funcional como límite a la formación y promoción profesional del trabajador deba de ejercerse únicamente en sede colectiva. Este control no debe quedar únicamente circunscrito al desarrollo convencional del ejercicio de tales derechos, tal y como requiere en artículo 23.2 del ET, sino que, como ya ha indicado la doctrina, la eficacia inmediata de los derechos a la promoción y a la formación profesional opera por sí misma, sin tener que entenderla supeditada a su desarrollo convencional¹⁹⁶.

4.2.- La posición unificadora del artículo 39.3 del ET frente al valor de la promoción y la formación profesional según si la movilidad funcional resulta del ejercicio del "ius variandi" o del poder de dirección.-

Formación y promoción profesional actúan desde planos distintos como derechos de necesario respeto en el ejercicio de los poderes empresariales de variación. El tratamiento recibido por cada uno de estos derechos varió con la regulación precedente en función de si los mismos operaban como límite al "ius variandi" o como límite al poder de dirección:

En su papel de límites al "ius variandi" se interpretó que tales derechos profesionales resultaban ser plenamente sacrificables siempre que concurriese un interés empresarial justificado por una necesidad urgente, imprevisible y temporal. Por el contrario, en su papel de límites al poder de dirección empresarial, tales derechos venían a identificarse con otros conceptos jurídicos tales como el de la profesionalidad del trabajador o el de la equivalencia profesional. Mediante los mismos se potenciaba una concepción extensiva de la formación y de la promoción profesional más allá de los límites funcionales impuestos por las estrictas clasificaciones convencionales basadas en las categorías y los grupos profesionales.

¹⁹⁶.- CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa". *Actualidad laboral* nº 7, 1994, pag. 100 a 102. En el mismo sentido MARTINEZ ABASCAL, V. A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 95, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 335, para quien la eficacia inmediata de los derechos a la promoción y a la formación profesional no se condiciona al desarrollo convencional de los mismos, pues el art. 23.2 del ET sólo realiza una llamada más firme a la negociación colectiva para que regule una materia hasta el momento notablemente abandonada por esta fuente de producción normativa. En palabras de ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 322: "la dignidad acaba convirtiéndose en un criterio hermenéutico que puntualiza el margen de maniobrabilidad del empresario".

Al parecer el legislador de 1994 unifica ambos conceptos, potenciando sin embargo la vertiente de la equivalencia profesional mediante la introducción de las llamadas categorías profesionales equivalentes, por lo que parte de los argumentos utilizados al analizarlas son extrapolables a la siguiente exposición¹⁹⁷.

a) Por lo que se refiere a la promoción profesional debe destacarse el valor esencial que en este punto ostenta la negociación colectiva a la hora de regular la carrera profesional del trabajador. No olvidemos que a ella se remite el artículo 24 del ET a la hora de regular el régimen de ascensos.

Como indicara SALA¹⁹⁸ la dificultad en estos casos reside en el hecho de que nos movemos, no ante derechos adquiridos y efectivos, sino ante expectativas de derecho que aún no ha ingresado en el patrimonio profesional del trabajador. Sin embargo, no habría inconveniente en entender ilícita la movilidad funcional que menoscabe las expectativas del trabajador de obtener su ascenso por un cauce normal de progresión profesional. Por tanto la movilidad funcional no debe menoscabar las expectativas de ascenso profesional del trabajador¹⁹⁹.

Así por otra parte es como lo ha entendido la jurisprudencia precedente, señalando que el cambio funcional no debe de disminuir las posibilidades de ascenso del trabajador. De este modo, la promoción profesional se convierte en una garantía de la carrera profesional del trabajador y de sus expectativas de ascensos frente al ejercicio empresarial de la movilidad

¹⁹⁷.- DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 46. Para este autor la actual regulación hace surgir ahora la posibilidad de considerar un derecho subjetivo del trabajador a la formación y a la promoción profesional, frente a la regulación anterior en que la opinión generalizada era la de que los poderes empresariales no estaban funcionalizados a la mejora profesional del trabajador.

¹⁹⁸.-Cfr. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales...*, op. cit. pag. 33.

¹⁹⁹.- Antes de la reforma de 1994, Vid. también: GARATE CASTRO, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 662. Por otra parte ésta es la opinión mayoritaria en la doctrina posterior a la reforma. Sirva de ejemplo entre otros autores: ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Movilidad funcional y formación de los trabajadores", op. cit. pag. 148. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en *La reforma...*, op. cit. pag. 72, CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 29. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 96, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 335. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 224. De este modo, tal y como indica DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 46, el perjuicio que el poder de variación irroge en el estatus profesional del trabajador superando este límite abre la puerta, en cuanto modificación sustancial de condiciones, a la aplicación del art. 41.3 del ET en relación con el art. 50. 1 a). ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 320, señala que se trata de una vertiente dinámica de la profesionalidad (como defensa de los derechos promocionales).

funcional, e impone adicionalmente el que se deban de tener presente los criterios objetivos que determinen los ascensos o las provisiones de puestos de trabajos establecidos por la negociación colectiva²⁰⁰.

b) Por lo que respecta a la formación profesional, las posiciones doctrinales iniciales entendieron que se perjudicaba la formación profesional siempre que se quebraba la relativa homogeneidad entre las funciones pactadas y las nuevas asumidas, hecho que ocurría cuando se degradaba gravemente la cualificación del trabajador²⁰¹.

La regulación actual permite entender, como sucediera con la precedente, que a falta de una especificación normativa que delimite de manera expresa el ámbito de actuación de la formación profesional, la referencia realizada por el precepto es tanto a la formación profesional ya adquirida por el trabajador, como aquella que se encuentre en curso de adquisición. Definición amplia, por tanto, del término "formación profesional".

De este modo se considerará ilícita aquella decisión empresarial en que la movilidad funcional atente al derecho del trabajador a la ocupación efectiva (privándole de la formación ya adquirida). Y por extensión, se considerará ilícita también aquella movilidad funcional que imposibilite al trabajador a la asistencia de cursos de formación profesional (privándolo de la formación que podría adquirir)²⁰². Se impone por ello que el cambio funcional sea razonable, exigiéndose adicionalmente un período temporal de adaptación al nuevo puesto²⁰³. No será admisible la movilidad funcional cuando las nuevas funciones incidan negativamente sobre la formación profesional acumulada por el trabajador al diferir cualitativamente de las anteriores y al limitar notoriamente la aplicación de tal formación en

²⁰⁰. - STCT 7 Julio 1987 (R.A. 15340), STS de 9 de Abril 1990 (R.A. 3433), STS 13 Diciembre de 1991 (R.A. 9067) para la que "el derecho a la promoción profesional se concreta en la facultad de acceder a un trabajo más cualificado, o mejor remunerado, o de mejores expectativas, en función de la experiencia y del mérito profesional", STS 29 de Enero 1992 (R.A. 133), STSJ Cataluña de 12 Junio 1992 (R.A. 3376), STSJ Galicia 24 Agosto 1992 (R.A. 4110) y STSJ Cataluña 3 Noviembre 1992 (R.A. 5491).

²⁰¹. - VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 81.

²⁰². - SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional" en AA.VV. *Comentarios...*, op. cit. pag. 32. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Movilidad funcional y formación de los trabajadores", op. cit. pag. 148. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 715, considera que la referencia del actual art. 39.3 a la "formación profesional" hay que entenderla con una mayor amplitud que a la mera formación profesional que menciona el art. 50.1 a), que se ciñe a la formación profesional ya adquirida frente a los perjuicios que se puedan derivar de modificaciones sustanciales.

²⁰³. - RIVERO LAMAS, J., "Modificación de las condiciones de trabajo...", op. cit. pag. 342.

comparación con la requerida por estas últimas²⁰⁴.

La estrecha vinculación con el artículo 23 del ET permite concluir por tanto que la movilidad funcional (tanto en el ejercicio del poder de dirección, como del "ius variandi"), no puede excluir el acceso del trabajador a permisos para exámenes, ni obligarle a un cambio de turno que le impida continuar cursando regularmente estudios, ni privarle de las ventajas relativas a la adaptación de la jornada o al disfrute de permisos para su formación o perfeccionamiento profesional²⁰⁵. Por este motivo, serán varios los mecanismos de que puede disponer el empresario a la hora de salvaguardar la formación profesional e incluso la promoción profesional, en el ejercicio de la movilidad funcional.

En lo referente a la elección del trabajador afectado por el cambio funcional, debiera elegirse el trabajador profesionalmente más cercano a las nuevas funciones de destino. Y por otro lado, tratándose de una movilidad descendente ejercitada mediante el "ius variandi in peius" debe admitirse la existencia de una obligación empresarial de intentar cubrir las funciones urgentes por personal perteneciente a categorías inferiores²⁰⁶.

La STC 129/89²⁰⁷ abordó de manera directa el tema. El supuesto de hecho versaba sobre unos trabajadores (a los que no les era aplicable el ET) pertenecientes al personal estatutario no sanitario, los cuales fueron separados del turno de noche al que estaban adscritos, hecho que les impidió cursar los estudios universitarios ya iniciados, planteándose por ello la posible vulneración del artículo 27.1 de la CE (derecho a la educación).

²⁰⁴. - GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 662. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 715. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pag. 46. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 320, señalando que se trata de una vertiente estática de la profesionalidad (defensa de los derechos formativos). Vid. también STSJ Galicia 24 Agosto 1992 (R.A. 4110), o STSJ de la Rioja 7 Diciembre 1991 (R.A. 6614).

²⁰⁵. - CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 29. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 715. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 72 y ss.

²⁰⁶. - CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 179. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 317. Sin embargo LISO, F., *La mobilitat...*, op. cit. pag. 183, señala que no se puede excluir que el juicio relativo a la utilización o a la subutilización de la capacidad profesional del trabajador pueda en ciertos casos traducirse en un juicio de carácter cuantitativo. De este modo, en el caso de figuras profesionales que se articulan sobre varios niveles, debe ponderarse cada caso en concreto antes de afirmar que el trabajador del nivel superior no tiene por que desarrollar las funciones de un trabajador de nivel inferior, sobre todo cuando al trabajador se le exijan esas funciones con carácter excepcional. Únicamente se vulneraría la posición profesional del trabajador cuando estos cambios se realizasen reiteradamente.

²⁰⁷. - De 17 de Julio de 1989 (BOE de 9 de Agosto).

Pese a que el artículo 23.1 a) del ET, bajo el título "*Promoción y formación profesional*" otorga al trabajador el derecho a elegir turno de trabajo cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, si tal es el régimen instaurado en la empresa (redacción no alterada tras la reforma de 1994), el TC mantuvo en dicha sentencia una posición contraria al derecho fundamental. En palabras del TC: "No estamos, pues, ante una limitación del derecho a la educación de los actores, sino ante la denegación de una pretensión suya tendente a obtener un derecho, y también una ventaja, como extraíble directamente de un derecho de libertad. Admitir tal derecho y tal ventaja equivaldría a condicionar la organización productiva en su estructuración al ejercicio de derechos fundamentales de su persona fuera del tiempo de trabajo" (F.Jº 5º). Este pronunciamiento llevó a la doctrina a defender el llamado principio de "mínima acomodación al derecho a la educación" conforme al cual se trataría de imponer, en base al rango constitucional del derecho implicado, un mínimo esfuerzo para acomodar la organización del trabajo al ejercicio de aquél²⁰⁸.

Ello abre por de pronto la primera incertidumbre. Y es la de determinar si la formación profesional, y a diferencia de lo que ocurriría con la dignidad, puede alegarse con la actual regulación como auténtico límite tanto en los casos de poder de dirección como en los supuestos de "ius variandi" o si, por el contrario, sus efectos son diferentes en cada caso. No debemos olvidar que en la Sentencia del TC comentada se había producido una supresión del régimen de turnos de noche y el cambio de los trabajadores a otro turno (hecho que les impedía cursar sus estudios universitarios) tuvo lugar con carácter permanente. Estábamos en definitiva ante la presencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Si tal fue el pronunciamiento del TC en este caso, parece ser que no hubiera habido inconvenientes en extender idéntica solución cuando la formación profesional del trabajador se hubiera visto afectada por un cambio excepcional y temporal como consecuencia del ejercicio del "ius variandi". Así lo entendía CRUZ VILLALON, para quien la formación profesional resultaba difícilmente defendible como auténtico límite al "ius variandi" empresarial. Para este autor la propia construcción jurídica del "ius variandi", a diferencia del poder de dirección, se realiza como una excepción a la protección de los derechos profesionales del trabajador que podrían decaer ante hechos de urgente necesidad

²⁰⁸.- DEL REY GUANTER, S., "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", en AAVV., op. cit. pag. 56. Ver también el comentario a la sentencia en ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. VII, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pag. 398-403.

inaplazable²⁰⁹.

Se llegaba por tanto a la conclusión de que no solamente el derecho del trabajador a la formación y a la promoción profesional cedía con mayor rigor ante el ejercicio del "ius variandi", sino incluso que en el caso de conflicto entre la necesidades de la empresa y la profesionalidad del trabajador (comprensiva esta última del derecho a la promoción y a la formación profesional) prevalecía la primera²¹⁰.

Cierta doctrina posterior a la reforma parece haber seguido esta línea, interpretando que la protección de la formación y la promoción profesional varía según se ejercite la movilidad en función del poder de dirección o bien en función del "ius variandi"²¹¹. A similar afirmación llegaba en la doctrina italiana LISO, para quien el carácter definitivo o temporal del cambio funcional podía incidir respectivamente en un sentido restrictivo o bien extensivo respecto de las funciones comprendidas en el término "profesionalidad". De este modo los cambios unilaterales definitivos (característica consustancial a las modificaciones sustanciales) debían entenderse en un sentido restrictivo como único medio de salvaguardar la posición profesional del trabajador, por el contrario, los cambios temporales (característica consustancial al "ius variandi") podían permitir "un ámbito más extenso de variabilidad"²¹².

Con la actual redacción del artículo 39.3 del ET, esta conclusión merece toda una serie de reflexiones y, como ya pusiera de manifiesto cierta doctrina, no está exenta de críticas.

²⁰⁹. - CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 178, para quien, con la regulación precedente, el art 39 (regulador del poder de dirección) fijaba la protección principal a la profesionalidad del trabajador, mientras que el art. 23 (regulador del "ius variandi) buscaba que en situaciones especiales el daño cualitativo fuese el menor posible y durante el tiempo imprescindible, pero en todo caso "admitiendolo como una consecuencia inevitable".

²¹⁰. - RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 30. También para PEREZ ESPINOSA, F., "Organización del trabajo...", op. cit. pag. 180: "En los casos de conflicto entre las exigencias de la empresa y las exigencias de la defensa de la profesionalidad, prevalecen los intereses del empresario".

²¹¹. - ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 198. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 73, entendiendo por su parte que si bien la formación y la promoción profesional son límites legales a toda movilidad, tanto horizontal como vertical, éstos son "lógica y naturalmente" aplicables a la movilidad ascendente.

²¹². - Cfr. LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 176. En el mismo sentido VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 317, para quien "el encargo de funciones inferiores por períodos cortos, exigencia insoslayable del propio ET, no provoca perjuicios en la formación profesional salvo en supuestos muy particulares (por ejemplo un artista)".

Ante el binomio "profesionalidad del trabajador" versus "interés empresarial", debe entenderse que este último ha de tener en cuenta dos consideraciones: la primera de ellas es que el aumento de la productividad depende de complejos factores y no exclusivamente de una flexibilidad laboral basada en la movilidad de funciones; la segunda de ellas es que la vertiente constitucional y legal del derecho a la promoción y a la formación profesional impone entre otras cosas una revisión del tipo de organización del trabajo, del sistema de clasificación profesional y de los poderes organizativos empresariales, constituyendo un límite específico a la movilidad funcional²¹³.

Con la actual regulación, promoción y formación profesional constituyen por lo tanto una serie de deberes que, aunque externos al contrato, generan al empresario la obligación de procurar que su ejercicio sea compatible con la ejecución de las obligaciones contractuales²¹⁴. El problema consiste en determinar si esa "mínima acomodación" del empresario de tolerar la formación y promoción profesional del trabajador debe ejercitarse dentro de los límites impuestos por las necesidades organizativas de la empresa, o si por el contrario el empresario debe procurar el ejercicio de estos derechos en cualquier caso en que los mismos se vean afectados por la movilidad funcional.

Cuando el artículo 22.3 del ET regula el régimen de las categorías profesionales equivalentes y alude a los procesos de formación o adaptación, utiliza la expresión "*si ello es necesario*" para determinar o no el recurso a los mismos. Pero parece ser que el recurso a los procesos de formación o adaptación será necesario, o no lo será, en función de si "*la aptitud profesional*" del trabajador afectado por las nuevas funciones es suficiente o no. Por lo que, en este punto, parece que el legislador quiere vincular el recurso de los procesos de formación a que la aptitud del trabajador lo requiera, y no parece someterlo a ningún límite impuesto por las necesidades organizativas de la empresa.

En cualquier caso, corresponderá a los tribunales adoptar una interpretación extensiva del derecho a la formación profesional, como ya se realizara por alguna jurisprudencia anterior a la reforma en 1994. Por ello, el actual artículo 23 del ET debe entenderse que "no es susceptible de una interpretación restrictiva, sino acorde con los mandatos constitucionales

²¹³.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral...", op. cit. pag. 772. De este mismo autor también *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 91 y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 333 y ss.

²¹⁴.- Llega a esta conclusión RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 195, señalando además que ello será así "dentro de los límites impuestos por las necesidades organizativas de la empresa".

a fin de que quede dotado de una eficacia real" y así, por ejemplo, "si quien pretende mejorar su formación es un trabajador, han de facilitársele las condiciones precisas para lograrlo, a lo que atiende el legislador concediendo una preferencia para elegir turno, caso de que así sea el régimen de trabajo en la empresa"²¹⁵.

El que el artículo 39.3 del ET ubique sistemáticamente los derechos a la formación y a la promoción profesional como límites indiferenciados frente al "ius variandi" y frente al poder de dirección, permite concluir que ninguno de estos dos derechos admite un mayor o menor sacrificio por el hecho de que la movilidad funcional vaya acompañada de una justificación causal y temporal, o no. Y ello es así porque, a diferencia de la redacción precedente, el legislador parece poner la atención en la vertiente subjetiva, en la aptitud del trabajador afectada, adoptando por ello tímidamente una tutela dinámica de su profesionalidad²¹⁶.

4.3.- La profesionalidad del trabajador como auténtico límite a la movilidad funcional.-

El legislador del 94 parece haber unificado criterios y amparar una tutela de la profesionalidad en sentido amplio, exigiendo su respeto ante todo tipo de movilidad, sea causal ("ius variandi") o no (poder de dirección).

Resulta clásica ya la distinción que ofrecía GIUGNI a la hora de definir el concepto de

²¹⁵.- Se trata de un fragmento de la STCT de 5-10-1988, la cual, tras indicar que el art. 4.2 b) del ET estaba en consonancia con el derecho constitucional a la educación (art. 27.1 CE), y con el derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35.1 CE), y el principio de acceso a la cultura (art. 44.1 CE) señala que el derecho a la promoción y a la formación profesional (en referencia al anterior art. 22 del ET, actual art. 23) " Sólo por una antisocial interpretación de la norma puede sostenerse el intento de coartar ese derecho a elegir turno de trabajo, impidiendo los estudios regulares con pretexto de que de su ejercicio pueden derivarse perjuicios para otros trabajadores..." La STSJ Cataluña 22 de Julio 1991 (R.A. 4796), entendió que se habían lesionado los derechos profesionales porque la supresión unilateral del horario flexible hacía imposible que el trabajador siguiera asistiendo a unos cursos de diplomado en informática.

²¹⁶.- ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 203, afirmando que "no es posible desaprovechar la novedad interpretativa que brinda novedosamente la ley, en orden a apoyar la ilicitud de un cambio que altere unilateralmente el objeto del contrato, si el trabajador afectado no sólo sufre dicha alteración sin el concurso de su voluntad, sino que además ve lesionadas sus expectativas profesionales, posibilidades de formación u otros derechos, nacidos desde el desempeño de las funciones para las que fue contratado... de este modo, bien puede deducirse de la redacción legal que si la profesionalidad del trabajador es tenida en cuenta por el empresario a efectos de rendimiento o aptitud para el trabajo, paralelamente debe ser tenido en cuenta ese mismo patrimonio, entendido de forma dinámica y no puramente estática, cuando el mismo ordenamiento atribuye facultades extraordinarias al empresario respecto de sus exigencias al trabajador".

profesionalidad. Para este autor, a falta de una definición completa que aglutinase todo aquello que debe entenderse por profesionalidad, los convenios colectivos habían seguido dos líneas de actuación: una definitoria y otra que indicaba los instrumentos a través de los cuales se podía adquirir la misma²¹⁷.

Como ya indicara la doctrina española estudiosa del tema, la tutela de la profesionalidad tiene que conjugarse, aparte de con el límite genérico de la propiedad privada, y de la economía de mercado, con un límite específico cual es la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general. Ello provoca el que se haya defendido de una manera ya clásica la existencia de una tutela estática de la profesionalidad en el que la profesionalidad actúa como límite a los intereses del empresario, y junto con ella una tutela dinámica de la profesionalidad en la que la capacidad profesional del trabajador no sólo no debe quedar perjudicada, sino enriquecida y mejorada como único medio de mejorar el interés productivo del empresario²¹⁸. Ante la cuestión de cómo debe tutelarse la profesionalidad del trabajador frente el ejercicio de la movilidad funcional, la respuesta viene de la mano de la llamada equivalencia profesional. La profesionalidad se convierte por ello en el contenido principal de la equivalencia²¹⁹.

El concepto de equivalencia fue acuñado inicialmente por la jurisprudencia la cual llegó a pronunciamientos no del todo clarificadores al respecto, pero que en cualquier caso fijaba las primeras líneas de actuación. Se trataba de una jurisprudencia que consideraba lesionada los derechos profesionales del trabajador cuando se asignaban al mismo funciones que no eran equivalentes entre sí y ello aunque respetasen los límites funcionales del grupo profesional²²⁰.

²¹⁷.- Cfr. GIUGNI, G., "Qualifica, Mansioni e tutela della professionalità", *Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza Sociale*, 1973, pag. 6. En la doctrina italiana ver a su vez el monográfico: AA.VV. *Inquadramento unico e professionalità*, op. cit.

²¹⁸.- CASTIÑEIRA FERNANDEZ, F., "La tutela de la profesionalidad del trabajador...", op. cit. pag. 5 y ss. Un estudio clásico también PEREZ ESPINOSA, F., "Organización del trabajo, sistema de clasificación...", op. cit. pag. 171 y ss.

²¹⁹.- LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 176. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 199: "Además, el carácter de límite último y común de la formación y la promoción profesionales a la movilidad funcional está de acuerdo con la trascendencia de la profesionalidad en las nuevas relaciones laborales, que hacen aparecer aspectos tales como la movilidad o la adaptación profesionales en cuanto derechos y no sólo como obligaciones".

²²⁰.- STS 27 Noviembre 1989 (R.A. 8264), STS 9 Abril 1990 (R.A. 3432), STS 4 Noviembre 1990 (R.A. 9752), STSJ Madrid, 8 Enero 1991 (R.A.707), STS 16 Enero de 1991 (R.A. 52) la cual identificaba la equivalencia de funciones con la equivalencia de categorías: "los límites de la facultad empresarial ordinaria de cambiar de puesto de trabajo a un trabajador a su servicio, con fundamento en el art. 39 del ET, son... la equivalencia de funciones o categorías entre el antiguo y el nuevo puesto de trabajo". Las STS

Naturalmente el concepto de equivalencia al que aquí nos referimos es un concepto distinto al de categorías profesionales equivalentes utilizado por el artículo 22.3 del ET²²¹. La primera diferencia se observa en que la equivalencia será predicable de las funciones, prescindiendo de antemano de lo que es la equivalencia entre las categorías profesionales. CRUZ VILLALON identificó la equivalencia profesional con la prestación debida con lo que la convertía en límite definitivo al poder de dirección empresarial. Pese a ello entendía que la equivalencia profesional no podía circunscribirse única y exclusivamente en la categoría profesional sino que abarcaría también aquellas otras funciones o tareas que pudiesen considerarse como profesionalmente equivalentes²²². En el concepto de equivalencia profesional, el sistema de clasificación profesional fijado por el convenio colectivo pasa a un segundo plano. Se entiende que la equivalencia pasa por encima de las categorías y de los grupos profesionales y más aún cuando tanto unas como otros sean meramente ficticias y describan funciones idénticas²²³.

No sirviendo los criterios convencionales de la categoría y del grupo profesional para definir la equivalencia y por extensión la profesionalidad como límite a la movilidad funcional, habrá que atender a otros criterios tales como las aptitudes, los conocimientos, la formación requerida, el enriquecimiento del patrimonio profesional, la facilitación de la progresión en alza de la carrera profesional²²⁴, etc. No habrá equivalencia profesional y,

21 de Marzo 1989 (R.A. 1905) hablaba de "funciones profesionalmente equivalentes o que tengan el mismo nivel dentro del grupo", no produciéndose la equivalencia entre los puestos de peón de carga y descarga y conductor repartidor, aunque se encontrasen en el mismo grupo profesional.

²²¹. - Como indica DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 199, el límite que con anterioridad operaba como "derechos profesionales" y que la jurisprudencia identificó como el límite de la equivalencia, ahora sigue como límite en su vertiente de derecho a la formación y promoción profesional, que ha de considerarse en este ámbito análogo.

²²². - CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 65. Según este autor, desde un punto de vista negativo la equivalencia profesional no abarcaría dos grupos de actividades: a) aquellas funciones encuadradas dentro de una ocupación profesional distinta (en que se exijan conocimientos, aptitudes o habilidades distintas a las desarrolladas); y b) las funciones que dentro de la misma ocupación sean en su totalidad pertenecientes a categorías profesionales superiores o inferiores. GARCIA PERROTE, I., "Poder de dirección...", op. cit. pag. 255 y ss.,

²²³. - CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 60 a 66, ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección...*, op. cit. pag. 156 a 162. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 661. LISO, F., *La mobilità del...*, op. cit. pag. 179: "los niveles de la escala clasificatoria pueden no representar áreas homogéneas desde el punto de vista del contenido de la prestación laboral y de la específica profesionalidad necesaria para su desarrollo".

²²⁴. - Entre las funciones que entrarían dentro del área de la equivalencia se encontrarían, en primer lugar, las funciones propias de la categoría profesional contratada, aquellas otras en las que se exija la misma aptitud profesional, aquellas que el trabajador esté en condiciones de desarrollar al ser afines, aquellas que no difieran sustancialmente de las realizadas, entre otras; ROMAN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección...*, op. cit. pag. 161. Para PISANI, C., en "Rapporto di lavoro e nuove...", op. cit.

por tanto, se vulnera el límite que representa el respeto a la profesionalidad, cuando las nuevas funciones asignadas, aún perteneciendo al grupo y a categorías iguales o similares, no se corresponden con las verdaderas aptitudes y formación del trabajador, con su cualificación profesional subjetiva, de manera que se propicie un incorrecto desarrollo de aquéllas y, con ello, un incumplimiento contractual²²⁵.

En cualquier caso, la falta de equivalencia profesional impone su superación mediante una tutela dinámica de la profesionalidad a través de cursos de formación complementaria. Tímidamente el legislador ha introducido esta tutela dinámica por vía de las categorías equivalentes utilizando el recurso a "*los procesos simples de formación o adaptación*". Sin embargo para que dichos procesos adquieran la eficacia deseada se impone una articulación convencional que potencie su uso.

Un criterio decisivo a la hora de ponderar la equivalencia profesional lo constituye la posición profesional que el trabajador ostente en la organización empresarial. Como indicara LISO siendo la equivalencia un elemento instrumental en la tutela de la posición del trabajador en el ámbito de la organización productiva, la equivalencia no puede limitarse simplemente a indicar en abstracto la calidad de la prestación exigible, sino que implica también una valoración del significado que el cambio presenta en el contexto de la gestión de la fuerza de trabajo, puesto que es éste el significado que permite comprender el carácter neutro, ventajoso o desventajoso, que el cambio provoca en la posición del trabajador²²⁶.

Igualmente la profesionalidad, si bien constituye un importante parámetro de control de la movilidad funcional, no es de por sí el único, pudiendo concurrir con otros tales como el

pag. 312, son elementos a tener presentes: la pérdida o no de la autonomía o discrecionalidad que gozaban sus anteriores funciones, el prestigio en el seno de la empresa, la posibilidad de desarrollo de la carrera profesional y del enriquecimiento profesional, etc.

²²⁵.- GARATE CASTRO, J., "*Movilidad funcional...*", op. cit. pag. 661. La STS 27 Noviembre 1989 (R.A. 8264) indicaba que se producía un perjuicio a los derechos profesionales "pues el nuevo trabajo asignado difería sustancialmente del que le era habitual, careciendo de competencia técnica para desarrollarlo de manera adecuada, con lo que se propiciaba un incorrecto cumplimiento de dichas nuevas tareas, del que podría derivarse futuros perjuicios para el trabajador". En el mismo sentido STS 15 Marzo 1990 (R.A. 3087).

²²⁶.- Cfr. LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 173. Para él se comprende así cómo puede darse el caso de categorías que, consideradas abstractamente, pueden no ser valoradas como equivalentes y que por el contrario lo son cuando el cambio funcional se realiza en función de un desarrollo de la carrera profesional. Y viceversa, el caso de categorías aparentemente equivalentes pero que no deben considerarse como tales porque por ejemplo presenta en la organización empresarial diferente perspectiva de carrera profesional. GARATE CASTRO, J., "*Movilidad funcional...*", op. cit. pag. 662. En el mismo sentido STSJ País vasco 11 Febrero 1992 (R.A. 597). En sentido contrario STS 25 Julio 1990 (R.A. 6479).

acuerdo novatorio con el que se pretenda satisfacer el interés del trabajador²²⁷. Pero esto es ya materia del próximo capítulo.

²²⁷.- LISO, F., *La mobilità...*, op. cit. pag. 175.

CAPITULO QUINTO. LA MOVILIDAD FUNCIONAL EXCEPCIONAL: LA NOVACIÓN CONTRACTUAL Y LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE NATURALEZA FUNCIONAL.-

1.- AMBITO DE APLICACION.-

Señala el artículo 39.5 del ET que *"El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo"*.

Pese a que, como se verá a continuación, doctrina y jurisprudencia habían admitido con la regulación precedente la situación jurídica arriba mencionada, se trata éste de un párrafo que introdujo el legislador de 1994 y que encierra en sí mismo distintos problemas jurídicos. Conceptualmente, las dos categorías jurídicas que acoge son por un lado la novación modificativa, y por otro lado la modificación sustancial funcional.

Con carácter previo al estudio de ambas, se hace preciso delimitar el supuesto de hecho en que van a concurrir, y ello porque el legislador concreta aquellos casos en que se requiere el acuerdo de las partes o el sometimiento a las reglas de las modificaciones sustanciales. Concretamente la novación modificativa y la modificación sustancial funcional se requerirán (la segunda en defecto de la primera) en aquellas ocasiones en que se produzca un *"cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo..."*. Dicha expresión es excesivamente ambigua y puede conducir a equívocos a la hora de aplicar el artículo 39.5 del ET. En este sentido puede hablarse de una dualidad de posturas interpretativas que conduce sin embargo a idénticas conclusiones.

a) Por un lado se ha interpretado que dada la formulación de *"los supuestos"* del artículo 39, no es concebible ningún cambio funcional que no sea incluible en alguno de ellos y ello es así porque el apartado 1º se refiere a la movilidad en el seno del grupo profesional o de las categorías equivalentes, y el apartado 2º a la movilidad a funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes, completando con ello un concepto plenario de movilidad funcional. Así las cosas, no existiría ningún cambio de funciones que no estuviera ya incluido en los supuestos previstos por el artículo.

Interpretado así el apartado 5º, éste se referiría propiamente a aquellos supuestos en que se sobrepasan los *"límites"* establecidos para el juego de la movilidad funcional.

Interpretación avalada por el artículo 41.1 f) del ET que señala como modificación sustancial la que afecte a funciones, cuando excedan de los "límites" que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley¹.

Al respecto cabe recordar que los límites enunciados en el artículo son de muy variada índole. Algunos tales como la dignidad, la formación y promoción profesional, la garantía retributiva y la garantía frente al despido, actúan como reglas reguladores de los efectos de toda movilidad funcional y se formulan expresamente como tales. Otros como la titulación, son referidos a la movilidad como consecuencia del poder de dirección, aunque extiende su eficacia también al ejercicio del "ius variandi"². Junto con ellos existen características consustanciales tanto al poder de dirección como al "ius variandi" que actúan en propiedad como notas identificadoras de los mismos. Tal sería el caso por ejemplo de la causalidad y la temporalidad que marcan a su vez la diferencia entre una y otra figura jurídica, al exigirse sólo para el "ius variandi".

b) Otra interpretación se funda en entender que el apartado 5º será de aplicación a aquellos casos en que el cambio funcional altere el objeto del contrato (el apartado alude a un cambio de funciones distinto del pactado). En la medida en que con el poder de dirección se especifica lo pactado pero no se varía la prestación debida, el artículo 39.5 sería de aplicación en aquellas ocasiones en que los cambios de funciones no pudiesen ser canalizados a través del "ius variandi" empresarial³.

¹.- DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 201. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La Reforma...*, op. cit. pag. 75. ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 228. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 256. FERNANDEZ MARCOS, L. "La movilidad funcional y geográfica...", op. cit. pag. 103. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 132, y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 354: "Se permite así que la voluntad de las partes en el contrato de trabajo...modifique de tal suerte algunos de los límites legales de la movilidad funcional unilateral (ordinaria y extraordinaria), entrando a regular de este modo cambios funcionales de naturaleza sustancial...".

².- CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 258, señalando así de manera expresa que si bien el límite del grupo o de la categoría profesional equivalente no puede jugar como tal, ni obstaculizar la aplicación del art. 39.5, en cambio la dignidad profesional y la promoción y la formación profesional sí que debieran seguir actuando como límite al ser constantes a lo largo de toda la relación laboral y por su entronque constitucional. Del mismo modo la titulación académica sí que debería seguir operando como límite al art. 39.5, derivado de ser una exigencia de orden público.

³.- ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 205. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 707.

Ambas posiciones resultan ser plenamente admisibles⁴ y conducen por de pronto a la primera conclusión y es que, habida cuenta de que el grupo o la categoría profesional equivalente no pueden constituirse en propiedad como auténticos límites funcionales cuyo traspaso justifique la aplicación del acuerdo novatorio o de la modificación sustancial funcional (pues el propio artículo 39 prevé este supuesto), serán los criterios de la causalidad y de la temporalidad como elementos de diferenciación entre el poder de dirección y el "ius variandi" (o, más precisamente, como criterios de identificación del "ius variandi") los que, en caso de no concurrir, impondrán el recurso al artículo 39.5 del ET.

Sin embargo, llegados a esta conclusión el legislador de 1994 ha introducido una novedad que distorsiona la realidad jurídica precedente. Y ello es así porque establece dos mecanismos jurídicos (el acuerdo modificativo y la modificación sustancial funcional) para poder cambiar las funciones del trabajador sin necesidad de respetar la causalidad y la temporalidad del "ius variandi", olvidando que la eficacia de estos dos límites indicados por el artículo 39 es distinta según se trate de la novación modificativa o de la modificación sustancial.

En efecto, la doctrina anterior a la reforma de 1994 coincidía en afirmar la posibilidad de acudir al procedimiento establecido por el artículo 41 del ET (de modificación sustancial) cuando la movilidad funcional pretendida por el empresario excediese de los límites establecidos en el artículo 39 del ET. Es decir, cuando la movilidad pretendida por el empresario supusiera un "ius variandi" exento de temporalidad, el recurso al artículo 41 del ET se imponía con carácter necesario⁵. Esta afirmación sigue plenamente vigente con la actual regulación. Pero, por el contrario, pretender extenderla al acuerdo novatorio había generado una dualidad de posiciones:

Un sector de la doctrina, y ante la cuestión de si los límites normativos a la movilidad funcional debían ser respetados por el contrato modificativo de las partes o si éstas, por el contrario, podían acordar la movilidad funcional solicitada sin someterla a límite alguno, concluía que los límites desplegaban plenos efectos, al entender que el acuerdo de las partes debía someterse a los mismos, que operaban como "derechos necesarios absolutos" ya que,

⁴.- ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 329.

⁵.- Entre otros RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad...", op. cit. pag. 36 y ss. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 226 y ss, y del mismo autor "Modificaciones tecnológicas, movilidad funcional y cambios de categoría", en AA.VV. *Movilidad funcional*. Ed. CEOE, Madrid, 1983, pag. 57 y ss. LOPEZ TARRUELLA, F., *La modificación sustancial...*, op. cit. pag. 157. VALDES DAL-RE, F., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 81 y ss. PLANES PUCHADES, L., "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 13, pag. 93 y ss.

en caso contrario "estaríamos en presencia de una renuncia simulada de derechos que invalidaría tal acuerdo novatorio"⁶.

Esta tendencia doctrinal ha sido impulsada por otros autores señalando que nos movemos ante un tema de legalidad en el que el problema no radica en una posible renuncia de derechos a través del acuerdo novatorio, sino en el ajuste o no a los límites y condiciones que la norma (art. 39) establece, los cuales asumen un papel importante, en la medida en que son el único dato objetivo desde el que valorar un acuerdo individual⁷.

A todo ello debe añadirse que, si bien es posible pactar en contrato de trabajo un régimen jurídico de la movilidad funcional distinto al establecido legalmente, no cabe sin embargo pactar un régimen peyorativo respecto del legal, según dispone el artículo 3.1 y 5 del ET⁸. De hecho, cierta doctrina posterior a la reforma ha entendido que el artículo 39 del ET en relación con el artículo 22 constituyen preceptos de derecho necesario relativo, por lo que la autonomía individual quedaría habilitada para restringir las facultades de movilidad funcional unilateral por parte del empresario, en mayor garantía de la posición del trabajador⁹.

⁶.- Cfr. SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional" en AA.VV. *Comentarios a las leyes...*, op. cit. pag. 48. GARATE CASTRO, J., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 642.

⁷.- ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 205.

⁸.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral...", op. cit. pag. 774. Sin embargo, tras la reforma y como se verá a continuación, ha variado su posición al respecto entendiendo que el art. 39.5 representa una relativa dispositivización de los contenidos estatutarios, *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 131, y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 353. Así, para GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 227, la actual redacción del art. 39.5 del ET permite superar ciertos límites insuperables con la legislación anterior, como eran los impuestos por el art. 3.1 y 3.5 del ET.

⁹.- RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 306. En sentido contrario MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 131 y ss. y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 353, entiende que si bien con la regulación anterior era admisible (y así lo defendía él) configurar el art. 39 como una norma de mínimos que permitía estipular por la autonomía individual condiciones más favorables para el trabajador en materia de movilidad funcional, ello resulta prácticamente imposible con la actual regulación: "En efecto, si se contempla tal regulación en su conjunto, ha de convenirse en que la vigente normativa se caracteriza por una relativa dispositivización de los contenidos... Es cierto que, desde el prisma de los tres primeros números del art. 39, en relación con el art. 22 del propio cuerpo normativo, existe la innegable posibilidad de reducir las facultades empresariales de movilidad funcional por vía de la autonomía individual... pero ello puede no ser posible con el art. 39.5...". Sin embargo precisa este autor que "el art. 39.5, aunque permita cambios funcionales peyorativos modificando con ello, en sentido flexibilizador, el uso de la fuerza de trabajo respecto de la precedente normativa, no habilita sin embargo para exceder cualesquiera de los límites legales que a la movilidad funcional se imponen. De ahí el carácter dispositivamente relativo de la vigente normativa".

El respeto por parte de la novación modificativa de los límites legales impuestos por el artículo 39 del ET, y en especial el referido a los derechos profesionales¹⁰ resulta lógico a la hora de tutelar la posición jurídica del trabajador ante el cambio funcional, pues nos hallamos ante unas variaciones funcionales más intensas y de mayor trascendencia que las citadas en los cuatro primeros apartados del artículo 39, hecho que impone limitar las facultades de decisión empresarial pues admitir lo contrario equivaldría a obviar la aplicación del propio régimen de la movilidad funcional bastando con acudir a la novación modificativa o a la modificación sustancial.

Sin embargo, y frente a todo ello, entiendo que parece más acertada la interpretación de un segundo sector de la doctrina (del que se ha hecho eco cierta jurisprudencia) que entiende que no es viable extender los límites del artículo 39 al acuerdo modificativo, y ello porque "las limitaciones a la movilidad funcional fijadas por los (anteriores) arts. 23 y 39 del ET no rigen cuando las modificaciones se producen como consecuencia de un acuerdo voluntariamente asumido por trabajador y empresario. Son preceptos que se dirigen a regular los poderes organizativos del empresario y, por ello, los límites allí establecidos sólo son oponibles frente a los cambios impuestos unilateralmente..la fórmula novatoria supone la posibilidad de traspasar los mencionados límites a través del consenso de las partes... defender lo contrario sólo conduce a una rigidez excesiva en las relaciones laborales y a una negación de la capacidad de las partes restrictiva en exceso de su libertad de actuación"¹¹.

Sin perjuicio del estudio que en su momento se realizará sobre la modificación sustancial funcional y sobre la novación modificativa, cabe apuntar las notas características que las diferencian del poder de dirección ordinario, y del "ius variandi", y que nos van a permitir

¹⁰.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 132, y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 355, entiende así que los derechos profesionales como mínimos de derecho necesario relativo son intangibles peyorativamente por la autonomía individual e insusceptibles, por tanto, de renuncia conforme a los dispuesto en el art. 3.5 del ET. Asimismo, el abuso de derecho operará como límite genérico vinculado a la necesaria existencia de una causa objetiva derivada de la actividad empresarial y legitimadora del mencionado acuerdo. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 205. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 540 y ss.

¹¹.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 341. Para HUERTAS BARTOLOME, T., "Clasificación profesional, movilidad....", op. cit. pag. 141, el acuerdo novatorio solo hay que entenderlo sometido a la no abusividad del pacto y al respeto a las normas de derecho necesario. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 341, señalando en su obra que "la relación de trabajo no pone excepciones a la regla de la modificabilidad consensual de la prestación, que, en este punto, es de norma admitir la más libre disponibilidad de las partes". Alguna jurisprudencia admitió el pacto de una movilidad funcional más amplia de la permitida por el art. 39: STCT 17 Abril 1986 (R.A. 2577), y STCT 18 Noviembre 1987 (R.A. 25480), que permitió la alteración del grupo profesional por mutuo acuerdo.

determinar cual va a ser su ámbito de actuación.

1º.- Por lo que se refiere a la modificación sustancial funcional, ésta es una facultad exorbitante que el ordenamiento jurídico atribuye al empresario de manera unilateral, permitiéndole modificar la prestación debida por el trabajador con carácter definitivo. Dado que es una facultad exorbitante, el legislador condiciona su ejercicio a la concurrencia de unas determinadas causas y la somete a un procedimiento limitativo de su carácter unilateral. A grandes rasgos sus características esenciales serían las siguientes:

a) La modificación sustancial funcional una naturaleza jurídica unilateral en el sentido de que viene atribuida unilateralmente al empresario, el cual ejercita esta operación modificativa sin necesidad de consenso con el trabajador. Se trata ésta de una característica que también es consustancial tanto al ejercicio del poder de dirección ordinario, como al "ius variandi".

b) A través de la misma se atribuye al empresario la posibilidad de modificar la prestación debida por el trabajador. En este punto se asemeja al "ius variandi", pero se diferencia del poder de dirección ordinario en que a través del mismo sólo se especifica (que no se altera) la prestación laboral.

c) En la modificación sustancial funcional la alteración de la prestación debida se produce con carácter definitivo, y es que la "sustancialidad" consiste precisamente en ese carácter definitivo. El carácter permanente con que puede producirse el cambio permite asemejar la modificación sustancial funcional al poder de dirección ordinario (en que la prestación laboral puede especificarse en cualquier momento y con carácter definitivo), pero a la vez lo diferencia del "ius variandi", en que a través de éste último la prestación debida se modifica sólo con carácter provisional¹².

d) Se trata de una facultad que el legislador condiciona a la concurrencia de determinadas

¹².-La consideración como modificación sustancial de condiciones de trabajo, de aquella movilidad a categorías profesionales inferiores por tiempo indefinido, ha sido una situación admitida unánimemente por la doctrina. Vid. ORTIZ LALLANA, M.C., "Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente", op. cit. pag. 544 y ss. Con la regulación actual, Vid. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 205. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 75. CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op.cit. pag. 36. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 541. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 841. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 707. MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 597.

causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción "ex" art. 41.1 del ET). En este punto se asemeja en parte con el "ius variandi", que también es causal (si bien las razones son en él más restrictivas al limitarse a la presencia de razones técnicas u organizativas, o de necesidades perentorias e imprevisibles)¹³, y se diferencia del poder ordinario de dirección en el que, como vimos, no era necesaria la justificación de una causa para su ejercicio (salvo que realicemos una interpretación correctora, tal y como apuntamos).

2º.- Por lo que se refiere a la novación modificativa, ésta es una operación excepcional por la que las partes pueden, de común acuerdo, cambiar el objeto del contrato. Tiene una naturaleza consensual y en principio no viene sujeta a la concurrencia de ninguna causa, si bien es posible que su aparición se deba a determinados problemas económicos u organizativos de la empresa o de ineptitud o inadaptación sobrevenida del trabajador, que se solucionarían mediante el recurso a la novación modificativa, evitando con ello la solución más dolorosa de la extinción contractual. A grandes rasgos, sus características esenciales serían las siguientes:

a) Tiene una naturaleza jurídica consensual, y no unilateral. Por ello se diferencia claramente tanto de la modificación sustancial funcional como del "ius variandi" o del poder de dirección ordinario del empresario.

b) A través de la novación modificativa las partes pueden modificar la prestación debida. En este punto se asemeja a la modificación sustancial funcional y al "ius variandi", pero se diferencia del poder de dirección ordinario en que a través de este último sólo se especifica, y no se altera, la prestación laboral.

c) La prestación debida se modifica con carácter definitivo. Este carácter permanente con que puede producirse el cambio permite asemejar la novación modificativa a la modificación sustancial funcional y al poder de dirección ordinario (en que la prestación podía especificarse en cualquier momento y con carácter definitivo), pero a la vez permite diferenciarlo del "ius variandi", puesto que a través del mismo la prestación debida se

¹³.- CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 36. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 258. Según estos autores, y por lo que se refiere a aquella movilidad a categorías profesionales superiores e incluso a categorías profesionales correspondientes a un grupo profesional superior, realizada por el tiempo imprescindible en la que concurren razones técnicas, organizativas, económicas, o de producción, habrá que diferenciar dos casos: se utilizará la vía del artículo 39.2 del ET si concurren sólo las razones técnicas u organizativas, y la vía del artículo 39.5, en relación con el artículo 41, si concurren las económicas o productivas