

TESIS DOCTORAL

EL CAMBIO FUNCIONAL ENTRE CATEGORÍAS
EQUIVALENTES.
La reasignación de funciones por el empresario

Por: Francisco Javier Pozo Moreira

Director de la Tesis Doctoral:

Dr. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.

Alcalá de Henares (MADRID), 2008

ÍNDICE

CAPITULO PRELIMINAR PLAN DE ESTUDIO

1. INTRODUCCIÓN.....	07
2. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO.....	09

CAPITULO I CATEGORÍA PROFESIONAL, PODER DE DIRECCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA PRESTACION DE TRABAJO

1. LA PRESTACIÓN DEBIDA POR EL TRABAJADOR	
1.1. <i>Introducción..</i>	11
1.2. <i>El objeto del contrato de trabajo y el contenido prestacional..</i>	14
1.2.1 La determinación del objeto del contrato de trabajo y la prestación debida.....	18
1) La clasificación profesional	
2) La categoría profesional ámbito donde realizar la posterior especificación funcional	
1.2.2 La prestación debida en categorías profesionales enriquecidas	33
2. EL PODER DE DIRECCIÓN	
2.1. <i>La aceptación del poder de dirección: la determinación indirecta de la prestación..</i>	37
2.1.1 La determinación indirecta del objeto de la prestación laboral	37
2.1.2 La determinación indirecta de la prestación laboral: Derecho comparado.....	40
2.1.3 Supuestos de imposibilidad de determinación indirecta de la prestación.....	44
2.2. <i>La teoría general del poder de dirección..</i>	53
2.2.1 Teoría general del poder de dirección: naturaleza, fuente y fundamento	56
2.2.2 Teoría general del poder de dirección: contenido	62
2.2.3 Supuestos dentro del poder de dirección sin mención estatutaria.....	66
1) El desplazamiento o traslado que no exige cambio de residencia	
2) Los cambios horarios ocasionales	
2.2.4 Manifestaciones estatutarias del poder de dirección sin regulación específica.....	69
1) Los desplazamiento o traslado de los trabajadores móviles	
2) Los cambios funcionales dentro del grupo profesional (areas de los grupos)	
2.3. <i>Los límites generales del poder de dirección..</i>	76
2.3.1 Parámetros comunes al cambio funcional del ejercicio del poder de dirección	77
2.3.2 El respecto a los límites comunes del ejercicio contractual del poder de dirección...	85
2.4. <i>Los límites genéricos negativos</i>	86
2.4.1 Actuación discriminatoria.....	89
2.4.2 Actuación contraria a la buena fe o con abuso del derecho	95
2.4.3 Actuación atentatoria a los DDDFF.....	98
1) Cambio funcional y sustitución durante la huelga	
2) Cambio funcional y competencia	
3) Cambio funcional y riesgo profesional o a la salud	

CAPITULO II PODER DE DIRECCIÓN Y MOVILIDAD FUNCIONAL DEL ART. 39.1 ET

1. PODER DE DIRECCIÓN REGULADO CON CARÁCTER ESPECÍFICO	109
1.1. <i>Movilidad funcional ex-art. 39.1 ET: supuestos excluidos</i>	113
1.2. <i>La regulación del poder de dirección por el apartado 1 del art. 39 ET</i>	117
1.2.1 Evolución de la regulación del apartado 1 del art. 39 ET.....	120

1) La ubicación de la regulación del poder de dirección en la modificación del contrato	
2) Las exigencias de renovación del sistema de clasificación profesional resueltas por nuevas instituciones de la movilidad del art. 39.1 ET	
3) La forma utilizada por el legislador para la introducción de los nuevos ámbitos de movilidad del art. 39.1 ET	
4) El ajuste del ámbito de movilidad del art. 39 ET con posterioridad a la reforma de 1994	
1.2.2 Los rasgos destacados de los instrumentos legales para hacer frente a la nueva exigencia de movilidad funcional.....	134
1.2.3 Los rasgos destacados de los instrumentos legales para hacer frente a la nueva exigencia de movilidad funcional.....	137
1.3. <i>La Regulación específica del poder de dirección (art. 39.1 ET): valor jurídico</i>	140
1.3.1 Caracteres/delimitación	141
1.3.2 Régimen legal: Límites, requisitos y garantías específicos	143
2. LOS LÍMITES ESPECÍFICOS Y LAS GARANTÍAS DE LA MOVILIDAD DEL APARTADO 1 DEL ART. 39 ET	
2.1. <i>Introducción</i>	146
2.2. <i>Límites «específicos» de la movilidad funcional accidental (art. 39.1 ET)</i>	147
2.2.1 Los límites específicos «objetivos»: limite técnico-funcional.....	148
2.2.2 El límite específico «subjetivo»: respeto a la titulación académica y profesional ..	156
2.3. <i>Límites «específicos» convencionales a la movilidad del art. 39.1 ET</i>	
2.3.1 <i>Introducción</i>	159
2.3.2 El contenido de las previsiones convencionales: estudio de una casuística.....	162
2.4. <i>Las garantías del trabajador en la movilidad funcional del art. 39.1 ET</i>	
2.4.1 La improcedencia del despido derivado de la ineptitud/inadptación	165
2.4.2 La garantía retributiva.....	167

CAPITULO III:

CONCEPTO Y ÁMBITO DE EJERCICIO DE LAS CATEGORÍAS PROFESIONALES EQUIVALENTES

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	
1.1. <i>Significado y manifestaciones de equivalencia de dos instituciones jurídicas</i>	168
1.1.1 El juicio de equivalencia en general.....	169
1.1.2 Equivalencia entre categorías profesionales: aspectos jurídicos.....	172
1.2. <i>Aproximación conceptual a la categoría profesional y a las categorías profesionales equivalentes</i>	
2. PERIODOS NORMATIVOS DE LA CATEGORÍA PROFESIONAL EQUIVALENTE	
2.1. <i>Orígenes jurisprudenciales de la equivalencia</i>	179
2.2. <i>Periodos normativos en la idea de equivalencia entre categorías</i>	182
2.2.1 Antes de la reforma de 1994 del Estatuto de los Trabajadores.....	183
2.2.2 Estatuto de los Trabajadores con la reforma de 1994.....	190
2.2.3 Estatuto de los Trabajadores post reforma 1994: la regulación consensuada con los Agentes Sociales.....	183
3. CARACTERES Y NATURALEZA DEL CAMBIO ENTRE CATEGORÍAS	
3.1. <i>La categoría equivalente como condición unificante del cambio funcional accidental</i>	191
3.1.1 Cambio funcional accidental: regla especial de prueba de la necesidad organizativa.....	193
3.1.2 Cambio funcional accidental: importación de esquema civiles	194
3.1.2 El cambio entre categorías equivalentes: regla de presunción.....	199
3.2. <i>La reasignación de una categoría equivalente: naturaleza jurídica</i>	
3.2.1 La categoría equivalente: función y respuesta jurídica.....	204
3.2.1 La categoría equivalente: significación jurídica.....	206
3.2.2 La categoría equivalente: dilatación de los contenidos laborales	207

4. ÁMBITO DEL CAMBIO FUNCIONAL ENTRE CATEGORÍAS EQUIVALENTES	
4.1. <i>La sustitución de la categoría en el sistema de clasificación profesional por categorías</i>	214
4.2. <i>La sustitución de la categoría a falta de definición del grupo en el sistema de clasificación</i>	
4.3. <i>La sustitución de la categoría para la que está cualificado</i>	221

CAPITULO VI:
RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CATEGORÍAS EQUIVALENTES: JUICIO DE EQUIVALENCIA Y EFECTOS

1. EL REGIMEN JURÍDICO DEL JUICIO DE EQUIVALENCIA ENTRE CATEGORÍAS	
1.1. <i>Los criterios legales de equivalencia: aplicación a todos los sectores</i>	223
1.2. <i>Análisis de los criterios legales de equivalencia: elementos objetivos y subjetivos</i>	225
1.2.1 La análisis y distinción importada de la doctrina italiana	
1.2.2 Los elementos objetivos y subjetivos del juicio de equivalencia	229
1.2.3 Los elementos objetivos: la prestación de la categoría de origen y de destino	233
1) La prestación/función «propia» de la categoría de origen	
2) La prestación/función «básica» de la categoría de destino	
1.2.4 Elementos subjetivos: La aptitud profesional necesaria para desarrollar la prestación.....	246
2) Los elementos subjetivos: La aptitud profesional necesaria para desarrollar la prestación	
1.3. <i>El nexo entre el elemento objetivo y subjetivo</i>	250
2. EL PROCESO FORMATIVO PREVIO AL CAMBIO	
2.1. <i>Significación de la previsión formativa</i>	252
2.1.1 Finalidad y naturaleza de la previsión formativa	253
1) Función de la previsión formativa: procesos simples de adaptación	
2) Naturaleza jurídica de la previsión formativa	
2.1.2 Los elementos legales: dinámica del proceso «simple» adaptativo	258
2.2. <i>Régimen jurídico de la previsión formativa</i>	261
3. EL JUICIO DE EQUIVALENCIA A TRAVÉS DE DEL EMPLEO DE CRITERIOS COMPLEMENTARIOS A LOS LEGALES	
3.1. <i>Elementos complementarios a los legales en el juicio de equivalencia</i>	265
3.2. <i>Complementos al juicio de equivalencia</i>	267
3.2.1 Los indicios de equivalencia entre categorías: los certificados de profesionalidad	271
3.2.2 Los indicios de equivalencia: las tarifas de primas de cotización por accidentes de trabajo	274
3.2.3 Los indicios de equivalencia: el grupo de cotización asignado por la TGSS.....	
3.3. <i>Complementos lege ferenda o doctrinales al juicio equivalente</i>	277
2.3.1. El principio de bidireccionalidad.....	278
2.3.2. Los complementos lege ferenda del juicio equivalente en el derecho italiano.....	280
4. LÍMITES AL CAMBIO ENTRE CATEGORIAS	281
4.1. <i>Límites legales: titulación, la causa y la temporalidad</i>	281
4.2. <i>Exigencias legales en la movilidad entre categorías equivalentes</i>	289
5. EFECTOS DEL CAMBIO ENTRE CATEGORÍAS EQUIVALENTES.....	325
5.1. <i>Efectos sobre el resto de condiciones laborales del ejercicio lícito</i>	
5.2. <i>La Inspección de Trabajo y las extralimitaciones en el cambio entre categoría</i>	317
5.3. <i>Efectos sobre el resto de condiciones laborales del ejercicio ilícito</i>	319
0. CONCLUSIONES	325
0. BIBLIOGRAFIA	336
0. SUMMARY IN ENGLISH	341

PRESENTACIÓN

Con el presente estudio, que pone fin a la labor investigadora del doctorando que firma la presente tesis doctoral, en lo que constituye la última fase del programa de doctorado, se somete el tema, la metodología y el resultado al que se ha llegado a la valoración de los miembros del tribunal evaluador de la tesis doctoral.

El tema del presente trabajo fue objeto parcialmente de investigación y culminó con la tesina de grado defendida, en septiembre de 2001, en la Universidad Carlos III de Madrid, bajo la dirección del Catedrático de dicha Universidad, Sr. Dr. D. Santiago González Ortega.

Por diversos avatares el tema se volvió a retomar, en el año 2005, como tesis doctoral, bajo la nueva dirección del Catedrático de Universidad Sr. Dr D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y el consiguiente replanteamiento metodológico y estructural de aquel trabajo inicial de 2001.

Con este trabajo intento dar a conocer el contexto jurídico normativo de aparición de la movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes, su noción doctrinal y práctica así como las posibilidades que ofrece la institución de las categorías equivalentes a la hora de realizar la movilidad funcional en la empresa.

Palma de Mallorca-Alcalá de Henares, agosto de 2008.

Francisco Javier Pozo Moreira

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.VV.	Autores Varios
Ar. 2534	Número marginal 2534 repertorio jurisprudencial Aranzadi
Arts.	Artículos
Aptdo	Apartado
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCol.	Convenio colectivo
D.A.	Disposición Adicional
D.D.	Disposición Derogatoria
D.F.	Disposición Final 1 ^a
E.T.95	Estatuto de los Trabajadores de 1995 (R.D.Leg 1/1995)
E.T.80	Estatuto de los Trabajadores de 1980
LGSS	Ley General de Seguridad Social
LISOS.	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
Núm.	Número
O.M	Orden del Ministerio de Trabajo
Parr	Párrafo
R.D.	Real Decreto
R.D.-Ley	Real Decreto Ley
R.D.Leg.	Real Decreto Legislativo
R.E.D.T.	Revista Española de Derecho del Trabajo
SS	Seguridad Social
ss.	Sucesivos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ Galicia	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

CAPÍTULO PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta tesis es examinar un aspecto concreto y peculiar de la movilidad funcional en ejercicio del poder de dirección positivizado específicamente: la movilidad entre categorías profesionales equivalentes dentro del sistema de clasificación profesional por categorías profesionales de aplicación a la empresa. Siendo, por tanto, preciso determinar las conexiones del sistema de clasificación profesional con el poder de dirección y la movilidad funcional como modificación del objeto de la obligación del trabajador, y de la prestación de trabajo debida por el trabajador, sin modificación sustancial del propio contrato. Igualmente resulta preciso estudiar los cambios de condiciones de trabajo posteriores y unilaterales de esa prestación por el empresario que se convierten, indirectamente, en prestación de trabajo debida por el trabajador.

El objeto del trabajo de investigación que ahora se inicia es, como indica su título, los cambios de la prestación laboral llevados a cabo entre categorías profesiones consideradas equivalentes y, por tanto, una modificación o cambio funcional accidental, al estar amparada y justificada en la existencia de tal equivalencia.

En un contexto legislativo de flexibilidad laboral —o regulación flexible de la fuerza de trabajo—, el cambio funcional resulta un elemento fisiológico —y no patológico— de la relación laboral, y desde este punto de vista legislativo, las facultades del empresario para realizar tal cambio funcional se potencian y amplían, ya no sólo contemplando diversos supuestos extraordinarios de cambio funcional (*ius variandi*), sino regulando igualmente los cambios funcionales ordinarios dentro del grupo profesional o entre categorías profesionales equivalentes.

Esta ampliación del poder directivo o mayor ductilidad en la disponibilidad de la fuerza del trabajo busca dar respuesta jurídica a la cuestión de la adaptación de las organizaciones productivas a las necesidades de innovación y cambio dictadas por las reglas de la competitividad, y el uso de la fuerza del trabajo. Por ello, una visión superficial de la flexibilidad laboral, o desde la “vieja perspectiva” del derecho del trabajo como un derecho laboral tuitivo de los derechos del trabajador, llevaría a

cuestionar por completo algunos de los instrumentos de flexibilidad del legislador de 1994 como el relativo a la movilidad entre categorías profesionales equivalentes. De ahí que realicemos una lectura positivista de la institución con sugerencias, *lege ferenda*, para limitar los posibles excesos del empresario en el ejercicio del poder de dirección positivizado específicamente.

El contenido de la presente investigación se centra en el cambio funcional accidental o entre categorías profesionales equivalentes. Por la cual se faculta al empresario a reasignar al trabajador las funciones de otra categoría profesional equivalente a las inicialmente asignadas en el contrato de trabajo, siempre que se cuente con la presencia del elemento legal de balance: que en el trabajador que sufre el cambio tenga una aptitud profesional para realizar ambas categorías.

A raíz de este acotamiento temático inicial surgen multitud de elementos o puntos de estudio, se realiza un análisis transversal que nos ofrece una perspectiva no sólo de la validez del juicio de equivalencia entre categorías y el consiguiente cambio funcional sino también de la “efectividad material” del sistema normativo de la movilidad funcional, permitiendo observar el encaje de esta institución en el referido entramado legislativo en su conjunto.

Para ello, y junto a la noción y eficacia formal del juicio de equivalencia del art. 22.3 del Estatuto de los trabajadores, es imprescindible efectuar una aproximación a la comprensión de los institutos jurídicos afectados en el cambio funcional equivalente y los desafíos que se presentan a la hora de aplicar el juicio de equivalencia previsto en el art. 22.3 del Estatuto de los Trabajadores.

En efecto, se hace preciso, pues, analizar: (1) el acto de encuadramiento profesional o determinación del tipo de trabajo a realizar con relación a una categoría profesional definida en el convenio colectivo de aplicación y, posteriormente, (2) la problemática del poder de dirección y la movilidad funcional, (3) finalmente, el régimen jurídico del cambio entre categorías equivalentes y las referencias objetivas y subjetivas legales del juicio de equivalencia. Terminando con un estudio de los límites y garantías específicas del cambio equivalentes que permiten, en último lugar, fiscalizar esta medida de flexibilidad interna, al objeto de no sacrificar abusivamente los derechos e intereses afectados con la aplicación de la misma.

La opción metodológica de estudio parte por analizar inicialmente la delimitación y determinación cualitativa inicial de la prestación laboral, cómo ésta se concreta en el acto inicial de encuadramiento profesional y cómo el legislador faculta al empresario para cambiar o especificar el trabajo a realizar al objeto de adecuar el trabajo a las necesidades productivas o circunstancias del entorno sin lesión a los derechos profesionales de los trabajadores.

La tarea técnica inicial de exégesis nos lleva al análisis de los temas referidos a la determinación del trabajo debido, el alcance de la obligación de trabajar, el sistema de encuadramiento o clasificación profesional, y las facultades empresariales para ordenar un cambio funcional, fundado en el poder de dirección del empresario en sus diferentes manifestaciones y niveles.

En segundo lugar se estudia la problemática del poder de dirección y el encuadramiento de la institución de la equivalencia entre categorías dentro del tipo de la manifestación del poder de dirección positivizada específicamente, que la dota de unas características especiales, que la alejan del modelo de movilidad funcional en el seno del grupo profesional (poder de dirección positivado genéricamente) y del *ius variandi* (poder empresarial extraordinario).

Finalmente se realiza un estudio integral y completo del régimen legal y convencional de la institución.

DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

El maestro Manuel Alonso Olea defendía a la legitimidad que tiene el tesinando para no incluir en la tesis temas que se desvíen el objeto de estudio o aquellos otros que, por su amplitud, no permiten la profundización que una tesis requiere. En nuestro caso, se desecha la opción de estudiar unitariamente la movilidad funcional del art. 39.1 ET en su conjunto (movilidad dentro del grupo y entre categorías equivalentes unitariamente). El estudio, pues, está limitado exclusivamente a la movilidad funcional entre categoría equivalentes.

Bajo esta opción, se analiza sintéticamente la determinación del objeto del contrato de trabajo por las partes y la concreción de la prestación a través del ejercicio ordinario del poder de dirección enmarcado por la categoría profesional asignada y la especificación de las funciones o tareas dentro de ella. (**cap. I**). Como capítulo introductorio o de embocadura, su sistematización es básica para centrar el tema objeto de investigación.

Se analiza posteriormente la teoría general de la movilidad funcional. Y en particular la dimensión *legalizada* del poder de dirección empresarial. En la que ocupa un lugar destacado las manifestaciones del poder de dirección positivizado *específicamente* (art. 39.1 ET). Se realiza para ello un estudio completo de sus caracteres, límites generales y específicos. Dentro de estos últimos, se critica, por considerarla limitada al fin que propone, la idea de la recontractualización de tal poder a través de los principios comunes del contrato civil, puesto que, en lugar de evitar posibles excesos del poder de dirección legal, la relación laboral se vuelve más disponible para el empresario (**cap. II**).

La parte del estudio de exégesis de la institución se realiza en el **capítulo III**: con la configuración del juicio de equivalencia como nueva prestación debida por el trabajador —o nuevo deber de cumplimiento legalizado— que justifica la reasignación de funciones, nuevos límites y garantías profesionales y retributivas para el trabajador que sufre la reasignación funcional, y, en contrapartida, la previsión de específicas garantía y límites en el ejercicio empresarial de la equivalencia, de forma especial los criterios de bidireccionalidad del sentido del cambio funcional entre ambas categorías o intercambiabilidad profesional entre las mismas que, de lege ferenda, completan el juicio de las categorías equivalentes con total efectividad (**cap. IV**).

CAPÍTULO PRIMERO CATEGORÍA PROFESIONAL, PODER DE DIRECCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO

1. LA PRESTACION DE TRABAJO DEBIDA POR EL TRABAJADOR

1.1. Introducción.

El contrato de trabajo se caracteriza por constituir una relación jurídica bilateral y sinalagmática¹ de la que derivan para el trabajador y empresario las obligaciones básicas de trabajar y remunerar, completándose este esquema con una serie de poderes y deberes de diversa naturaleza. La obligación de trabajar es el deber primordial del trabajador y consecuencia inmediata de la reciprocidad de obligaciones impuesta por el carácter conmutativo y oneroso del contrato que sirve de envoltura jurídica a la relación laboral.

En virtud del contrato de trabajo le son exigibles corrientemente al trabajador una serie de actividades laborales, convirtiéndose éstas en el trabajo convenido; pero, igualmente, le son exigibles nuevas formas y maneras de prestar la actividad fruto de la facultad empresarial para ordenar el cambio de funciones y de otras condiciones de la prestación (como el lugar, el tiempo, etc.) en base al poder de dirección que ostenta, constituyendo estas nueva actividades, igualmente, prestación de trabajo debida. A lo largo del presente capítulo se examina la prestación debida por el trabajador en sus faceta de: trabajo convenido inicialmente y prestación debida determinada por el empresario.

¹ La bilateralidad de todo contrato alude a su virtualidad para servir de síntesis de las pretensiones de los sujetos que lo celebran. En efecto, la estructura bilateral del contrato supone una proyección al ámbito contractual del principio de igualdad, a través del cual las partes componen y concilian sus intereses contrapuestos y protegen los bienes dignos de atención jurídica. Aunque en la actualidad sería objeto de cuestionamiento, se ha señalado reiteradamente por la doctrina que el interés empresarial es disponer de la fuerza del trabajo a su antojo según las necesidades del momento y por tanto una cierta indeterminabilidad de la prestación laboral. En frente estaría el interés del trabajador de contar con la mayor determinación posible de la prestación debida y por tanto la menor posibilidad de alteración por parte del empleador. Véase, Duran López, F «La Clasificación profesional de los trabajadores: Función y significado en la Organización Capitalista del Trabajo», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, pág. 144.

La prestación de trabajo como actividad de tracto sucesivo va asociada a una idea de variación o adaptación de la prestación, incluso aquellas relaciones de carácter temporal. Dichas circunstancias determinan que la prestación de trabajo aparezca rodeada de una serie de peculiaridades, distintas de las que pueda tener la prestación de servicios del derecho común, con lo que exige un contrato específico. En efecto, el contrato de trabajo es un contrato de duración y tracto sucesivo, de suerte que se hace precisa la adaptación de su contenido a las circunstancias sobrevenidas que pueden hacer peligrar el interés del empleador a la prestación vinculado a la productividad de la empresa². Una relación contractual con una prestación de trabajo de tracto sucesivo, y, una obligación de actividad dirigida a la utilidad empresarial, precisan no sólo una determinación amplia de las condiciones laborales, sino también a que el trabajador se comprometa a prestar sus servicios en esas condiciones siguiendo las órdenes del empresario.

De ahí se derivan dos circunstancias que condicionan la relación laboral: una, la prestación de trabajo es una prestación de hacer cualificada por la subordinación³, y otra, sobre el desarrollo del trabajo el empresario tiene la facultad de adaptación de la prestación laboral, al objeto de adecuar la prestación laboral a las necesidades del entorno laboral, dentro de unos límites dados. Por ello es lógico que el programa prestacional que acuerden las partes del contrato al inicio de éste tenga un carácter medial y un objeto relativamente indeterminado⁴. De forma que el objeto del contrato de trabajo se desenvuelve en una conducta genérica, cuya medida y alcance se concreta, por exigencia normativa, con referencia o remisión a un grupo o categoría profesional y a los elementos clasificatorios legales del mismo (art. 22.1 ET-94). Se trata de un grupo de actividades que quedan determinadas (más o menos según la remisión al grupo profesional o la categoría) en el momento de la contratación, fijándose entonces no sólo la pluralidad de funciones o tareas dentro de las cuales se podrá individualizar la prestación, sino también el quantum de subordinación, los límites del poder de dirección.

² Román De la Torre, M.D., *El poder de dirección del empresario*. Ed. Grapheus Valladolid. 1992 pág. 56

³ Cuenca Alarcón, M., *La determinación de la prestación de trabajo: Clasificación profesional y trabajo convenido* CES Madrid. 2006 pág. 51

⁴ Así, pues, como señala Cruz Villalón sólo en un sentido no técnico se puede calificar la prestación laboral de “relativamente indeterminada” (Cruz Villalón, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ed. MTSS, Madrid, 1983, pág.24).

La facultad de variación de la prestación por el empresario al objeto de individualizar la prestación entre la pluralidad de funciones de un grupo o categoría profesional se incluye en la misma idea del contrato de trabajo. Para estos cambios funcionales el empresario posee un poder originario, sin más limitaciones que el respeto a la legalidad vigente, a las reglas de la buena fe (ejercicio regular de sus facultades directivas –art. 5c ET-). Estos cambios accesorios o no sustanciales de la prestación laboral, se refieren a cambios funcionales realizados al interno de la prestación debida en base al poder de dirección y con el objeto de mantener una utilidad empresarial de la prestación a través de una constante adaptación y actualización de cometidos laborales.

El contenido concreto de la prestación de trabajo debida por el trabajador es básicamente contractual, y desde esta óptica entendemos la regulación concreta del art. 22.3 y 39.1 ET. En efecto, la configuración general de la prestación en el ET está marcada por una triple declaración: una declaración genérica de las partes respecto a las tareas o funciones exigibles: serán aquellas a las que se obliguen; una declaración-refuerzo que les recuerda a las partes del contrato de trabajo que con su acuerdo singularizado fijarán el *objeto del contrato*; una declaración supletoria, que les señala que el contenido funcional tendrá obligatoriamente que tener una referencia negocial externa a las partes —*con relación a la clasificación profesional correspondiente*—. Pero además, de la anterior regla general, el Estatuto recuerda que indirectamente la prestación debida será aquella especificada y ordenada por el empresario dentro de su facultad empresarial para concretar la prestación adecuada a realizar, o -si se dan ciertas causas legales- para modificar la prestación inicialmente establecido⁵.

Estas dos formas de determinar la prestación debida con declaraciones contractuales iniciales o con la especificación empresarial posterior, permiten diferenciar que mientras que el consentimiento contractual de las partes es fundamental para fijar el *objeto del contrato*; no lo es, sin embargo o en igual medida para configurar la prestación y fijar el *objeto de la prestación*, el cual varía según ordenes del empresario, bajo determinados límites. Esta subdivisión puede explicarse desde un punto de vista dogmático por las diferencias que existen entre las relaciones contractuales y las relaciones obligatorias que nacen de aquellas. La virtualidad de esta diferenciación entre

⁵ Véase, up infra capítulo II; para el recordatorio que la prestación debida es la especificada por el empresario dentro del género de prestaciones que contiene e grupo profesional, el epígrafe relativo al poder directivo positivizado; para la modificación de la prestación, el capítulo referido al poder directivo positivizado específicamente.

consentimiento sobre el objeto del contrato y aceptación del objeto de la prestación decidida por el empresario, como se verá más adelante, es lo que permite explicar como una modificación del *objeto del contrato* supone una modificación de la relación laboral⁶; mientras que, en cambio, una modificación del *objeto de la prestación* supone, la mayoría de las veces, una alteración funcional que se debería encontrar dentro de las prestaciones que componen el objeto del contrato.

Por ello, vamos a analizar la determinación del objeto del contrato por las partes del contrato y el tratamiento normativo de la facultad de asignación de funciones o fijación del objeto de la prestación, que posee el empresario.

1.2. El objeto del contrato de trabajo y el contenido prestacional.

Como cualquier contrato, el contrato de trabajo precisa de forma inexcusable que el deudor sepa a qué queda obligado y el acreedor conozca la conducta prometida por el deudor⁷, determinación del «*qualitum*» prestacional que supone un límite –junto con los de licitud, posibilidad y existencia- a la autorregulación por las partes del objeto del contrato. Por ello, el trabajo debe estar limitado en la calidad y cantidad de la prestación laboral.

La intervención heterónoma en la determinación de la prestación de trabajo supone que el ordenamiento laboral se cree en la necesidad de especificar tanto qué deberes laborales pesan sobre el trabajador como la determinación cualitativa y cuantitativa de la prestación, que permita conseguir el mayor grado posible de precisión en torno a su objeto.

⁶ Sólo en el ámbito de las relaciones laborales se puede hablar de una facultad de modificar unilateralmente el objeto del contrato inicialmente acordado por las partes. En efecto, el contrato civil o el administrativo no se permite una concesión al acreedor de una facultad de modificación unilateral como la que se permite en el ordenamiento laboral. Y esto es así porque el contrato de trabajo es un contrato especial normado, tendente a la conservación de la relación laboral bajo el fenómeno de la resistencia del contrato de trabajo. Así como por la posición de subordinación del trabajador, que se convierte en un componente sustancial del contrato de trabajo. En efecto, es la dependencia, entendida como sujeción del trabajo a un poder jurídico privado, la que deviene elemento constitutivo de la relación contractual laboral, sometida a las reglas legales y colectivas que delimitan el contrato. Véase, por todos Cruz Villalón, J., *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pág. 361.

⁷ LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil* Tribium. 1993 vol 2 pág. 73 ss

Es el sistema por el que han optado determinados países (Portugal), que entienden que la determinación del objeto del contrato de trabajo⁸ tiene como referente la “actividad contratada” en lugar de la “categoría profesional”. De esta forma, la *actividad contratada* comprende tanto la función principal (cuya definición puede venir por remisión a una categoría del convenio o del reglamento de la empresa) como también las funciones afines o funcionalmente ligadas a aquella. Para la doctrina portuguesa⁹, el art. 151 (funções desempenhadas pelo trabalhador) de la ley n.º 99/2003 de 27 de agosto, aprueba el "código do trabalho va a permitir cubrir —dentro de las exigencias de buena fe— todas las prestaciones laborales o funcionalmente ligadas a ese núcleo, de acuerdo con la «geometría variable» del contrato de trabajo; tal y como ya estaba aplicándose por la jurisprudencia¹⁰, con lo cual, en la práctica, el código do trabalho exige al trabajador el ejercicio de funciones «afines» o funcionalmente ligadas a la actividad contratada, siendo reflejo de las tendencias en la identificación más genérica del objeto del contrato de trabajo, y perdiéndose así el valor garantístico antes atribuido a la categoría profesional. Esta visión intervencionista por la cual el trabajador queda obligado a cumplir todas las tareas funcionalmente ligadas a la inicial o contratada no constituye una solución viable. Y así, el Proyecto de Lei N.º 547/2008 (3.ª) deroga el Código do Trabalho y aprueba una nueva legislación laboral, donde ya no hay esa renuncia a la determinación de la prestación laboral¹¹.

La posibilidad de que al trabajador le sean exigibles deberes de diligencia y obediencia así como un conjunto de actividades genéricas no significa que con el contrato de trabajo se formule una excepción a la necesidad de determinación del objeto

⁸ El Código do Trabalho de 2003 (en los arts 111.º y 151.º-152.º) definía el objeto del contrato de trabajo con independencia de la noción de categoría e integra en ella "de forma automática" las funciones "afines o funcionalmente ligadas" a la actividad contratada "*para las cuales el trabajador tendrá una cualificación profesional adecuada y que no impliquen desvalorización profesional*".

⁹ Bernardo Lobo Xavier, "A matriz constitucional do Direito do Trabalho", in III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias, 2001, pág.95 ss.(107)

¹⁰ Como señala Monteiro, "La jurisprudencia autorizaba la adaptación del objeto del contrato "a lo que haya sido acordado entre los contratantes o tuviesen previsto o sentido en relación con sus necesidades"" Luís Miguel Monteiro, "Polivalência funcional", in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho* – vol.I, pág.313. En efecto, la jurisprudencia ya había avanzado en esta línea, realizando una interpretación extensa de actividad contratada en la que se encontraba la idea de equivalencia (Sentencia nº 519 del Tribunal de Casación de 16 de enero 2001)

¹¹ El Código do Trabalho de 2008 Artigo 140.º Objecto do contrato de trabalho. 1— Cabe às partes definir a actividade para que o trabalhador é contratado. 2— A definição a que se refere o artigo anterior deve ser feita por remissão para categoria profissional constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável ou de regulamento interno

del contrato¹² ni se incumpla las exigencias previstas en los arts. 1261 (no hay contrato sin «objeto cierto» que sea materia del mismo) y 1273 («el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie») del Código Civil.

El Código civil no ofrece una definición o noción de objeto del contrato, se limita, como no puede ser otra su función, a exponer la exigencia de contar con un objeto cierto¹³ y a atribuirle los caracteres de: existencia, licitud, posibilidad y determinación (arts. 1271 a 1273 del CC). Se puede entender el objeto del contrato como: «*la realidad social, representación común de las partes, sobre la que recae el consentimiento*»¹⁴. En el caso del contrato de trabajo, el objeto del contrato conforme a la traslación de la noción civil sería la «*realidad externa*» sobre la que va a incidir la conducta de actividad, representada por las partes y acordada por ellas. De lo que se desprende que el objeto del contrato de trabajo, —en definición propia que formulamos—, son “*los servicios a prestar bajo un régimen de vinculación y subordinación, acotados por la clase de prestación continuada según la representación común de ambas partes tienen de la misma en relación con la organización sectorial de la prestación, sobre la que recae el consentimiento*”. Los rasgos que ofrece esta definición son dos. El primero de ellos hace referencia al objeto «cierto», permite diferenciar el objeto del contrato de trabajo del objeto de la obligación¹⁵, pues el objeto del contrato es genérico pero determinable al inicio. El segundo se concreta en la «materia» objeto del contrato, hace referencia a la realidad externa a las partes sobre la que va a incidir los servicios (la ejecución material)¹⁶. Cabe rechazar la identificación que muchos autores realizan entre el objeto del contrato con el objeto de la obligación, que nos será muy útil para explicar la facultad empresarial para ordenar y reasignar esa conducta debida (ejecución material) sin, con ello, cambiar el objeto del contrato.

Cabe, pues, diferenciar el objeto del contrato del objeto de la obligación que consiste en la prestación (la ejecución material). La fijación del objeto del contrato es un elemento esencial del contrato, es decir, que resulta absolutamente necesario su determinación para la validez y eficacia del mismo; y en contraposición con los

¹² Cruz Villalón, J, *Las modificaciones...*, cit. Pág. 21.

¹³ SAN JUAN PUIG, V., *El objeto del contrato* Aranzadi. 1996 pág. 56.

¹⁴ GETE-ALONSO M^a. C., <Comentarios a al art. 1271 CC en *Comentarios al Código Civil* 1991 pág. 473

¹⁵ Un ejemplo de objeto de la obligación de un contrato de trabajo sería, por ejemplo, quedar a disposición a fin de prestar el asesoramiento continuado.

¹⁶ En nuestro ejemplo, haría referencia a los servicios de asesoramiento y vinculación a la empresa.

elementos accidentales, los cuales pueden ser adicionados al contrato de trabajo pero no son necesarios para la validez y eficacia del contrato. Con todo, siguiendo a Díez-Picazo, es más correcto —que la dicotomía esencial/accidental y de mayor utilidad práctica— configurar el objeto del contrato como un “requisito o presupuesto del contrato”, esto es, la situación previa de representación del trabajo por las partes de la relación laboral necesaria para la validez y eficacia del contrato de trabajo; siendo el “contenido de los contratos” las reglas de conducta y los deberes y poderes estipulados por las partes¹⁷ o previstos por las leyes, siendo en este ámbito donde tiene utilidad práctica la distinción entre lo esencial y lo accidental. Ahora bien, en la prestación laboral se involucra la propia persona del trabajador, obligando al legislador a establecer otros parámetros de delimitación de lo esencial/accidental distintos a la función económica o mantenimiento de la representación de la prestación inicialmente acordada por las partes, de tal forma que, como señala Serrano Olivares, los derechos del trabajador —tanto los de contenido laboral (promoción profesional, estabilidad, etc..) como extralaboral (domicilio, dignidad, libertad, etc..)— van a constituir parámetros prevalentes de medición de la “esencialidad” de las condiciones de trabajo¹⁸.

Trasladar la delimitación del objeto del contrato del Código Civil al plano laboral se encuentra con las dificultades propias del contrato de trabajo de ser un contrato normado sometido a un régimen legal estricto, que condiciona la identificación del objeto del contrato, y que supone, entre otras cosas, la existencia de una determinación legal del objeto del contrato de trabajo.

En virtud del contrato de trabajo, el trabajador, en cuanto deudor de una prestación, se encuentra en la necesidad jurídica de trabajar, de forma que, para satisfacer el interés del empresario en cuanto acreedor, ha de desarrollar una actividad que posibilite la obtención de una utilidad inmediata a este último¹⁹. Esta conducta, actividad o comportamiento que debe observar el trabajador como consecuencia del vínculo contractual es lo que constituye el objeto de aquella obligación, recibe el calificativo doctrinal de «prestación de trabajo».

¹⁷ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* Vol. 1 Civitas. Madrid. Pág. 354-355.

¹⁸ Serrano Olivares, R. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES Madrid. 2000 pág. 50

¹⁹ Alarcón Caracuel, M.R. «La ajeneidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo» REDT núm. 28, 1986, pág. 540.

El contrato de trabajo da cobertura a un conjunto de obligaciones de hacer integra una deuda de actividad, que no de resultado²⁰. La deuda del trabajador es de actividad, determinada genéricamente, y precisa, consecuentemente, de múltiples especificaciones relativas, entre otras, a la clase y calidad del trabajo que ha de prestarse, contribuyendo por una parte a reforzar la justificación de la atribución al empresario de poderes y facultades que modalicen la prestación de esa actividad, y por otra parte, a determinar la posición del empresario y del trabajador.

La posición de subordinación del trabajador, su consentimiento a las órdenes empresariales constantes y cambiantes durante la relación laboral da un sentido propio al contenido de la prestación de trabajar y a las modificaciones de la misma, como veremos.

1.2.1 *La determinación del objeto del contrato de trabajo y la prestación debida*

Por la disciplina del ordenamiento laboral en esta materia, para cumplir con el art. 1273 CC no basta con manifestar en el contrato de trabajo que el trabajador se obliga a prestar servicios para la empresa sino que hay que especificar la clase («especie») de servicios que ha de prestar. Esta es la actividad de determinación contractual del objeto, que se lleva a cabo de manera «sui géneris» en la relación laboral, donde hay una determinación amplia de las condiciones laborales, así como una constante especificación (órdenes del empresario) de la deuda laboral genéricamente determinada. La determinación está, pues, conectada con el ámbito del consentimiento y certeza de las partes sobre lo que es la materia objeto del contrato.

Los elementos de la prestación de trabajo sobre los que se precisa su concreción son: el *qué*, *cuál* y *cuánto* de ella. Una vez concretados éstos, el objeto del contrato de trabajo es cierto y determinado, es decir, se ha acotado y convenido un trabajo

²⁰ Como se sabe, la diferencia entre deuda de actividad y resultado radica en la diferente manera de definir el contenido de la prestación del deudor: o como simple despliegue de una actividad diligente, en el primer caso, o como la necesidad de inclusión del logro del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio, véase, Jordano Fraga, F., «Obligaciones de medios y resultados» en Anuario de derecho civil 1991 pág. 7.

individualizado; con *identidad* respecto a otros²¹. En efecto, la determinación de la prestación asumida por el trabajador tiene uno de sus presupuestos indispensables en la fijación de la clase, calidad y especie del trabajo que constituye su objeto.

Esta individualización del trabajo que es el objeto del contrato de trabajo debe establecerse al inicio de la relación laboral, pudiendo, si las partes no conocen todo el programa prestacional, determinar el objeto en cuanto a su especie dejando a necesarios y posibles actos posteriores la determinación de la prestación concreta, como sucede en los contratos de formación progresiva²².

En la determinación y régimen del trabajo convenido debemos tener en cuenta además de los criterios de derecho común sobre la determinación del objeto del contrato así como las previsiones del núm. 5 del art. 22 ET y las contenidas en los convenios colectivos de aplicación, por ser el «trabajo total de la empresa» y su reparto una condición de dimensión colectiva.

Las partes pueden determinar junto al objeto del contrato de trabajo el contenido esencial del contrato cuando:

- a) Establecen el contenido de forma exhaustiva y única de la tarea a desarrollar, con carácter excepcional y a falta de referente funcional genérico en el convenio de aplicación en relación con la tarea a desarrollar.
- b) Establecen la prestación con referencia a un género de trabajo previsto en el convenio colectivo de aplicación a la empresa.

En este último caso, la legislación laboral, de forma excepcional con respecto a otras modalidades contractuales, y al objeto de mantener el contenido esencial del contrato (un trabajo útil, unas prestaciones laborales actualizadas) y resulte económicamente sostenible durante toda su vigencia, puede otorgar una serie de poderes al empresario;

²¹ De ahí que esta identidad o individualización reúna dos notas: Una positiva, aquello sobre lo que versa la deliberación, y otra negativa, lo excluido, la cosa distinta. DORAL GARCÍA señala dos fundamentos de dicho requisito individualizador. “Una inmediata, que las partes conozcan de desde un comienzo las obligaciones a que el contrato las sujeta, y otra mediata, enjuiciar la adecuación ulterior” (*El negocio jurídico ante la jurisprudencia* Trivium, 1994 pág. 110).

²² DIEZ-PICAZO. L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias* V. II. 4ª ed., Civitas 1993, pág. 306

en concreto, se le faculta con poderes de movilidad funcional para que determine el objeto de las prestaciones laborales (el conjunto de obligaciones laborales) a lo largo de la vigencia del contrato.

Así, salvo casos excepcionales del supuesto (a) anterior, —donde las partes acuerden tal concreción de la prestación (determinación exhaustiva de todas las funciones o polivalencia funcional) —, lo lógico, en un contrato de tracto sucesivo, es acordar la prestación con referente a un género de trabajo: determinación con referencia a las funciones típicas de una categoría o grupo profesional, acto que se denomina “acto de equiparación o asignación” profesional (art. 22.5 ET fine). Desde esta perspectiva, se entiende que el núm. 5 del art. 22 ET establezca, primeramente, que será por acuerdo entre el trabajador y el empresario el establecimiento de la prestación debida. Pero, acto seguido, señala que el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo deberá equipararse a una categoría, grupo profesional (o nivel retributivo) previsto en el convenio colectivo que se corresponda con aquel. Ello incluso cuando se determinen exhaustivamente las tareas o se acuerde la polivalencia funcional, debiendo corresponderse la equiparación con las funciones que sean prevalentes.

La necesaria concreción inicial del objeto del contrato por las partes y que éste debe ser determinado en cuanto a su especie se contempla en el ET que dispone, en su artículo 22.5 que « *Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, así como su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, [acuerdo] de aplicación en la empresa, que se corresponda con dicha prestación*». De lo que se deduce que forman parte de la prestación debida y le son exigibles al trabajador las funciones y prestaciones de la correspondiente categoría o grupo profesional.

Al margen de esta previsión legal, y conforme a las previsiones del derecho común, siempre prevalece el hecho indubitado de que «no se establece genéricamente la obligación de prestar trabajo, sin más, sino la de llevar a cabo un determinado tipo o

especie del mismo, con referencia a una operación u operaciones singulares dentro de un proceso productivo específico, en una rama de la actividad económica»²³.

El proceso tendente a concretar la clase de trabajo que ha de prestarse, consiste en precisar las tareas deducidas en el contrato, y se realiza ordinariamente mediante indicación de la naturaleza de la energía de trabajo y del contenido técnico-profesional de la actividad que el trabajador está obligado a ejecutar al servicio del empresario, y en relación a la cual éste, a su vez, debe retribuirle.

1) *La clasificación profesional.*

La delimitación cualitativa constituye una técnica individualizadora de la prestación laboral y la clasificación profesional es el instrumento principal a través del cual se realiza la determinación de la clase de trabajo a prestar por el trabajador. La clasificación profesional es compleja y abarca desde la técnica y organización del trabajo, pasa por los análisis, valoración y clasificación de puestos de trabajo²⁴, llega al sistema de clasificación profesional y finaliza con el «acto de clasificación profesional», en el momento genético del contrato de trabajo. La delimitación cualitativa de la prestación también se puede realizar posteriormente, con el cambio funcional o con la modificación de la prestación de trabajo. Para mantener la coherencia del presente trabajo, centrado en la movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes, nos detendremos en el estudio de la clasificación profesional referido a la regulación del *acto de clasificación profesional* por las partes del contrato²⁵. Pero igualmente, y en un capítulo posterior²⁶, el cambio unilateral del empresario de la prestación inicial en base a su poder de dirección positivado específicamente²⁷, de acuerdo con los artículos 22 y

²³ Palomeque López, M.C., «El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional», RPS, 1972, núm. 95, Pag. 81. Rodríguez de la Borbolla, J., *El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo*. Sevilla. 1975. Pág. 149

²⁴ Parra un estudio de la técnica y la organización del trabajo remitimos a las obra de Charles Sabel, *Trabajo y política. La división del trabajo en la industria*,. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

²⁵ El acto de clasificación profesional es aquel por el que se atribuye a cada trabajador en el momento de iniciar la relación laboral un determinado elemento o referente funcional de los definidos por el Estatuto de los trabajadores (grupo o categoría profesional) y concretado por la negociación colectiva.

²⁶ Vide up supra, capítulo II.

²⁷ La facultad empresarial de modificación unilateral o de cambio funcional de las tareas del trabajador en base al poder de dirección o del ius variandi, se define en el ordenamiento laboral conforme una serie de requisitos básicos de legitimidad en uno u otro supuesto para su ejercicio. El ius variandi (modificación de la prestación ante necesidades perentorias) se define en sentido negativo el inciso final del art. 39.2 E T cuando permite el ejercicio de este último

39 ET²⁸ que facultan al empresario a determinados cambios unilaterales de la prestación laboral conservando la anterior relación contractual por el alcance y finalidad del cambio funcional.

a) El acto de clasificación profesional (acto de cualificación y equiparación).

Por el art. 22.5 ET la partes del contrato tienen la imposición de realizar *ad initio* la atribución o asignación de la categoría profesional. Esta obligación deriva de la dificultad que «ad initio» del contrato de trabajo tienen las partes para identificar todas las competencias y cometidos a realizar durante la vigencia del contrato, así como de la imposibilidad de prever las circunstancias sobrevenidas que afecten a la ejecución del contrato. Lo que requiere auxiliarse de un título de ocupación configurado por los agentes colectivos en el convenio colectivo de aplicación.

Las funciones, tareas y competencias son acordadas por las partes de forma individual, pero el sistema de clasificación profesional es una materia de naturaleza colectiva²⁹. La libertad contractual de las partes para determinar la prestación laboral se encuentra, pues, condicionada, en el contenido y la forma, por la intervención legislativa. Cierto que la especificación de la clase de trabajo que ha de prestar el trabajador podría realizarse, sin más, mediante la referencia expresa a una profesión u oficio concreto³⁰. No obstante, es posible efectuar esa concreción con un mayor grado de precisión, y esto se logra acudiendo a la clasificación profesional.

Al acto de clasificación profesional denominamos esta operación de subsumir el cometido laboral que se contrata en una categoría o grupo profesional previamente establecido por el convenio colectivo de aplicación. De esta forma, conformarán el

sobrepasando, de forma temporal y causal, la titulación y el grupo y la categoría profesional equivalente del trabajador, que son los límites que respeta el cambio funcional con base en el poder de dirección.

²⁸ Luján Alcaraz, J., *La prestación de servicios privados* MTAS.Madrid, 1992 pág. 104.

²⁹ La clasificación profesional es un materia de naturaleza colectiva. Y ello por la interconexión de tareas entre los trabajadores y la búsqueda de una homogeneidad de la actividad que facilite el intercambio de cualificación y la seguridad jurídica respecto de las competencias adquiridas por experiencia profesional. En efecto, hay que indicar como el hecho del reparto de tareas dentro de la empresa originó un nuevo modelo de producción y una regulación de la prestación y del elemento referencial a fin de contemplar un equilibrio de intereses individuales y colectivos en presencia

³⁰ como categorías cerradas y protectoras las del sector aeronáutico, véase Parada Vazquez, J. D., *La relación jurídica aeronáutica : Aspectos administrativos, aeronáuticos, civiles, constitucionales, fiscales, hipotecarios, internacionales, mercantiles, laborales, penales y registrales.* -- 1ª ed.: Barcelona, 1998

contenido de la prestación laboral las funciones convencionalmente acordadas, de acuerdo con la *cualificación* del trabajador contratada (sus aptitudes profesionales, titulación), y con el acto de clasificación profesional.

Se parte, pues, de un acto consensuado de contrastar las funciones contratadas con la categoría o grupo profesional aplicable y subsumiendo aquellas en el referente funcional (grupo o categoría) más adecuado; siendo los servicios contratados los que determinan el «acto de clasificación profesional». Éste acto se acerca al acuerdo sobre el objeto del contrato mismo, y, conforme al mismo, el empresario y trabajador reconocen formalmente la realización de unos servicios que serán el objeto del contrato, dotándolo desde ese momento de identidad³¹.

En este primer acto, se acuerda qué servicios se contratan y en qué consisten las tareas principales a realizar por el trabajador conforme a la realidad de la empresa y del propio puesto de trabajo (calificación profesional) para acto seguido concretar de lo que será la prestación a realizar, conforme a un sistema de clasificación profesional dado, subsumiendo las funciones en la categoría profesional que resulte más adecuada. A tenor de ese referente funcional (categoría o grupo profesional), que discurre paralelamente o como espejo a las funciones pactadas, se produce la *clasificación profesional*, o lo que es igual, «la clasificación es un acto por virtud del cual se reconoce o determina la categoría profesional del trabajador»³²; denominado «*acto de equiparación*», que consiste en la obligación que tienen las partes del contrato de vincular aquella calificación profesional³³ con un referente funcional previsto en el convenio colectivo, de forma que permite señalar cuál es la clase de trabajo objetivamente acordado y determinable.

³¹ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. Pág. 49. Un modelo más cerrado de determinación de la prestación, donde es la inicial determinación del acto de clasificación el que determina la tarea, véase en Garate Castro, F.J., *El rendimiento en la prestación de trabajo* Civitas 1984, pág. 79.

³² El proceso expuesto es resumido muy bien por las STS (IV) de 2 de junio de 1971, al determinar indirectamente que la clasificación profesional «consiste en incluir en una categoría a un trabajador en razón de que las funciones que realiza son las definidas como propias de las atribuidas a dicha categoría»

³³ La calificación profesional supone objetivar unas competencias del trabajador con relación a un puesto de trabajo o actividad estandarizada en el sector de actividad o empresa. Se elige un trabajador que posee unas cualidades para un trabajo que precisa la empresa. El trabajador compromete sus cualidades profesionales para ese trabajo. Ambos tienen la obligación de comunicarse las representaciones que del trabajo tienen.

A partir de ahí, el proceso de clasificación profesional es el siguiente: puesto que cada trabajador posee de acuerdo con esas aptitudes, titulación y habilidades una especial *cualificación*, será ésta y no otra la que ordinariamente tendrá en cuenta el empresario para asignarle unas funciones específicas entre las muchas que comprende la actividad productiva propia de la empresa³⁴. Ahora bien, tales funciones están en todo caso incluidas en el ámbito de un particular referente funcional (una categoría o un grupo profesional) establecido a priori por las normas reguladoras de la actividad en que esté encuadrada la empresa (el convenio colectivo aplicable).

b) La clasificación profesional objetiva (la categoría y el grupo profesional).

La principal característica de los actos de cualificación y equiparación es que ellos garantizan tanto el conocimiento inicial de la prestación a realizar como el programa de prestaciones que luego podrá ser objeto de concreciones y especificaciones conforme el poder directivo empresarial; y, por tanto, ese trabajo pactado y genéricamente remitido a un elemento de clasificación profesional previsto en el convenio de aplicación, continúan siendo el punto de referencia de la prestación debida y el límite al propio tiempo de los deberes prestacionales del trabajador y de las facultades de especificación del empresario. En otras palabras, con estas referencias objetivas y externas a las partes, queda asegurada la representación y certeza sobre el programa prestacional.³⁵

En coherencia con esta garantía, el legislador impone, al menos formalmente, —en el art. 85 del Estatuto— a los agentes sociales que uno de los temas de negociación colectiva sea el referido al sistema de clasificación profesional³⁶. Así, la clasificación profesional como uno de los contenidos de la negociación colectiva determina que el

³⁴ Por consiguiente, al trabajador sólo se le podrá exigir funciones coincidentes con el trabajo convenido y por la cualificación contratada, aun cuando el trabajador posea otra titulación mayor que la contratada o posea una experiencia profesional mayor para realizar otras funciones.

³⁵ La determinación colectiva de las tareas, bajo el nombre de una categoría o grupo, se realiza una remisión por las partes del contrato que permite cumplir con el requisito de determinar el contrato de trabajo.

³⁶ La expresión imperativa del Estatuto no deja lugar a dudas. El art. 22.1 ET establece “Mediante la negociación colectiva..., se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores”. Por su parte, el art. 85.3 ET no enumera —con lógico respeto a la autonomía de la negociación— entre los contenidos mínimos obligatorios del convenio colectivo la clasificación profesional. Por esta razón algunos autores han dudado de la imperatividad del precepto o cuanto menos lo califican de “imperatividad aparente”. Véase, SAMPER JUAN, J., “Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo”, Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ Madrid. 1997 pág. 18. Sin embargo, esta imperatividad se señalaba en los Acuerdos Interconfederales de 1997 y en el Acuerdo de Negociación Colectiva de 2001.

mismo deba contener unos criterios o elementos de clasificación concretos: El grupo y la categoría profesional. Igualmente, el legislador señala cómo deben ser los contenidos precisos de los criterios o elementos de clasificación³⁷.

Así, la ordenación que desde el Estatuto de 1980 establecía el legislador a los agentes sociales era doble: por una parte, fijar un sistema de clasificación profesional sobre la base de unos elementos clasificatorios concretos como son la categoría y el grupo profesional. Por otro lado, establecer los contenidos precisos de dichos elementos clasificatorios seleccionados. Esta concreción estatutaria fue una novedad propia del sistema democrático de relaciones laboral instaurado por la CE 1978 por cuanto con anterioridad la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 (LCT) no se definía la categoría profesional, ni menos aún el grupo profesional que apareció en los convenios colectivos de finales de los años setenta como agrupación de categorías con una función de equiparación salarial. Así, del art. 16 de la LCT que expresaba la necesidad de concreción de las clases de trabajo objeto del contrato, se podía inferir la noción de categoría profesional.

De acuerdo con esa inferencia, la «categoría profesional» sería aquella que englobara la idea de la clase de trabajo objeto del contrato de trabajo³⁸. Con la noción de Grupo profesional sucederá otro tanto, será la negociación colectiva la que irá perfilando la idea de la clase de trabajo que puede contener un grupo profesional. Para ello sería obligado desprenderse de la concepción tradicional de Grupo profesional como agrupación de categorías con una finalidad de homogeneidad meramente retributiva tal, y entenderla como agrupación de funciones profesionalmente semejantes que clara equivalencia profesional. Sólo de esta forma se engloba en grupo profesional — igualmente que con la categoría profesional— la idea de clase de trabajo objeto del contrato. Sin embargo, la ordenación que acabamos de resumir no es tan fácil de aplicarse en la práctica, de tal forma que han convivido sistemas de clasificación profesional fundados en el Grupo profesional con un contenido en términos tradicionales y legales frente a otros con un contenido agrupado en prestaciones

³⁷ Si bien con cierta imprecisión por cuanto mezcla en el art. 22 ET elementos jurídicos del sistema de clasificación con contenido funcional propio (la categoría y el grupo profesional) con otros sin tal valor funcional (los niveles retributivos y la valoración de tareas)

³⁸ Cruz Villalón señala como referencias a la clasificación podía encontrarse en diversos preceptos a lo largo de la LCT: arts. 16, 22, 64, 75,5 y 78 (*Las modificaciones...cit.*, pág. 40)

equivalentes en términos de cualificación y contenido de la prestación; y otro tanto ha sucedido con las categorías profesionales.

c) La clasificación profesional materia colectiva: naturaleza jurídica.

Lo que parece claro es el que el actual mandado del art. 22.1 del Estatuto por que se impone a los agentes sociales el establecimiento de un sistema de clasificación profesional mediante grupos o categorías profesionales constituye una norma de «derecho necesario absoluto» inmodificable por negociación colectiva³⁹. En todo lo demás, hay una “deslegalización” de la materia referida a la clasificación profesional o mejor dicho una remisión a la negociación colectiva.

De una parte, con esta remisión a la negociación colectiva se está excluyendo la posibilidad de una nueva intervención estatal como la que existía a través de las antiguas Ordenanzas Laborales, así como una intervención por «pacto individual» entre el empresario y el trabajador o la imposibilidad de crear unilateralmente por el empresario una categoría o grupo profesional. En efecto, derivada de esa naturaleza, hay que indicar como Estatuto de los Trabajadores permite al empresario con base en el art. 22.5 especificar (crear) unos *puestos de trabajo* (y asimilar a los mismos a los trabajadores) no fijados en el convenio colectivo, pero no le faculta a crear una *categoría* profesional específica (para esos trabajadores) que es una materia de creación y concreción colectiva⁴⁰. En la actualidad, con el sistema posttaylorista de organización del trabajo, no se puede confundir la noción de puesto de trabajo con la de categoría profesional, esta última mucho más rica funcionalmente y no vinculada a un elemento locativo como es el puesto de trabajo⁴¹. En efecto, con el ET-1980 desaparece el «puesto de trabajo» como elemento configurador de la prestación laboral debida.

³⁹ AA.VV., *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva: el alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores* (coord. Sala Franco). MTAS: serie Informes y Estudios núm. 39 pág. 70

⁴⁰ No puede el empresario unilateralmente crear categorías profesionales, pues esta labor —dada la imperatividad con se expresa el estatuto en su artículo 22.1 ET— está dentro de un interés “fuertemente” colectivo. Para la jurisprudencia, por todas, la Sentencia del T.S. de 5 de mayo de 1997 (A. 4615) sobre un supuesto de ascenso a unas categorías o plazas que no existían en el convenio colectivo.

⁴¹ Con anterioridad a la crisis de 1973, y bajo el método de organización taylorista, si era posible la confusión entre puesto de trabajo y categoría profesional. El sistema taylorista se refleja en un sistema de clasificación profesional basado en la categoría profesional y el puesto de trabajo como elementos configuradores del mismo, no precisando una mayor participación de los agentes sociales ni del enriquecimiento de las tareas o de las formas de garantizar la cualificación del trabajador. El modelo de clasificación profesional buscado por el legislador intervencionista se inserta en la concepción taylorista/fortista de división del trabajo con una fuerte correspondencia entre el «puesto de trabajo», la «categoría

De otro lado, se refuerza la naturaleza esencialmente y fuertemente “colectiva” de la clasificación profesional al ser imposible su individualización⁴² como condición más beneficiosa en el patrimonio exclusivo de un trabajador, así como por venir prevista como contenido propio de la negociación colectiva, —reflejando así la proximidad que ésta tiene con el sector de actividad concreto o con las necesidades organizativas de las empresas del sector—. Además, de significar indirectamente, una forma de participar de forma colectiva en la organización de la empresa.

Esta ordenación se ha ido completando en las reformas laborales de 1994 y 1997⁴³, siendo el rasgo más importante de esta remisión de la materia a la negociación colectiva el incremento y mejora, o incluso la mutación, de las definiciones que contienen los convenios colectivos de la categoría y el grupo profesional. Y ello ha sido en parte motivado por la homogeneidad legal exigida en la definición del art. 22.2 para el grupo profesional y en la identificación del art. 22.3 para la categoría equivalente, en las cuales se realiza su descripción legal a través de una homogénea agrupación de tareas en base a la cualificación profesional necesaria para realizarlas.

Por otra parte, se trata de definiciones de «grupo profesional» y «categoría profesional equivalente» las que contiene el ET de derecho necesario absoluto inmodificable por la negociación colectiva, pero que, dada la enorme ambigüedad y amplios términos con las que se describen, ofrecen amplia libertad a las partes negociadoras para dar un contenido a las prestaciones que conforman el grupo o el juicio de equivalencia entre categorías⁴⁴.

Los instrumentos de regulación de la clasificación profesional, tal y como establece el art. 22.1 del ET son únicamente dos: «la negociación colectiva, y en su defecto, los acuerdos o pactos de empresa» de lo que se infiere con esta referencia legal que no

profesional» y el salario. Ello dio lugar a un sistema intencionalmente rígido, con gran número de categorías descritas muy minuciosamente

⁴² las materias de carácter colectivo en un “sentido fuerte” son aquellas que no son susceptibles de individualización. Así las relativas a derechos sindicales, seguridad y salud y organización general del trabajo. Serrano Olivares, R., *Lugar...*, cit. pág. 66

⁴³ Véase LAHERA FORTEZA, J., “La regulación de la clasificación y promoción profesionales” *Balance material del proceso de sustitución de las ordenanzas laborales: continuidad y crisis de sus contenidos normativos* (Dir. VALDÉS DAL-RE MTAS 1999), pág. 103 ss. En igual sentido, AGUILERA IZQUIERDO, R., “La organización del trabajo como objeto de regulación en los convenios colectivos de ámbito nacional” en la Revista del MTAS. Nº 23 2000.

⁴⁴ AA.VV., *Los límites legales al contenido Cit.*, pág. 70

existe una determinación por el legislador respecto a un ámbito de negociación preferente para articular el sistema de clasificación profesional. La remisión es genérica al convenio —tanto a la «negociación supraempresarial o sectoral» como a los «convenios de empresa»—; por lo que pueden plantearse problemas de coordinación entre los distintos ámbitos de negociación. Igualmente se puede haber problemas respecto a la subsidiariedad a que es sometido por el art. 22.1 ET el “acuerdo de empresa” frente al convenio colectivo.. Estos acuerdos no son convenios colectivos en sentido propio, y se condicionan, en lo que a esta materia concreto se refiere, a en defecto de convenio colectivo⁴⁵. de aplicación subsidiaria, cuando no exista una negociación colectiva propiamente dicha⁴⁶ aunque nada impide que una vez que el convenio colectivo haya establecido el sistema de clasificación profesional se pueda negociar un acuerdo de empresa concretando aspectos más limitados que los establecidos en el convenio o incluso desarrollando aquellos aspectos del sistema de clasificación profesional que el convenio remite a un futuro acuerdo de empresa.

d) El acto de clasificación profesional en el derecho comparado.

Así, (dentro de la intervención legislativa en la determinación de prestación) y frente a una posible rigidez del sistema laboral español, caben distinguir diferentes opciones que se otras tantas regulaciones positivas dentro del Derecho comparado.

El sistema por el que han optado en el Reino Unido donde, salvo el supuesto particular y coyuntural de transposición a su ordenamiento de las directivas laborales europeas, nos encontramos con un sistema de desregulación “puro”, y donde los

⁴⁵ Es una idea que se encuentra latente en toda la jurisprudencia cuando, por ejemplo, afirma que: “*El propio ALEH (Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el sector de Hostelería, aprobado y suscrito el 13 de junio de 1996 y vigente hasta el 31.12.2000) insiste en que las materias que regula no pueden ser negociadas en ámbitos inferiores. La concurrencia entre Acuerdo y el X Convenio Colectivo de las Islas Baleares de Hostelería objeto del presente litigio se resuelve, pues, en una situación de superioridad del primero y de forzosa sujeción del segundo*”. STSJ de Baleares de 3 de febrero de 2000 (Ar. 1142), confirmada en este punto por la sentencia del TS de 5 de abril del 2001 (Pte. Fernández López).

⁴⁶ Pues, como señala la jurisprudencia, “...Al haberse formalizado y entrar en vigor el convenio de establecimientos sanitarios de Asturias que tiene carácter estatuario y por tanto valor de norma jurídica, no cabe oponer a este el acuerdo de empresa anterior pues la forma de evitar la aplicación del convenio de sector hubiera sido la suscripción de un convenio de empresa pero al no lograrlo no cabe entender que de persistir el fracaso en dicha negociación de ámbito empresarial dejaría de aplicarse indefinidamente el convenio de sector..” (STSJ. Asturias 26/09/02)

elementos característicos son el dominio de la “libertad contractual”⁴⁷ y el contrato como centro regulador de la relación laboral. Los conceptos cualificación y puesto cualificado o categoría profesional, a pesar de ser conceptos de origen civil, tienen su equivalente en las relaciones industriales (negociación colectiva) y no en la normativa laboral estatal⁴⁸.

El concepto jurídico de «encuadramiento» (clasificación profesional de los trabajadores, de enorme importancia en los sistemas continentales) resulta cuasi-inaccesible para los tribunales ingleses⁴⁹. Y así, al no estar el empresario obligado a asignar al trabajador una prestación con referencia a la *categoría profesional* prevista en los acuerdos colectivos⁵⁰, la materia de clasificación profesional, contenida en los convenios colectivos, posee un limitado alcance jurídico y con un efecto meramente automático. Así, aunque se incorpora a todos los contratos de trabajo celebrados por los empresarios y trabajadores sujetos a los acuerdos colectivos (federated employers/employees), sin embargo, no posee un efecto obligatorio, en cuanto que su aplicación puede ser, en la práctica lo es, excluida en el correspondiente contrato⁵¹.

El sistema de encuadramiento que han optado los países del mediterráneo tiene como modelo el Derecho italiano.

En el Derecho italiano, de forma similar a nuestro ordenamiento, la prestación del trabajador debe estar desde el inicio adaptada a la categoría para la cual ha sido adscrito (art. 2103 código civil italiano)⁵². El empresario debe dar a conocer al trabajador, al

⁴⁷ En efecto, el derecho laboral británico tiene un escaso número de normas para proteger las expectativas de los trabajadores, se produce una desregulación a través de eslóganes sobre la libertad. Wedderburn, L., Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa..., ult opág. cit., pág.374

⁴⁸ Secciones 153 y 140 de la Ley de protección del trabajo (Employment Protection [consolidation] Act 1978), para conocer las nociones de puesto de trabajo y empleo

⁴⁹ Así, el concepto más próximo —de contenido más sociológico que jurídico— es el de *trabajadores de cuello blanco* o de *cuello azul*.

⁵⁰ Tales términos contractuales no son de necesaria inclusión en el contrato de trabajo, quedando a su determinación contractual en cada caso. Véase, Deakin, D y Morris, G. S., *Labour Law* Butterworths Londres 2001 pág. 378

⁵¹ Galiana Moreno, J.M., *El contrato de trabajo en el derecho inglés*. Bosch 1978. p 133

⁵² El art. 2103 CC establece: “*El trabajador debe ser acoplado a las funciones para las cuales ha sido contratado o a aquellas correspondientes a la categoría superior que había sucesivamente adquirido incluso a funciones equivalentes a la última efectivamente realizada, sin ninguna disminución salarial.*”

En el caso de encomienda de funciones superiores el trabajador tiene derecho al trato correspondiente a la actividad que realiza y la encomienda deviene definitiva o la situación no ha podido prever la sustitución del trabajador ausente

momento de la constitución del contrato, la categoría y la cualificación que ella tiene asignada en relación con las tareas para las cuales ha sido contratado (art. 96,2 de las disposiciones adicionales del código civil italiano⁵³). Así, conforme resume la doctrina⁵⁴, la obligación principal del trabajador consiste en el ejecutar una determinada prestación laboral, la cual viene especificada en el acto de firma del contrato.

Ahora bien, dicho lo anterior, el encuadramiento de un trabajador en una categoría profesional es más rígido y legalista que nuestro sistema de clasificación profesional. El convenio colectivo italiano realiza una clasificación de los trabajadores por cualificación y nivel profesional a través de descriptivas declaraciones de los diferentes perfiles profesionales y ejemplificaciones de las tareas correspondientes a las diversas cualificaciones. Conforme al art. 2095 código civil italiano (en su última reforma por la ley 180/1985), el empresario debe asignar una de las cuatro categorías previstas (obrero, cuadro, dirigente y empleado); si bien, el mismo artículo remite a los convenios colectivos a fin de la definición de los requisitos para la pertenencia a cada categoría, por lo que, en la práctica, la pertenencia a una categoría depende de los criterios fijados por los convenios colectivos.

En lo que resulta común el encuadramiento según del derecho italiano y el español es en la forma de determinar el objeto del trabajo y en sus consecuencias. Pues la consecuencia directa e inmediata del encuadramiento es la de otorgar unos efectos jurídicos –derechos y deberes- más uniformes al trabajador, surgiendo el dato inicial para la sucesiva evolución profesional del trabajador dentro de la empresa.

2) *Categoría profesional ámbito donde realizar la posterior especificación funcional.*

Fuera de los supuestos excepcionales de pacto exhaustivo de la función a realizar no prevista en la categoría o grupo profesional del convenio colectivo de aplicación en la empresa⁵⁵, la regla general es asignar al trabajador las funciones de una categoría

con derecho a la conservación del puesto, después de un periodo fijado en el convenio y en cualquier caso no superior a tres meses.

En todo caso, no se podrá ser trasladado a una unidad productiva o a otra sino por probadas razones técnicas, organizativas y productivas. Cualquier pacto contrario es nulo”.

⁵³ Este artículo prevé: “*En el acto de constitución del contrato, el empresario deberá dar a conocer al trabajador la categoría y la cualificación que le son asignadas en relación a las tareas para las cuales ha sido asignado*”.

⁵⁴ Ferraro, G., *Il rapporto di lavoro*. Giappichelli Editore. Torino 2004, pág. 81.

⁵⁵ Nos referimos al pacto de prestación reducida.

profesional. Dentro de la cual están comprendidas un mayor o menor número de funciones o cometidos, que son las prestaciones de posible ejecución por el trabajador.

Con la asignación de una categoría profesional al trabajador se faculta al empresario, en base al poder de dirección (art. 20.1 ET) a especificar la concreta tarea a realizar dentro de las tareas previstas en la categoría profesional. Siempre, claro está que no sean categorías profesionales con una única función (modelo taylorista), sino categorías profesionales «enriquecidas profesionalmente». En este caso, al empresario corresponde la especificación de las prestaciones que le son debidas, dentro del margen o marco de la categoría profesional.

La ostentación de una categoría profesional, como determinación del objeto de la prestación, se convierte, así, en un derecho del trabajador, y, al mismo tiempo le impide realizar otros trabajos fuera de la categoría y correspondientes a sus reales y actuales cualidades profesionales. La doctrina ha establecido dos conceptos en relación a estas situaciones: la *categoría convencional* y la *categoría subjetiva*. Por la primera, la categoría convencional, se acuerda por las partes la contratación de una cualificación del trabajador (saber conducir taxis) de las muchas que el trabajador pueda tener (saber conducir autobuses). Las muchas titulaciones o cualificaciones del trabajador conforman su categoría subjetiva. Sólo la primera conforma el ámbito de la cualificación de la prestación debida y se conectará con la cualificación exigida en la categoría profesional a la cual es asignado. Esta doctrina también sirve para negar la facultad empresarial para ordenar, en el ejercicio regular de su poder de dirección, funciones no coincidentes con el trabajo convenido; esto es, aquellas que no sean coincidente con la categoría convencional, aun cuando profesionalmente esté o se pudiera considerar capacitado para realizar el trabajo. Así, para la normativa sectorial es una cláusula común recordar que la forma de proceder a la asignación de categoría y será en atención a la categoría profesional que concuerde con las funciones para las que hubiere sido contratado y no cualesquiera otras para las que esté capacitado.⁵⁶

El empresario puede determinar en base al poder de dirección (art. 20.1 ET) las funciones que el trabajador debe realizar sucesivamente durante la vigencia del contrato, pero siempre dentro del ámbito del referente funcional: la categoría profesional (o el

⁵⁶ Por todas, véase, el Laudo de sustitución de la Ordenanza del Agua, en su art. 8 señala: “..serán clasificados en atención a sus aptitudes profesionales, titulación y contenido general de la prestación...”

grupo profesional) El poder directivo que ostenta no consiste en «establecer mediante actos unilaterales obligaciones a cargo del trabajador o modificar las preexistentes». De hecho, el propio empresario será el primer interesado, como señala GARATE CASTRO en no vulnerar los límites que al especificar la prestación laboral le son impuestos por la categoría (y el grupo profesional)⁵⁷. Ni el trabajador puede exigir, salvo novación contractual, la realización de trabajos correspondientes a sus reales y actuales cualidades profesionales si ésta no han sido contratadas, esto es, salvo que tengan carácter convencional (categoría convencional)⁵⁸; ni el empresario puede ordenar, en el ejercicio regular de su poder de dirección, funciones no coincidentes con el trabajo convenido; esto es, la *categoría convencional*, aun cuando profesionalmente esté o se pudiera considerar capacitado para realizar el trabajo⁵⁹.

La posibilidad de disfunciones entre la clasificación profesional y las necesidades organizativas de la empresa, el respeto al sistema profesional rígido e ineficiente conllevaría además de una inadecuada asignación de funciones al trabajador (con situaciones de subempleo o descualificación así como rendimiento empresarial mínimo) una limitación a las facultades directivas y modificativas, y, en conclusión: la definitiva exclusión del empleo. En el fundamento de la propia función «económica» de la relación laboral se encuentra que el objeto del contrato de trabajo (la categoría profesional o el grupo) esté relativamente indeterminado, teniendo un contenido plurifuncional. En este sentido económico y no técnico es donde se puede calificar la prestación laboral de relativamente indeterminada en cuanto a su objeto⁶⁰. La necesidad económica condiciona la adopción de este tipo de determinación de la prestación laboral. Con él se garantiza la exigencia de la empresa de contar con un régimen

⁵⁷ Ya que el trabajador pueda proceder a extinguir el contrato fundándose en un incumplimiento contractual de aquél (arts. 49, núm. 10, y 50 ET). Además porque la referida vulneración puede repercutir negativamente en el rendimiento de quien pase a realizar cometidos distintos a los naturales de la categoría en la que ha sido encuadrado de acuerdo con sus aptitudes, conocimientos y preparación, lo que tiene una importante consecuencia ulterior, ya que, en estos casos, será el empresario el que deba asumir los efectos de la defectuosa prestación obtenida, habiendo de fracasar cualquier intento suyo de resolver el contrato en base a una pretendida «disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado», o «por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa». (Garate Castro, F.J., *El Rendimiento en la prestación ...*, cit. pág. 81).

⁵⁸ La categoría convencional es aquella a la que se hace referencia (bien especificando todas las funciones, bien con referencia a la prevista en el Convenio colectivo de aplicación) en el momento inicial del contrato, es la que sirve para determinar la prestación debida, y es dentro de ella el ámbito y el parámetro sobre la que tiene el empresario la facultad de especificación y concreción propia del poder directivo.

⁵⁹ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. pág. 50.

⁶⁰ Véase, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 24.

jurídico que, en principio, sin alterar el objeto del contrato, permita la adaptación funcional del trabajador a las variables exigencias organizativas que pueda tener.

Desde una perspectiva económica, la regulación actual del trabajo convenido es flexible en la medida que permite una descripción genérica del contrato de trabajo y cuenta con referentes funcionales labores (categorías o grupos profesionales) que han enriquecido los contenidos generales de la prestación respecto a periodos normativos precedentes y, que por consiguiente, son más adecuados a las nuevas formas de producción. En estos casos el legislador laboral no desea que se resuelva el contrato por alteración sobrevenida (nuevas necesidades organizativas), por lo que ofrece un régimen jurídico flexible a los poderes de modificación del empresario de las cláusulas contractuales⁶¹. Estabilidad del vínculo laboral que se eleva a motivación del ejercicio de las facultades de modificación mediante la movilidad funcional.

En todo caso, el plural contenido de los actos de encuadramiento supone una garantía de certeza del contenido contractual desde un principio⁶², y permite contemplar un programa de actividad más amplio que la que pudieran las partes prever al principio de la relación, estableciendo la legislación laboral la sujeción del trabajador a las ordenes de cambio funcional acordes con la necesidad organizativa de la empresa. Junto al “trabajo convenido” con referencia a una categoría profesional (con la amplitud que la misma analizada producto del enriquecimiento de tareas contenidas en una categoría profesional), el ordenamiento jurídico permite al empresario ir determinando o especificando las concretas tareas a realizar y ello dentro del término prestación debida, desarrollándose dentro de las obligaciones contractuales.

1.2.2 *La prestación debida en categorías profesionales enriquecidas*

En la actualidad, a diferencia de lo que históricamente se ha venido entendiendo por los convenios colectivos por categoría profesional, se permite identificar a esta con un

⁶¹ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, pág. 119

⁶² En efecto, una determinación del objeto del contrato a través de una referencia a un elemento técnico-funcional externo a las partes, negociado por los representantes, como la que sugiere el Estatuto, permite el marco de protección y de flexibilidad adecuado para ambas partes. Si negar el poder de dominio del empresario de especificar y variar la prestación debida por el trabajador conforme aquella que le resulte más útil.

contenido funcional múltiple y enriquecido. Abarcando igualmente el conjunto de conocimientos y capacidades profesionales necesarios para cumplir las funciones para las que fue contratado el trabajador a ella asignado. Con esto se quiere atribuir a la categoría profesional tanto a la enriquecida profesionalmente como a aquella otra unifuncional la capacidad de cubrir todas las funciones debidas por el trabajador, pero al mismo que en uno y otro caso la amplitud de la prestación debida es distinta. Esta apreciación tiene importantes consecuencias por cuanto en la categoría profesional enriquecida funcionalmente por la negociación colectiva el empresario, ante necesidades estructurales de pérdida de utilidad de la tarea realizada, podrá realizar la especificación funcional y encomendar al trabajador otra tarea o función dentro de esa categoría, mientras que en la categoría profesional unifuncional el empresario sólo podrá realizar una reasignación de categoría bajo el poder de dirección positivizado específicamente en el art. 39.1 fine ET.

Esta posibilidad de especificación en la categoría enriquecida funcional (art. 20.1 ET) en lugar de la obligatoria reasignación de la categoría dentro de la movilidad funcional para las categorías unifuncionales (art. 39.1 ET), da razón a aquella regla conforme cuanto más reducida viene la prestación laboral más necesidad existe de que el legislador reconozca al empresario la facultad para modificar el contenido de la prestación⁶³.

Veamos, en la práctica, la forma y amplitud en la que se definen las categorías profesionales, puesto que será en ellas donde el empresario realiza una especificación funcional amparada contractual y convencionalmente.

a) *La categoría profesional enriquecida profesionalmente por la contratación colectiva.* La categoría conductor-cobrador así definida en el convenio de aplicación del sector de Transporte de viajeros por carretera; así, si el trabajo de conductor descende por reducción de líneas, se podría especificar que la función del trabajador

⁶³ En el buen entendimiento que la movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes legalmente se puede realizar formalmente bajo cualquiera de los dos tipos de categorías (enriquecida y unifuncional), sin embargo, en la práctica, el juicio de equivalencia y la reasignación se realizará en la generalidad de los casos entre las categorías profesionales unifuncionales, puesto que para la categoría enriquecida el empresario dispone del libre ejercicio de especificación interna dentro de las diversas funciones de la categoría profesional

constituiría, en el tiempo que dura esa limitación de líneas, llevar el control y el cobro de los pasajes.⁶⁴.

b) *La categoría profesional que menciona otros trabajos complementarios a la actividad principal.* En algunos convenios colectivos la categoría establece otras tareas complementarias a la actividad principal o a las funciones descritas, bajo una determinada situación concreta en la empresa⁶⁵. Las propias normas sectoriales no duda en señalar expresamente que los distintos cometidos asignados a cada categoría son enunciativos. Estos cambios funcionales vienen amparados, pues, por el principio de enunciabilidad de funciones en la definición de las categorías en los convenios colectivos.

En todo caso, hay que indicar que las funciones a realizar deben ser interpretadas con amplitud, nunca en sentido restrictivo, pues todo trabajador está obligado a ejecutar cuantas tareas le ordene el empresario dentro de los cometidos generales propios de su capacidad, formación y competencia, tal y como viene a reconocer la negociación colectiva⁶⁶, sin que con ello suponga se esté ampliando el poder de dirección genérico (art. 20.1 ET), dado que esta atribución es convencional y no legal.

⁶⁴ La categoría profesional unifuncional o clásica del periodo taylorista. La categoría de conductor y la categoría de cobrador-cajero, son categorías dentro del personal o grupo de oficios ambas. Se diferencian sus funciones y su titulación profesional (carnet de conducir, el primero) lo que hace imposible equivalencia alguna, interpretada rectamente. Ahora bien, no podemos negar que, por la ambigüedad de los términos del art. 22.3 ET, como luego se verá, se le pueda otorgar validez formal al cambio funcional del conductor a cajero porque posee la cualificación para realizar las funciones básicas de las tareas de cobro

⁶⁵ Así, por todos, el III Acuerdo laboral, de ámbito estatal, del sector de hostelería de 14 abril 2005, que establece como área Funcional Quinta: Servicios de conservación y mantenimiento de maquinaria e instalaciones, *trabajos complementarios de la actividad principal*, reparaciones de útiles y elementos de trabajo, conservación de zonas e inmuebles (cursiva nuestra). Un significado semejante lo encontramos en el ANEXO I (Actividades de las áreas funcionales) de los acuerdos relativos al Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE de 1 de diciembre de 1998) que señala como «3.ª Servicios Generales Se incluyen en esta área, a todos los niveles de responsabilidad y cualificación (gerencial, técnica, operativa o puramente instrumental), aquellas actividades o tareas relacionadas con: Atención, solicitud y establecimiento de comunicaciones telefónicas, y *desempeño de servicios complementarios a las mismas* (cursiva, nuestra)»

⁶⁶ C.C. Industrias lácteas y de sus derivados, 2005, artículo 38.(Carácter de los cometidos asignados a cada categoría profesional) Son, asimismo, meramente enunciativos los distintos cometidos asignados a cada categoría profesional, pues todo trabajador está obligado a ejecutar cuantos trabajos u operaciones le ordenen sus inmediatos superiores, dentro de los generales cometidos propios de su categoría profesional, sin menoscabo de su dignidad, y entre los que se incluye la limpieza de los elementos de trabajo que utilice, debiendo en caso de emergencia realizar otras labores.

Por otra parte, sería dudosamente legal la ampliación por la negociación colectiva de los márgenes de la especificación: ya sea conforme al principio de «norma mínima»⁶⁷ y la antigua relación de «subsidiaridad» del convenio respecto al Estatuto⁶⁸; ya sea conforme a la nueva relación de complementariedad entre el convenio y el Estatuto, bajo la cual se mantiene y respeta la regulación legal.

Igualmente, la jurisprudencia ha considerado ilícitos los pactos que establecen la aceptación por el trabajador de la modificación sustancial de la prestación laboral que unilateralmente imponga el empresario (pacto inicial de “reserva de modificación”⁶⁹, al margen de cualquiera de los trámites del art. 39 y del 41 ET, salvo la naturaleza especial de la actividad desarrollada por el trabajador, esto es, la naturaleza y función económica de los servicios comprometidos por el trabajador⁷⁰. Para controlar la validez o

⁶⁷ En este sentido, la Sentencia del TS de 16 de enero de 2008, señala que a pesar de la remisión del estatuto a la negociación colectiva de para que regule un sistema de clasificación profesional (en términos de complementariedad), se debe aplicar con todo rigor el principio de jerarquía normativa. La Sentencia indica que «...son mínimos a respetar en el encuadramiento profesional del convenio de las empresas de seguridad las funciones de los escoltas (descritas en el art 88 Reglamento de Seguridad privada)...». Resulta paradójico, sin embargo, que no se diga nada respecto a las formas de prestación del servicio de escolta (art. 89 del citado Reglamento), porque con ello se vería en completo la realidad de la profesión perfectamente encuadrable, respetando tales límites legales, dentro de una categoría profesional plurifuncional de *vigilante de seguridad*. Para un estudio crítico de la sentencia, véase, nuestro estudio, Pozo Moreira, F.J., «La categoría profesional “ficticia” de escolta reconocida jurisprudencialmente» Diario La Ley, número de 8 de octubre 2008.

⁶⁸ Esta relación de subsidiariedad del convenio respecto al Estatuto obligaba a los negociadores al inexcusable respeto a los límites legales a las facultades de organización del trabajo, sin posibilidad de reducir su valor o aplicación a través de derogaciones ilícitas por las normas sectoriales o acuerdos entre las partes

⁶⁹ la noción de pacto inicial de “reserva de modificación” se emplea por Rivero Lamas, para describir las cláusulas de los contratos de trabajo que facultan a una de las partes a ejercitar el derecho a efectuar cambios en las condiciones de trabajo (Rivero Lamas, J., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo” en VVAA, *Reforma de la legislación laboral*: Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García. Madrid pág. 270

⁷⁰ Así un pronunciamiento donde se mayor protagonismo a la libertad de empresa como criterio legitimador del señalamiento abierto de las condiciones de trabajo y de su cambio al existir una actividad de la empresa de naturaleza extraordinaria en relación con las funciones de los trabajadores y con el modo en que se desarrollan las actividades (móvil, pluriactividad, correturnos) que es la justifica el establecimiento de condiciones cambiantes, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 12/5/95 [AS 1995/1962] “...La Institución hospitalaria no puede fijar las condiciones de trabajo con mayor antelación (determinación de los correturnos) habida cuenta de las diferentes incidencias que pueden plantearse y el carácter de correturnos con que se produjo el ingreso en la empresa”; en contra, declarando la cláusula por la cual aceptaban la unilateral modificación por la empresa de los turnos de trabajo, la Sentencia del TSJ de Valencia de 6/6/00 [JUR 2000/282798], ya que la afecta a derechos de los trabajadores reconocidos como indisponibles (art. 3.5ET), como son las garantías del establecidas en el art. 41 ET y del convenio de aplicación. Así como la Sentencia del TSJ de Murcia de 17/12/97 [AS 1997/4536] que establece la nulidad de la cláusula que facultaba a la empresa para la movilidad del trabajador entre los centros de trabajo de la misma, y para la alteración de los días de prestación de servicios.

extralimitación de la orden empresarial o de la cláusula contractual, con independencia de la legitimación de cada uno de los trabajadores afectados para proceder a la impugnación de estas cláusulas a través del procedimiento ordinario, también puede tener cabida, dado que como hemos analizado se trata de una materia de carácter colectivo en sentido fuerte, la acción de conflicto colectivo por cuanto este tipo de cláusulas responden a una práctica de la empresa de efectos generalizados⁷¹. Distintos, aunque incluidos dentro de la autonomía de la voluntad de las partes, son los actos de equiparación o asignación de una categoría o grupo profesional al trabajador. Estos pactos, obligatorios si tenemos en cuenta la dicción legal. (“..se establecerá... su equiparación a la categoría, grupo profesional...”), tienen la misión de asignar al trabajador una categoría o grupo profesional, esto es, ubicarle e insertarle dentro del sistema de clasificación profesional. En otras palabras, la clasificación profesional se concreta en el acto de asignación de un objeto al específico contrato de trabajo.

2. EL PODER DE DIRECCIÓN

2.1. La aceptación del poder de dirección: determinación indirecta de la prestación

2.1.1 La determinación indirecta del objeto de la prestación laboral

Si la relación obligatoria se encuentra, en principio, sometida a la autonomía de la voluntad parece claro que la primera de las fuentes de su eventual modificación será el negocio jurídico celebrado por las partes de la relación en cuestión. Así, el deseo de una de las partes de alterar el contenido funcional del cumplimiento de la obligación debería requerir de la aceptación de la otra parte contractual⁷², a través de la *novación modificativa* de la prestación.

Ahora bien, en la actualidad son varias las excepciones que permiten dejar a la unilateral voluntad de una de las partes del contrato la forma en que debe cumplirse el

⁷¹ Sentencia del TSJ del País Vasco de 3/12/01 [Ar 2001/6865].

⁷² Díez Picazo, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial..., cit. Pág. 781.

contrato⁷³; siendo, pues, excepciones a la regla general prevista en el artículo 1256 CC, que, en el ámbito laboral, deben interpretarse de acuerdo con el conjunto normativo de fijación de la obligación laboral. Así, estas excepciones tienen una doble fuente de regulación: bien en el negocio jurídico mismo o bien en una disposición legal.

La primera excepción —que deja a la voluntad de una de las partes la facultad (o el derecho potestativo) la posibilidad de modificar el contenido (funcional) del cumplimiento del contrato—, se realiza a través de la vía contractual. La modificación se mantiene dentro del ámbito de la autonomía privada de las partes del contrato. Estos supuestos contractuales —cada vez más utilizados— son la obligación alternativa⁷⁴, y la elección de un tercero en el contrato para designar.

Es la segunda de las excepciones, la atribución por disposición legal, es la que podemos denominar como *determinación indirecta* de la prestación debida; así, una de las partes del contrato (el empresario) a su arbitrio puede fijar el contenido obligacional del contrato, por cuanto, en el ámbito laboral aquella tiene reconocida dos facultades de este tipo:

- a) La alteración de la prestación de modo *no sustancial*, pero más allá de la facultad de especificación funcional entre las diversas funciones que conforman el grupo o la categoría profesional. Modificando la prestación sin afectar al objeto del contrato de trabajo, por otra prestación más adecuada a la organización del trabajo y a la utilidad del mismo
- b) La alteración de la prestación de modo sustancial, bien de modo definitivo —traspasando el ámbito del *ius variando* (art. 39.5 ET)— implicando con ella una modificación sustancial de las condiciones de trabajo) o bien de forma temporal, por

⁷³ Sentencia del TS 30 diciembre 2003 [RJ 2003, 334] «Sería contrario a la forma de fijación de la obligación laboral que su determinación estuviera confiada a la sola valoración del que está interesada a recibirla, en otras palabras, que se permitiera que la unilateral voluntad de una de las partes, precisamente, aquella que aparece como acreedora de la prestación determine el *qualitum* de la prestación»

⁷⁴ S.A.P. Navarra, de 14 diciembre 2001 (JUR 2002\45659) «Aunque se diera validez al citado documento privado la estipulación cuestionada no infringe los arts. 1256 y 1115 CC porque no deja al arbitrio del demandado el cumplimiento del contrato sino, cosa distinta, el contenido de la obligación a cuyo cumplimiento se compromete en contraprestación a la obra ejecutada por el actor, ahora apelante, es decir, configura una obligación alternativa (arts. 1131 y ss. CC), o, quizá, facultativa, pero no condicional ya que en ésta la indeterminación recae sobre el vínculo obligatorio mismo, mientras que en aquéllas sobre el contenido de la obligación».

las reglas del *ius variando* (art. 39.2 ET) . Modificando, pues, el objeto del contrato de trabajo manteniendo el vínculo

Este elemento de diferenciación (alteración de la prestación sustancial o no) no está exento de problemas puesto que las fronteras son difusas y el legislador cambia la justificación, causa y amplitud de tal facultad empresarial. Y así, es difícil conocer de antemano las modificaciones que sufrirá la prestación por la facultad empresarial de movilidad funcional, la cual comprende diversas manifestaciones y bases jurídicas, lo cual dificulta de antemano conocer el propio contenido de la prestación por el trabajador y las modificaciones que se producirán.

El primero de los dos reconocimientos legales (atribución legal al empresario de una facultad de alteración de la prestación de modo *no sustancial*) es el que a este estudio interesa, porque esta fuente normativa de atribución de modificaciones unilaterales al empresario del contenido de la prestación, por voluntad del legislador (específicamente positivizada), se debe mantener dentro de ámbito del poder de dirección del empresario, pero fijando a su arbitrio —de conformidad con la previsión legal— el contenido obligacional del contrato. Ahora bien, en ambos reconocimientos legales se puede hablar de situaciones de *determinación indirecta* de la prestación laboral⁷⁵, puesto que nos encontramos ante una facultad determinadora del empresario, con fundamento en la legislación, del contenido de las obligaciones contractuales.

El art. 39 ET-95 es el precepto donde se regulan las facultades unilaterales empresariales de movilidad funcional a exigir al trabajador, y por tanto las diversas situaciones de *determinación indirecta* de la prestación laboral. En él hay, pues, una delimitación de las distintas esferas o formas varias de la movilidad funcional según distintos apartados del precepto. Esto ha dado origen a diversas líneas de interpretación

⁷⁵ En principio determinación indirecta a las partes, por ser una determinación legal, diversa de los supuestos de determinación posterior de la prestación que rige en el Derecho civil: (1) la determinación de la prestación sustitutoria, de no poderse llevar a cabo la prestación específica; (2) determinación posterior producida a través de los criterios previstos por las partes en el propio contrato, siendo suficiente a efectos del artículo 1273 que a la hora de la perfección del convenio, estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos (3) La determinación del cumplimiento en las obligaciones que no son alternativas aunque se permita que se presten los bienes o servicios de una forma u otra. No habiendo esta categoría de la obligación alternativa cuando hay una sola prestación y ello aun cuando para su cumplimiento sí hay dos formas. Para estos casos de dualidad de forma de cumplimiento, por aplicación analógica del art. 1132 del Código Civil, la elección debe corresponder al obligado (deudor) salvo que se ha conferido expresamente al acreedor la elección del lugar, cantidad y calidad del cumplimiento.

y conceptualización de las actuales facultades de movilidad previstas en cada uno de los apartados del art. 39 ET. Ahora bien, entre la doctrina no hay una unidad de criterio cuando se intenta configurar dogmáticamente los tipos o bases legales de las diversas manifestaciones de la movilidad funcional, pues para algunos la movilidad funcional o *ius variandi* afecta tanto a cambios cualitativamente *no sustanciales* o *accesorios* como a los cambios *sustanciales*, debido en parte a que no hay tampoco entre la doctrina unanimidad acerca de los criterios para determinar cuando la alteración es sustancial o cuando no sustancial o meramente accidental⁷⁶.

2.1.2 *La determinación indirecta del objeto de la prestación: derecho comparado*

Para disponer de una visión de conjunto de la sistematicidad del Derecho español del trabajo en esta faceta, entendemos conveniente realizar unas breves consideraciones sobre la situación de la normativa en los países de nuestro entorno que autoriza la alteración de la prestación al empresario.

La primera diferencia deriva del hecho de que el supuesto de movilidad funcional en nuestro derecho del trabajo contiene una visión altamente sistematizadora, caracterizada por un notable grado de concreción y detalle, cosa que no sucede en los distintos ordenamientos europeos⁷⁷.

Así, en un ordenamiento como el inglés donde no existe una regulación extensa del régimen de modificación contractual⁷⁸, la movilidad «accidental» es prácticamente

⁷⁶ Véase, como resumen de las diversas corrientes, RIVERO LLAMAS, J., «Art. 41 Modificación de condiciones...» cit., pág. 191, quien indica: “inegable la dificultad de establecer con carácter abstracto y general los elementos esenciales y los accidentales de la relación laboral”.

⁷⁷ Como señala , Rodríguez Piñero Royo, M., el empleador que altere unilateralmente los términos y condiciones del contrato está llevando a cabo un incumplimiento contractual, del que podrá ser declarado responsable ante los tribunales, pudiendo quedar obligado a pagar una indemnización. Toda alteración (por tanto) deberá llevarse a cargo de mutuo acuerdo entre las partes (*La regulación legal del contrato de trabajo en los países de la Comunidad Económica Europea* Tecnos. 1989. pág. 140)

⁷⁸ En este sentido (ausencia de regulación o intervención estatal en las relaciones laborales en el Reino Unido), nos parece algo extraño a nuestra mentalidad que, en la actualidad, uno de los temas de debate sea simplificar su legislación laboral que los británicos consideran como un gran conjunto normativo (*large body of employment law*). Así en Mayo de 2008 el primer Ministro formuló un compromiso de reforma legislativa (*government's draft legislative programme*) para que el parlamento simplifique el marco normativo laboral (*simplify the large body of employment law, making it easier*

desconocida. El empresario, salvo algunas manifestaciones de configuración jurisprudencial, no tiene reconocido un derecho unilateral para variar los términos del contrato, ya sean éstos «accidentales» o «esenciales». Respecto a las posibilidades de movilidad funcional reconocidas por la jurisprudencia, recientemente se han reconocido limitados supuestos en los que el empresario está facultado para modificar los términos del contrato unilateralmente⁷⁹. La clave para la modificación unilateral se lleve a cabo no es tanto la naturaleza de los cambios *no sustanciales / sustanciales*, sino la naturaleza de la cláusula contractual o no contractual objeto de modificación, puesto que la cláusula contractual objeto de modificación, por principio, es siempre una modificación sustancial y por tanto se produce una modificación como contractual (substantial alteration of the establishment), exigiendo para ello al empresario el previo acuerdo con el trabajador. Pero el supuesto típico es la “denuncia modificativa” (dismissal and re-engagement on new terms). Esta institución —que presenta caracteres y posibilidades similares de incorporación y variación de los términos del contrato que en los países con sistema jurídico continental⁸⁰—, puede llevarse a cabo por el empresario sin conllevar un incumplimiento de contrato dando a los trabajadores noticia previamente de la denuncia modificativa.

to use for employers and employees). Y más después de la entrada en vigor en octubre del 2004 de que sería nuestra Ley de procedimiento laboral: The Employment Act 2002 (Dispute Resolution) Regulations (the Dispute Resolution Regulations))

⁷⁹ Tales términos contractuales no son de necesaria inclusión en el contrato de trabajo, quedando a su determinación contractual en cada caso. Véase, Deakin, D y Morris, G. S., *Labour Law* Butterworths Londres 2001 pág. 162, con cita de las sentencias del Tribunal laboral de apelaciones en los casos de *Wandsworth London Borough Council* contra *D’Silva* de 1998, véase el repertorio, [1998] IRLR 193 y, *Securities and Facilities* contra *Hayes* de 2001 localizable en el repertorio, [2001] IRLR 81. Así, en el caso «D’silva», el tribunal laboral apoyó que «una “práctica escrita para los supuestos de Incapacidad temporal” consistente en especificar los supuestos de cambio de la prestación y despido, no era una cláusula contractual y, por tanto, puede ser variada unilateralmente por el empresario sin previo acuerdo ni indemnización». Por su parte, en el caso «Hayes», el tribunal recuerda que «sólo está permitida la variación unilateral cuando inequívocamente el contrato lo permita», de ser éste el supuesto se puede permitir variaciones debiendo la otra parte aceptarlo. En el supuesto enjuiciado había una condición expresa en el propio contrato en la que se determinaba que “la trabajadora podía ser cambiada por la compañía si había exigencias ciertas derivadas de su propio trabajo que determinaba la necesidad del cambio”

⁸⁰ En efecto, esta institución es conocida también en Francia como “congé conditionnel”, en Italia como “receso modificativo” y en Alemania como “Änderungskündigung”, y por la cual una parte de la relación de trabajo hace ejercicio de su poder de resolución del contrato para inducir o presionar a la otra parte a que acepte la modificación de las condiciones de trabajo.

En el derecho laboral francés, a finales de los años noventa, se comenzó a abandonar la terminología modificación “sustancial”⁸¹ y sustituir por la noción más exacta de «modificación del contrato»⁸², modificación que el trabajador no tiene porqué asumir pudiendo rescindir el contrato de forma indemnizada⁸³. Así, al faltar de una precisión en el propio contrato de cuáles son los elementos principales y secundarios del contrato, así como en la legislación laboral francesa, la jurisprudencia ha sido la que ha venido realizando la delimitación⁸⁴, realizando para tal calificación un juicio objetivo de la modificación, tanto desde el plano de vista normativo como cualitativo y cuantitativo. Igualmente, se realiza un juicio subjetivo de los efectos de la modificación del contrato sobre la vida del trabajador⁸⁵. Ahora bien, fuera de esos casos, la legislación francesa reconoce modificaciones de condiciones del contrato que deben ser aceptados por el

⁸¹ Como ha señalado la doctrina, por modificación “sustancial”, se entendía aquella modificación que afecta la esencia del contrato o un elemento esencial del mismo Ray J-E., *Mutations de l’entreprise...Op. Cit.*, pág. 65

⁸² Sentencia de la Corte de Casación francesa de 10 de julio de 1996 (D.S. 1996 pág. 976). Pérez de los Cobos Orihuel, F., “La modificación unilateral del contrato de trabajo en Francia” en Documentación Laboral nº 35, 1991, págs. 64.

⁸³ El código de trabajo (Code du travail) ha sido profundamente modificado por la Loi nº 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail (J.O. du 26 juin 2008) , introduciendo, junto a la conocida, ruptura por cambio del contrato, la ruptura convencional de comun acuerdo indemnizada (rupture conventionnelle d’un commun accord entre l’employeur et le salarié, avec indemnité spécifique et homologation par le directeur départemental du travail)

⁸⁴ En este punto, pueden señalarse como supuestos que la jurisprudencia considera modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo a las condiciones de trabajo en sentido estricto: “ya que las decisiones unilaterales del empresario tornan el trabajo más penoso”, las siguientes modificaciones del contrato: 1) la imposición de una nueva cláusula contractual que aumenta las obligaciones del trabajador. 2) el cambio de trayecto de reparto habitual durante diecisiete años. 3) la instalación de aparatos que agravan las condiciones de trabajo existentes. 4) la eliminación del derecho a utilizar un coche de servicio antes afecto al puesto de trabajo. 5) el hecho de imponer un chofer que durante años aparcaba el remolque de la empresa en su domicilio, la obligación de aparcarlo en un parque situado a treinta kilómetros. Recientemente la jurisprudencia considera igualmente modificaciones del contrato de trabajo (modificaciones sustanciales) las siguientes: 1) el imponer al trabajador la ejecución de su prestación en el extranjero en la actividad por la cual él había sido contratado. 2) las responsabilidades que estaban repartidas entre tres personas, progresivamente se ha ido privado de funciones a una de ellos; lo que puede interpretarse como que el empresario ha modificado el contrato de trabajo de la trabajadora. El despido de la trabajadora, realizado por protestar frente a esta situación y su posterior reclamación, no tenía causa. 3) en la contratación la sociedad había rechazado incluir en el contrato de trabajo las tareas de chofer y que no había sido encuadrado en la suya cualificación por la cual había sido remunerado; la imposición de tales tareas de chofer permitía al trabajador su derecho al rechazo. 4) el empresario, que había ordenado al trabajador la realización de tareas no relevantes de su cualificación y extrañas a las que había sido contratado, no puede aquel reprochar los errores en la ejecución. 5) el empresario no puede exigir al trabajador, encuadrado en una determinada cualificación como representante de ventas, la realización de tareas complementarias consistentes en estudios de mercado si esta última se convierte en su actividad principal o es perjudicial de su misión de representación comercial

⁸⁵ Especialmente en la doctrina francesa se valora esta faceta subjetiva como límite a la modificación de las condiciones del contrato. En la doctrina española, con fundamento constitucional, la profesora Serrano Olivares entiende que debe existir una necesaria conciliación entre las facultades empresariales y su efecto en la reorganización de la vida privada y

trabajador sin posibilidad de ruptura del contrato ni a rescindir el contrato de forma indemnizada.

Así, en la modificación de un elemento secundario del contrato de trabajo no se precisa el consentimiento del trabajador porque, por definición, estas modalizaciones son “aceptadas” al momento de la conclusión del contrato. Y ello es así porque el contrato de trabajo escapa a encorchetarse en el *derecho civil de las obligaciones* en atención a la persona del trabajador, y así se puede entender que, en lugar de poder obtener una resolución por una modificación menor, el trabajador puede seguir con la relación laboral viva⁸⁶.

La determinación indirecta de la prestación no supone una indeterminación absoluta de la prestación en términos que no se pueden conocer por el trabajador al que, con el fin de atender a las situaciones urgentes previstas por el legislador, se le pueden exigir y reasignar, de forma temporal, otras tareas no contenidas en el grupo o categoría profesional, y ello en tanto que el *ius variandi* sólo se admite para circunstancias tasadas, predeterminadas y con la concurrencia de determinados requisitos adicionales en lo que es la especificación interna del trabajo convenido⁸⁷. La determinación indirecta de la prestación no supone una indeterminación absoluta de la prestación exigida durante el desarrollo de la relación laboral, pues esta atribución legal contiene límites de la determinación indirecta de la prestación por el empresario.

familiar del trabajador afectado. Elemento subjetivo que, si bien no impide el ejercicio de la movilidad geográfica sustancial, se debe tomar en consideración para fijar el régimen compensatorio (Serrano Olivares, R., *Lugar, domicilio y movilidad geográfica* CES 1999, pág.251). El Derecho español no incluye expresamente el cambio de un elemento tuitivo de la vida del trabajador como una modificación sustancial. Queda, sin embargo al trabajador alegar el “*numerus apertus*” del art. 41 ET o la insegura vía del art. 50 ET. La Ley 39/1999 ha reconocido de manera exclusiva a la mujer en el art. 37.5 del Estatuto sólo el derecho a la concreción horaria de la reducción solicitada en la jornada ordinaria, la jurisprudencia viene entendiendo el término “dentro de la jornada ordinaria” de manera extensiva, permitiendo, sin rebasar las exigencias de la buena fe, atender la petición de la trabajadora, también en la concreción ya no sólo dentro de la jornada ordinaria, sino a la adscripción a un “turno especial” (sentencia de la Sala de lo Social del TS de 20 julio 2000, y la jurisprudencia constitucional en la sentencia del TC de 15 enero 2007).

⁸⁶ Para Savatier, “si se adopta otro punto de vista en el contrato de trabajo, es porque el trabajador, se somete al poder directivo del empresario..., pero el hecho sobresaliente del contrato es que el trabajador acepta por adelantado el poder de dirección del empresario. Cuando éste lo ejercita no hay en realidad modificación sino ejecución del contrato. Y así el trabajador, que rechaza las modificaciones de sus funciones se considera que no ejecuta sus obligaciones contractuales”(“*Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*” Droit Social junio 1988 pág. 135).

⁸⁷ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones ...*, cit. pág. 83

En efecto, el trabajador estará informado por varias vías de sus nuevas tareas y la correspondencia de ellas con las nuevas necesidades empresariales; pero además, el Estatuto taxativamente sólo admite la movilidad entre categorías cuando existe una equivalencia aptitudinal entre ellas, la movilidad en base al *ius variandi* para circunstancias tasadas, predeterminadas⁸⁸ y con la concurrencia de determinados requisitos adicionales en lo que es especificación interna del trabajo convenido⁸⁹, evitando con ello la indeterminación absoluta de la prestación posterior a la firma del contrato. Tampoco en el supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo existirá indeterminación absoluta de la nueva prestación por cuanto a los deberes de información y preaviso se une la amenaza, en los casos de corrección del cambio, de la opción del trabajador por la resolución contractual indemnizada y, en los casos de irregularidad del cambio, de la reclamación jurisdiccional y la reposición a la situación anterior con indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, lo que parece fuera de toda indeterminación, en los tres supuestos de ejercicio lícito de la atribución legal concedida al empresario para realizar una posterior determinación de la prestación laboral, es que a partir del momento en que el trabajador recibe la orden empresarial (reasignación de categoría equivalente, nueva categoría de forma temporal o definitiva), debe inmediatamente pasar a realizar las nuevas funciones exigidas de la nueva categoría. Consiguientemente, el principal efecto derivado de la atribución legal al empresario para realizar un cambio en la prestación será el cambio de los deberes del trabajador en lo que se refiere a las funciones a realizar. No obstante, en esta realización de nuevos deberes laborales el trabajador tiene legalmente garantizados derechos y prerrogativas.

2.1.3 *Supuestos de imposibilidad de determinación indirecta de la prestación*

Nos referimos a supuestos donde la voluntad del empleador de cambiar las funciones del trabajador se ve imposibilitada por la propia determinación de la prestación laboral

⁸⁸ Si por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva el empresario precisara destinar a un trabajador a tareas no correspondientes a categoría o grupo profesional, sólo podrá hacerlo por el tiempo imprescindible, manteniéndole la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional, si la movilidad es descendiente, deberá comunicarlo a los representantes legales de los trabajadores (art. 39.2 y 3 ET).

⁸⁹ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones ...*, cit. pág. 83

inicialmente al momento constitutivo del contrato de trabajo. En estos casos la doctrina pone en duda la calificación de determinación indirecta, o a posteriori, por el empresario.

1) *La polivalencia funcional.*

La polivalencia funcional es resultado de un acuerdo contractual inicial⁹⁰ faculta al empresario a ordenar conforme el poder de dirección un amplio contenido funcional, con las repercusiones que ello tiene sobre otros institutos jurídicos como es el poder de dirección o sobre el «ius variandi». Así, más allá de la determinación de la prestación debida por el trabajador en virtud de su contrato de trabajo por atribución al mismo de una determinada categoría profesional, mediante esta figura de reconocimiento legal se permite superar la denominada «clasificación objetiva» (el elemento de encuadramiento de la negociación colectiva) y, con ello, el sistema de fuentes de la relación laboral a la hora de determinar el objeto del contrato de trabajo⁹¹, siempre con respeto a la acotación que los Convenios colectivos realicen restringiendo la operatividad de la polivalencia⁹²;

⁹⁰ Señala Valle Muñoz, F.A., *La movilidad funcional...*, cit. pag. 129 que la ubicación sistemática del precepto (art. 22.5 ET) permite entender por tanto que nos hallamos en el marco de aquél «acuerdo entre el trabajador y el empresario» por el que se establece «el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo».

⁹¹ Sobre esta inversión esencial de las reglas básicas que informan el encuadramiento profesional del trabajador o clasificación objetiva, véase, Román de la Torre, M.D., «Clasificación profesional y movilidad funcional» En *VVAA La reforma del Mercado laboral* Ed. Lex Nova, 1994. pág. 187, quien señala que “...en la medida en que se produce una inversión esencial de las reglas básicas que informan estas cuestiones, es decir, la de reservar a la autonomía colectiva el establecimiento de aquellos extremos precisamente en función de las dificultades del pacto individual, «no puede pretenderse admisible que a través de la autonomía individual quede sin efecto o sustancialmente desvirtuada la clasificación profesional pactada en el convenio, máxime desde la más absoluta indefinición legal de lo que haya de entenderse por pacto de polivalencia»”.

⁹² Al no existir previsión legal que salve el interés colectivo según la doctrina constitucional, la cual ha mantenido el carácter igualador y compensador del Derecho del Trabajo, —y en concreto aquella jurisprudencia constitucional que ha entendido que es el momento de la contratación aquel en el que la desigualdad real entre empresario y trabajador se hace más evidente, siendo constitucionalmente justificable el sacrificio de la esfera de lo individual en función de los intereses colectivos tutelados por la representación del personal (Véase, la STC de 3/1983, de 25 de marzo (Pte. Escudero del Corral), que señala “...conforme a los arts. 1 y 9.2 CE es acorde a la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral, en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales se exija un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador...”)—. Es necesario, por tanto, la potenciación de la negociación colectiva como marco idóneo de regulación de la polivalencia funcional, acotando sus supuestos y restringiendo la operatividad de la individualmente acogida. Para Fabregat Monfort, G., las referencias convencionales de la polivalencia parecen ratificar la naturaleza de esta institución como un supuesto de movilidad funcional parcial, y ello con apoyo en la ubicación de la referencia a la polivalencia en el capítulo dedicado a la movilidad funcional del convenio colectivo

y de ahí que no todo pacto de polivalencia debe entenderse como un acuerdo nulo, sino si acaso innecesario dadas las facultades de cambio entre categorías equivalentes y de «ius variandi» actualmente en manos del empresario, siendo, en todo caso, nulo el pacto de polivalencia acordado individualmente al margen de toda disciplina colectiva o legal⁹³, aunque esta carencia de regulación no ha impedido a una parte de la doctrina⁹⁴ entender que se trata de un supuesto de “movilidad funcional parcial” que permite, en opinión de Fabregat Monfort, que el empleador, por razones organizativas y en base al art. 38 CE, pueda movilizar al trabajador para que desempeñe funciones correspondientes a otros grupos o categorías profesionales distintos de los contratados sin dejar de desempeñar funciones propias de su categoría profesional o grupo, produciéndose así acumulación de funciones intergrupales o intercategoriales⁹⁵.

Pero no sólo eso, también se ha puesto en tela de juicio por la doctrina el régimen de los cambios funcionales por la propia peculiaridad, derivada de la amplitud del contenido prestacional que habilita el legislador, del pacto de polivalencia. Cambio funcional al que le resulta aplicable exclusivamente el régimen del art. 20 ET, por cuanto que la misma no se encuentra específicamente prevista con límites propios en el art. 39.1 ET; y porque además, dada la regulación ofrecida por el artículo 39 del ET en materia de movilidad funcional, y donde las facultades de modificación unilateral por parte del empresario han quedado sobradamente ampliadas, se ha señalado que el pacto de polivalencia funcional «se sitúa fuera de toda perspectiva respecto de la movilidad funcional, a la que ni siquiera habrá que recurrir (...) dada la amplitud de la prestación pactada, que enervará la posibilidad de decidir si se está ante una modificación de funciones, que nunca se producirá porque jurídicamente no se altera el objeto del contrato»⁹⁶. Este carácter consensual de la polivalencia que se contrapone con la facultades del art. 39 ET ha sido recientemente criticado⁹⁷, apuntando que una forma de

estatal para las Industrias del Calzado —BOE 29 de agosto 2002—,(Fabregat Monfort, G., *El régimen jurídico de la movilidad...*, cit. pág. 84)

⁹³ Valle Muñoz, F.A., *La movilidad funcional del trabajador...* cit., pág. 130.

⁹⁴ Sala Franco, T., «La movilidad...» cit., pág. 77.

⁹⁵ Fabregat Monfort, G., *El régimen jurídico de la movilidad...*, cit. pág. 83

⁹⁶ Román de la Torre, «Clasificación profesional...», cit., pág. 330. Alía Ramos, M., y Montané Merinero, J., *Clasificación profesional...*, cit., pág. 50.

⁹⁷ Cuenca Alarcón, M., *La determinación de la prestación de trabajo: Clasificación profesional y trabajo convenido* CES Madrid. 2006, pág. 363. Para este autor, tanto la regulación estatutaria del pacto de polivalencia como la del art. 39.1 ET están contemplando el mismo fenómeno de delimitación del ámbito de ejercicio del poder directivo. En el primer caso, éste ámbito —y el de la movilidad— es el delimitado por el acuerdo individual determinativo de las funciones

delimitar el pacto de polivalencia sería aplicar el sistema «determinativo» que incorpora el art. 39.1 ET, facultades empresariales son aplicables a la polivalencia; y ello porque: “...el régimen del art. 39.1 y 3 ET toma como punto de partida una misma referencia: el acuerdo determinativo inicial, aparejando consecuencias específicas en función de su contenido, las cuales son la movilidad entre las funciones definidas por el pacto de polivalencia funcional. Ahora bien, esta corriente, habida cuenta de la propia intención del legislador, matiza su posición dado que la polivalencia surgió para evitar cualquier referencia en el Estatuto que permita la entrada en escena del grupo profesional y la equivalencia como límites de ella, y por tanto afectando, igualmente, al art. 39.1 ET, obligando a un replanteamiento del alcance del régimen global de la movilidad funcional. En base a esta redefinición del ámbito del art. 39 ET, esta corriente dogmática, clasifica —según se opte por una integración total del art. 39 en la polivalencia (argumentación material⁹⁸) o, de una forma más comedida, una parcial (argumentación formal⁹⁹)— las diferentes corrientes doctrinales, siendo esta última, y con importantes matizaciones, parcialmente semejante a la que nosotros seguimos.

polivalentes; en el segundo, por el acuerdo determinativo *junto con ciertos criterios de integración legal de la prestación.*” (cursiva nuestra, para señalar el matiz de naturaleza legal que debe añadir el autor en su teoría, quien concluye indicando que: “...en ambos casos hay movilidad funcional y, en ambos casos, seguimos o debemos seguir dentro del contrato o, si se prefiere, del reglamento contractual”)

⁹⁸ Esta corriente, según Cuenca Alarcón, aboga por la asunción de la equivalencia y el grupo profesional (entendidos ambos desde un punto de vista sustantivo y en íntima conexión con los derechos profesionales) como marco delimitador de la extensión máxima del pacto de polivalencia; así, a juicio de este autor, las consecuencias jurídicas de esta corriente son que la asignación de funciones no equivalentes, aun dentro del pacto de polivalencia, quedaría sometida a la exigencia de causalidad —razones técnicas, organizativas, perentorias o imprevisibles de la actividad productiva—, salvo en los supuestos en que el pacto de polivalencia sea de imposible adaptación al sistema de clasificación profesional de referencia. Para Cuenca Alarcón, y desde una perspectiva de protección dinámica de la profesionalidad, se señala que esta corriente carece de suficientes argumento de apoyo, puesto desde el momento en que se asume que el pacto de polivalencia sólo ha de someterse al límite del grupo profesional y no al de la equivalencia, la virtualidad garantista de la tesis se reduce de forma considerable —en la misma proporción en que se ha optado previamente por reducir la del propio grupo frente a la equivalencia— siendo precisamente la adopción de un marco garantista la idea de está en la base de la extensión de las pautas contempladas en el art. 39.1 ET (*La determinación de la prestación de trabajo: Clasificación profesional y trabajo convenido* CES. Madrid. 2006, pág. 364)

⁹⁹ Esta corriente, según Cuenca Alarcón, aboga por la asunción del grupo profesional como marco delimitador de la extensión máxima del pacto de polivalencia, a juicio de este autor, las consecuencias jurídicas de esta corriente sólo puede articularse cuando exista la referencia al grupo profesional. Si no se cuenta con esta presencia del grupo con definición (correcta o no) convencional, sino ante un sistema de encuadramiento en torno a categorías profesionales, el índice delimitador de la polivalencia desaparece, suscitándose la duda de sí este concreto contexto convencional puede justificar una ampliación —o una prohibición— del juego del pacto de polivalencia. Para Cuenca Alarcón esta corriente no entiende que la polivalencia debe tener los mismos límites tanto en un sistema de encuadramiento por grupos como por categorías profesionales (*La determinación de la prestación de trabajo: Clasificación profesional y trabajo convenido* CES. Madrid. 2006, pág. 365)

Creemos, sin embargo, que la corriente doctrinal que limita la aplicabilidad de las facultades empresariales del art. 39 ET en la polivalencia funcional es la más acertada, debiendo destacarse como la amplia inconcreción del contenido prestacional (el acuerdo individual de polivalencia) haría innecesario que el empresario acudiese a la movilidad funcional, ya que no se estaría en presencia de una novación del contrato, sino del cumplimiento del mismo¹⁰⁰, lo que resultaría plenamente criticable; e igualmente como el régimen del art. 39.1 ET aplicado a la polivalencia exigiría de una previsión legal —que no existe— para delimitar el ámbito de ejercicio de la movilidad funcional, que, en ese caso, estaría circunscrita por el acuerdo determinativo y por ciertos criterios de integración legal de la prestación.

En efecto, surgen dos problemas en relación con los cambios funcionales en la polivalencia funcional, el primero, referido a la aplicación o no de los límites del art. 39 ET y, el segundo, relativo a la interpretación restrictiva de los criterios de clasificación de «grupo profesional» y «categoría profesional» en orden a la polivalencia.

- Por lo que se refiere a la extensión o no de los límites de la movilidad funcional a los supuestos de polivalencia. Así, con la positivación de la polivalencia —a nivel reglamentario y posteriormente en la Ley 11/1994—, y para no incurrir en nulidad, se ha indicado que habría que exigirse dos de los límites impuestos a la movilidad funcional: la causalidad de la decisión empresarial y el respeto de los derechos profesionales¹⁰¹. De este modo, en los pactos de polivalencia funcional la «*profesionalidad* del trabajador» se convertiría, como ha precisado algún Convenio colectivo¹⁰², en un derecho que configuraría el contenido de la prestación, tanto desde

¹⁰⁰ Senra Biedma, F., «Promoción profesional...», *cit.*, pág. 23. De Soto Rioja, S., «El contenido de la prestación laboral», *cit.*, pág. 29. Igualmente aceptan la prioridad del acuerdo individual frente a la delimitación convencional del sistema de clasificación o la delimitación legal del sistema de movilidad funcional, entre otros, Ruiz Castillo, M.M., «El pacto individual y las fuentes del derecho del trabajo...» *cit.*, pág. 323; Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo* CES, 2000, pág. 109.

¹⁰¹ Román de la Torre, M.D., «Clasificación profesional...» *cit.*, pág. 180 quien señala que Causalidad puesto que no son admisibles los contratos sin causa, tal y como estipula el artículo 1261 del Código Civil. Y el respeto a los derechos profesionales porque, de lo contrario, el trabajador estaría renunciando por contrato a derechos reconocidos como indisponibles por normas de Derecho necesario, lo que iría en contra del principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET).

¹⁰² Véase art. 6. del Convenio Colectivo Estatal para el Sector de Agencias de Viajes (BOE 08-07-2003).

un punto de vista objetivo como subjetivo¹⁰³. Desde un estudio práctico de la jurisprudencia al respecto de esta institución de la polivalencia, se ha indicado que a la polivalencia le serían aplicables no sólo el límite de la causalidad y del necesario respeto de los derechos profesionales, sino todos y cada uno de los límites impuestos por el artículo 39 del ET entre ellos, además, el límite temporal y el mantenimiento de la retribución por las funciones realizadas¹⁰⁴. Dentro de este marco de aplicación de los límites de la movilidad funcional a la polivalencia del artículo 22.5 del ET, y pese a que la ley no lo prevé expresamente, existen, según la doctrina¹⁰⁵, unos supuestos de «polivalencia funcional impuesta por el empresario», a la que él llama movilidad funcional «parcial». En la movilidad funcional parcial el trabajador es movilizad para desempeñar funciones correspondientes a otros grupos o categorías profesionales distintos de los contratados sin dejar de desempeñar las propias de su categoría profesional o grupo, produciéndose así una «acumulación» de funciones intergrupales o intercategoriales.

Sin embargo, como señala Valle Muñoz, y a pesar de su similitud, la polivalencia¹⁰⁶ y la movilidad funcional¹⁰⁷ se realizan en planos distintos. Y por ello en los cambios

¹⁰³ La prestación objetiva y subjetiva se correspondería con la premisa objetiva y subjetiva de la polivalencia, la cual se concreta en: un referente subjetivo o «cualificacional» (la aptitud profesional del trabajador/o la requerida del puesto), y otro referente objetivo o «calificacional» (las tareas o funciones del puesto de trabajo/o las tareas encomendadas).

¹⁰⁴ Quintana Navarro, B., «Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución: criterios jurisprudenciales», En *Actualidad laboral*, núm. 46, pág. 899. Debe concluirse que es, pues, la previsión convencional o individual del contrato la que, en cualquier caso, se exige para poder suplir la falta de consecuencias indemnizatorias legalmente regulada para estos supuestos, y ello sin desconocer la existencia de otras sentencias que amparan el derecho a la indemnización en todo caso en el art. 1256 del Código Civil, precepto que impide dejar el cumplimiento de lo pactado al libre arbitrio de una de las partes. Ahora bien, sobre esta cuestión retributiva, y dentro de la capacidad de la negociación colectiva para corregir los excesos o complementar la ausencia de negociación al respecto en el plano individual.

¹⁰⁵ Sala Franco, T., «La movilidad funcional» en AAVV *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* Monográfico *Relaciones laborales*, 1994, pág. 77. Según este autor, si se tratase de una polivalencia funcional permanente habría de estar a lo dispuesto en el artículo 39.5 del ET, por tratarse de una movilidad funcional extraordinaria constitutiva de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

¹⁰⁶ La polivalencia funcional responde a un acuerdo de voluntades derivado de la autonomía individual de las partes. Dicho acuerdo, que se plasma «ab initio» de la relación laboral, determinará la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, que podrá ser objeto de especificación por parte del empresario a través del poder de dirección y, por otro lado, podrá ser objeto de variación

¹⁰⁷ La movilidad funcional que se recoge en el artículo 39 del ET, regula un poder unilateral del empresario que puede consistir entre otras cosas, bien en especificar la prestación laboral convenida mediante el ejercicio del poder de dirección con los límites específicos del apartado 1, bien en variar las funciones inicialmente pactadas mediante el ejercicio del «ius variandi» del apartado 2, o fuera de ambos límites con la previsión del apartado 5 del art. 39 ET en relación con el 41 ET.

funcionales serán de aplicación exclusivamente el art. 20 ET y no el régimen del 39 ET. Y como indicara Cruz Villalón¹⁰⁸, al objeto de un mayor dinamismo en las relaciones laborales y de mayor capacidad de negociación entre las partes, las limitaciones legales a la movilidad funcional (las del actual art. 39 del ET) no rigen cuando las modificaciones se producen como consecuencia de un acuerdo voluntariamente asumido por trabajador y empresario (como es el caso de la polivalencia funcional), pues las limitaciones del artículo 39 se dirigen a regular los poderes organizativos del empresario, y los límites allí establecidos sólo son oponibles frente a los cambios impuestos «unilateralmente» por el empresario y dentro de los límites específicos de la legislación.

Así, los excesos que se puedan producir en el plano de las modificaciones pactadas de la polivalencia se resuelven a través tanto de la protección novatoria (que no permite a una parte del contrato modificarlo unilateralmente) como del art. 3.5 ET (irrenunciabilidad que opera no ya antes y durante la adquisición del derecho, sino después, ingresado ya en el patrimonio del trabajador; todo ello, siempre que se refiera a «disposiciones legales de derecho necesario», limitando la el juego de la doctrina de los actos propios de las partes del contrato)¹⁰⁹; previsiones específicas para estos cambios que son producto de un previo acuerdo entre las partes, no pudiendo ser de aplicación los derechos o límites del art. 39 ET al ser de aplicación exclusivamente a las modificaciones impuestas por órdenes (unilaterales) del empleador. Los cuáles sólo se aplicarían en caso de ejercicio del *ius variandi*¹¹⁰.

- Por lo que se refiere a la interpretación restrictiva de los criterios de clasificación de «grupo profesional» y «categoría profesional» en orden a la polivalencia. Es cierto

¹⁰⁸ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones de la prestación.*, cit. pág. 341.

¹⁰⁹ Respeto a la aplicación del *principio de equivalencia entre prestaciones*, es preciso advertir, en relación con la polivalencia funcional, que la ruptura del equilibrio contractual queda enervada con la mera previsión o regulación “convencional” del supuesto de movilidad funcional no sustancial, de suerte que, la legitimidad del trabajador al respeto de su profesionalidad o del resto de condiciones de trabajo a pesar del cambio funcional exige no sólo una ruptura «*in abstracto*» del equilibrio contractual, sino también que tal circunstancia no haya sido contemplada en el convenio colectivo que resulte de aplicación, pues éste determina el «marco» convencional en que aquel equilibrio debe ser examinado, lo que implica la inexistencia de su efectiva quiebra

¹¹⁰ En efecto, como señala Valle Muñoz, F.A., *La movilidad funcional.*, cit. pág. 135, para quién, acordada la polivalencia funcional entre trabajador y empresario, este último, en el uso legítimo del «*ius variandi*» regulado por el artículo 39 del ET ordenase al trabajador la realización de funciones inferiores o superiores a aquellas inicialmente pactadas bajo la forma de polivalencia. Es decir, cabría cuestionarse por ejemplo si pactada una polivalencia funcional consistente en el desempeño por el trabajador de varias categorías podrá destinarle a tareas de otras categorías superiores o inferiores.

que se ha apuntado, por la intención del legislador al redactar el art. 22.5 ET, la prioridad del acuerdo individual de polivalencia funcional frente a la delimitación convencional del sistema de encuadramiento profesional¹¹¹, y, como consecuencia de ésta, se encuentra la imposibilidad de recurrir a los criterios de equivalencia o del grupo profesional como argumentos justificativos de decisiones unilaterales del empresario que permitan trascender a las funciones delimitadas a través del pacto de polivalencia o, si se quiere, la imposibilidad de asumir una interpretación amplia o extensiva del significado de las funciones polivalentes convenidas¹¹². Veamos cada una de estos elementos de clasificación por separado. Por lo que se refiere a los grupos profesionales, no resulta admisible la polivalencia entre dos grupos profesionales¹¹³, en la medida en que, una amplitud prestación de esa envergadura, impediría la determinación del objeto del contrato. Por lo que se refiere a las categorías profesionales, resulta admisible la polivalencia si las categorías contratadas son «equivalentes» entre sí, hecho que permitiría incluir tareas complementarias, conexas y no especialmente complejas (sin que la equivalencia debe requerir el juicio previsto por el art. 22.3 ET para el ejercicio de la movilidad funcional)¹¹⁴. Ahora bien en uno u otro supuesto (entre grupos o categorías) la previsión legal establece que la «equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes». De este modo, si por prevalente hay que entender las funciones que desarrollan lo esencial o principal de la concreta prestación¹¹⁵ y no lo

¹¹¹ Para Alonso Olea, sin embargo, la polivalencia debe venir condicionada a que las circunstancias así lo aconsejen, y ello al objeto de evitar posibles fricciones con otros preceptos, de tal forma que por convenio se puede delimitar los supuestos y circunstancias en los que tenga cabida la polivalencia (Alonso Olea, M., Estatuto de los Trabajadores. Civitas. 1995, pág. 124)

¹¹² Cuenca Alarcón, M., *La determinación de la prestación de trabajo: Clasificación profesional y trabajo convenido* CES. Madrid. 2006, pág. 366

¹¹³ Ya sean ambos grupos negociados en los sistemas de clasificación o el «definido» por el artículo 22 del ET, ya sean los aún previstos conforme las antiguas Ordenanzas laborales.

¹¹⁴ Han entendido que la polivalencia debe circunscribirse al pacto de funciones correspondientes a dos o más categorías equivalentes: Palomeque López, M. C., y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, 4ª Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 1996, pág. 832. Álvarez Sacristán, I., «La clasificación profesional y la movilidad funcional», en *Actualidad laboral* núm. 26/1995 pág. 438. En sentido contrario: Alemán Páez, E., «La polivalencia funcional en el sistema español de relaciones laborales», En *Relaciones laborales* núm. 10/1994, pág. 19; Valle Muñoz, F.A., *La Movilidad funcional del trabajador...*, cit. pág. 137.

¹¹⁵ Alonso Olea, M., Estatuto de los Trabajadores. Civitas. 1995, pág. 127. Por su parte, la profesora Fabregat Monfort resume todos los sentidos que la doctrina a dado al concepto “prevalente” así, mientras que algunos autores, de una forma un tanto ambigua, identifican las tantas veces citadas "funciones prevalentes" con aquellas "predominantes", "esenciales, que definen con más claridad la categoría", o "con las que sin llevarlas a cabo es imposible encajar la aptitud en la función", e incluso con la categoría "cuyas funciones dominen en la realización práctica del trabajo, otros, los

accidental de la prestación de la más frecuente categoría realizada durante su jornada —y no aquellas de su preeminencia, esto es de las superiores¹¹⁶—, ello significa que puede que el trabajador sea contratado para la realización de dos o más categorías, algunas de las cuales puedan ser superiores a las otras; y por tanto, la polivalencia sólo es predicable entre categorías profesionales (ni entre categorías pertenecientes a grupos profesionales distintos)¹¹⁷.

2) *La prestación debida individualizada o pacto específico de funciones.*

Para cualquier cambio se aplica la regulación del art. 39.5ET,, excluyendo los supuestos del art. 39.1 y 2 ET al no existir referente funcional objetivo categoría o grupo profesional, y al haber querido las partes del contrato vincular su prestación a una función o puesto de trabajo específico y concreto. Esta individualización de la prestación plantea más problemas que la determinación genérica, pues una vez reconocido el poder de dirección cada una de las actividades individualizadas pasarían a convertirse en versiones potenciales de la prestación, lo que puede generar tanto o más inseguridad o imprevisibilidad que una determinación genérica.

menos, se resisten a equiparar al trabajador de acuerdo con el anterior criterio de prevalencia y utilizan en un sentido inverso los criterios —indicando que se ha llegado a defender que cuando la norma opta por el criterio de la prevalencia lo hace no en el sentido cuantitativo del término, sino en un sentido cualitativo, y que por ello la adscripción no es sino a la categoría mejor clasificada—. La autora concluye que «a pesar de lo dificultoso que puede ser en la práctica llegar a conocer cuáles son las funciones que "cuantitativamente ocupan más tiempo al trabajador", no veo más inconveniente que éste para seguir a la doctrina mayoritaria y entender que, cuando el legislador habla de funciones prevalentes, se está refiriendo a la prevalencia en su sentido original. Máxime si se tiene en cuenta que desde el concepto de polivalencia que durante esta exposición se ha mantenido, no sólo las críticas que en relación con el enriquecimiento injusto y la quiebra en el principio de reciprocidad y equivalencia de prestaciones que, en un sentido cuantitativo del término» (Fabregat Monfort, G., *El régimen jurídico de la movilidad...*, cit. pág. 103).

¹¹⁶ Y ello, sin perjuicio de la obligación, en relación a la cotización, de señalar aquel epígrafe de actividad con más riesgo al objeto de ser asegurado por la Mutua en caso de accidente del trabajador realizando esta función secundaria o accidental de su prestación polivalente. Véase, para la nueva tarifa de primas para la cotización por accidente de trabajo para todos los Regímenes de la Seguridad Social, la D.A. 4ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre de Presupuesto Generales del Estado, y con la forma de aplicación que prevé la D.T. 7ª y la consiguiente derogación del RD 2930/1979 por la D.D. Unica, y en relación con la D.A. 60ª que autoriza la creación del sistema de «Primas por no siniestralidad» a las empresas que acrediten que su índice de siniestralidad está por debajo del promedio que corresponda a su sector de actividad.

¹¹⁷ Este parece ser el criterio mantenido por los Convenios colectivos, véase, el art. 10 del CC Nacional de Colegios Mayores Universitarios Privados (BOE 12.9.97).

En la concreción individual en el contrato de trabajo del pacto de prestación reducida hay una determinación clara por las partes de la prestación y del ámbito de los cambios funcionales del poder de dirección. Las partes pueden acordar individualmente ese pacto de funciones reducidas así como ampliarlo y enriquecer funcionalmente la categoría (sin crear una nueva, que es materia de negociación colectiva) y el ejercicio del cambio funcional en ese ámbito será exclusivamente producto del acuerdo convencional (poder de dirección); en efecto, si hemos señalado que las partes pueden acordar la polivalencia igualmente podrán enriquecer el contenido de la categoría¹¹⁸ o limitar la prestación a una serie concreta de funciones. Dado que cada categoría profesional podría tener asignadas diversas funciones, y en el caso de las categorías polivalentes, funciones realmente distinta, el empresario podría «mover» al trabajador de una función a otra en el ejercicio ordinario de su poder de dirección. De este modo la movilidad sería mayor o menor según fuera más o menos amplio el elenco de funciones encomendada a la categoría polivalente o, como ya denominamos anteriormente, la categoría enriquecida profesionalmente (por ejemplo, la categoría conductor-cobrador así definida en el convenio de aplicación del sector de Transporte de viajeros por carretera).

Ahora bien, a nuestro juicio, estos acuerdos individuales no tienen prioridad para disponer de la norma de derecho necesario como es el art. 39 ET, cuando el empresario unilateralmente desee, sobrepasando el acuerdo individual, que entre en escena la equivalencia entre categorías como límite a sus facultades directivas, pues los pactos individuales no se han configurado por el legislador como límites al art. 39.1 ET. Hay que tener en cuenta que en los acuerdos individuales las partes asumen, de forma implícita, todos los derechos que proceden del Estatuto (art. 3.5 ET).

2.2. La teoría general del poder de dirección

¹¹⁸ En sentido de entender el enriquecimiento de tareas de una categoría profesional como un supuesto de polivalencia funcional específico, véase, Valle Muñoz, F.A., *La Movilidad funcional del trabajador.*, cit. pág. 138 quien en realidad entiende que existen dos procedimientos alternativos para establecer la polivalencia: aquél que consiste en la asignación al trabajador de dos o más categorías profesionales; y aquél que consiste en la construcción de una sola categoría profesional pero polivalente (y por consiguiente con funciones diversas). Lo que ocurre es que la diferencia puede obedecer a razones varias. Así por ejemplo, la categoría polivalente de conductor-cobrador en los autobuses urbanos nace al desaparecer la categoría previamente existente del cobrador. Pero si no se hubiera extinguido la misma, entonces algunos trabajadores podrían tener un pacto de polivalencia consistente en realizar las dos categorías: conductor y cobrador.

Ahora bien, al objeto de nuestro estudio, se hace preciso preguntarse dentro de qué institución jurídica de carácter general puede localizarse la alteración de la prestación de modo *no sustancial*, que conlleva una alteración de la prestación laboral y una aceptación del trabajador.

Nos preguntamos por el encaje institucional de la facultad empresarial de alteración de la prestación laboral que no modifica el contrato de trabajo, pero que sobrepasa a la especificación funcional entre las diversas funciones que conforman el grupo o la categoría profesional. Dicha facultad empresarial peculiar debe ser incluida en el poder «de dirección» positivizado específicamente o de movilidad funcional «ordinaria».

A los exclusivos efectos de aportar unicidad a este apartado¹¹⁹, resulta preciso dar una noción de movilidad funcional, así como de la relación que existe entre ésta con el Poder de Dirección y el *ius variandi*. Así, en primer lugar, por *movilidad funcional* se entiende «el cambio de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador¹²⁰», o lo que es lo mismo, el «cambio o movilidad de que concierne al objeto de la prestación laboral o a las funciones encomendadas al trabajador»¹²¹. Debemos hacer ahora una precisión. Un cambio de puesto de trabajo no supone un cambio de funciones o supuesto de movilidad funcional¹²², aunque que muchas veces se presentan unidos¹²³, puesto que

¹¹⁹ Pues como señala, Fabregat Monfort, “Cuando se pretende dar una definición de la movilidad funcional, entendida ésta en un sentido amplio del término, se plantean dos tipos de problemas. El primero, que aunque la mayoría de la doctrina acepta que la movilidad funcional es algo más que la modificación de funciones producida al amparo del art. 39 E.T., las definiciones que se dan suelen circunscribirse a este supuesto, es decir, suelen tener a la voluntad unilateral del empresario como elemento fundamental” (FABREGAT MONFORT, G., *El régimen jurídico... cit.*, pág 57)

¹²⁰ SALA FRANCO, T y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., *La modificación...*, cit., pág. 40; cambio de funciones que, por lo demás, y según los autores, no debe confundirse ni con un supuesto de movilidad geográfica; ni con el poder empresarial de variar las condiciones técnicas del puesto de trabajo, al que parece referirse el artículo 52.b) del E.T. cuando establece las causas objetivas de extinción del contrato de trabajo

¹²¹ Voz «Movilidad funcional», MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Glosario de Empleo y Relaciones Laborales Mundi-Prensa* 1998 pág. 165

¹²² Fabregat Monfort, resume cuatro situaciones dudosas: “(1) Cambio de puesto de trabajo y cambio de funciones: en este caso, de acuerdo con lo expuesto, puede hablarse de movilidad funcional, pero no porque al trabajador se le ha cambiado de puesto de trabajo, sino porque este cambio de puesto le supone una modificación en las tareas o funciones que él habitualmente desempeñaba. (2) Cambio de puesto sin cambio de funciones: este supuesto no resulta constitutivo de una movilidad funcional, pues aunque el trabajador ha sido cambiado de puesto, sigue desempeñando las mismas tareas que contrató con el empresario. (3) Cambio de funciones sin cambio de puesto: en este tercer supuesto, al igual que en el primero, cabrá apreciar la existencia de movilidad funcional, habida cuenta que lo verdaderamente importante, no es la alteración del lugar donde físicamente el trabajador desempeña su trabajo, sino el cambio de los cometidos, de «aquello» que en realidad realiza el trabajador en su puesto de trabajo. (4) Cambios o alteraciones en la manera de realizar unas mismas funciones: tampoco en este último caso, como se avanzó, podrá hablarse de movilidad funcional,

no son instituciones correlativas, y así en la práctica puede haber cambio de centro de trabajo sin cambio funcional y a la inversa. Y, en segundo lugar, debemos indicar que por poder «de dirección» y «ius variandi» entendemos las bases jurídicas que facultan al empresario para ejercer una u otra esfera determinada de movilidad funcional o una determinada manifestación del poder empresarial de movilidad funcional¹²⁴.

El poder directivo presenta una serie de características que lo separan de cualquier otra atribución o derecho a una de las partes del contrato de otra rama del Derecho¹²⁵, y ello precisamente porque es «poder patronal» originario del contrato de trabajo se ha legalizado por el Estatuto y adopta el régimen jurídico previsto en éste.¹²⁶

Este hecho jurídico obliga a realizar un tratamiento *estructurado* y unitario del régimen convencional y el legal del poder directivo, al objeto de comprender todas las facetas de su ejercicio. Efectivamente con la legalización y delimitación legal de este poder de dirección, se reconocen y valoran las necesidades organizativas en un determinado grado; en otros términos, la legalización de las facultades empresariales es la misma vía que va a permitir su encauzamiento hacia una sola dirección y a prohibirla cuando con ella se causa un daño grave e irreparable en los derechos profesionales del trabajador, o bien no sean sino fruto de arbitrariedades o de discriminación por parte del

pues los cambios del «cómo» realizar la función o tarea no implican una modificación de ésta” (Fabregat Monfort, G., *El régimen jurídico...* cit., pág 57)

¹²³ El art. 40.3bis ET reconoce el derecho preferente de la trabajadora víctima de violencia de género que ha tenido de abandonar el puesto de trabajo en la localidad que residía a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo *grupo profesional o categoría equivalente*, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo, manteniendo la reserva en su antiguo puesto por un plazo de 6 meses.

¹²⁴ Así, cuando (a) la movilidad conlleve la necesidad (por razones organizativas) de que el trabajador cambie de su categoría profesional inicialmente asignada de forma provisional estaremos ante una manifestación del ius variandi, que el art. 39.2 ET considera que jurídicamente no se ha alterado la prestación por cuanto se mantiene en una perspectiva amplia el programa inicial, calificada como encomienda de funciones inferiores o superiores; y (b) cuando la movilidad no comporte al trabajador la necesidad de realizar de forma provisional funciones inferiores o superiores a su categoría o grupo profesional sino de especificación de aquellas entre las que genérica y pluralmente contempla la categoría o el grupo profesional de aplicación, o que se trate de reasignación de funciones para las que es profesional e inicialmente apto nos hallaremos ante una expresión del poder de dirección, no sujeto en su ejercicio a más límites legales específicos que el respeto a la que las tareas pertenezcan al grupo o categoría profesional o, en su caso, guarden la equivalencia profesional y aptitudinal similar, sin perjuicio de la extensión que respecto a este juicio de paridad pueda venir determinada por la norma convencional o contractual.

¹²⁵ Recuérdese, principalmente, que este poder de dirección nace la facultad empresarial para realizar modificaciones en la forma y modo de realizar la prestación el trabajador o para adaptar del contenido de la prestación a realizar por el trabajador fijado de mutuo acuerdo al inicio del contrato

¹²⁶ Véase, Cruz Villalón, J., *Las modificaciones ...* cit., pág. 124.

empleador. La legalización de un poder y su institucionalización jurídica acaba, de este modo, siendo siempre el instrumento que permite de forma efectiva su encuadramiento dentro de determinadas coordenadas, su propia limitación.

Sin entrar ahora en las múltiples disparidades doctrinales sobre el concepto, fundamento y naturaleza de cada una de estas bases jurídicas que ofrecen o permiten al empresario el ejercicio de un determinado espacio de movilidad funcional, cada una de las esferas de movilidad funcional o de poder empresarial de movilidad funcional no tienen un fundamento, una naturaleza, ni un concepto único o exclusivo. Pasemos, después de estas precisiones a analizar el poder de dirección.

2.2.1 *Teoría general del poder de dirección: naturaleza, fuente y fundamento*

El poder de dirección «es el haz de posiciones jurídicas activas que corresponde al empresario en virtud del contrato de trabajo, mediante el cual tiene la posibilidad de emitir órdenes referidas al desarrollo de la prestación laboral a que viene obligado el trabajador»¹²⁷.

A partir de esta definición se descubren los elementos caracterizadores de la naturaleza, la fuente y el fundamento que, de forma simplemente enumerativa, quedan como sigue:

a) - *Naturaleza jurídica del poder de dirección.* El esfuerzo por definir la naturaleza jurídica del poder de dirección debe acometerse con carácter previo si se pretende seleccionar un régimen jurídico específico que aplicar con las limitaciones en él contenidas.

Atendiendo a un contenido jurídico, es posible establecer a los supuestos de ejercicio del poder de dirección empresarial una naturaleza jurídica específica, a tal fin a partir de ahora se utilizará las denominaciones «facultad», «poder», «derecho subjetivo» y otros similares con su contenido jurídico propio y diferenciando una denominación de otra.

¹²⁷ A partir de la noción italiana del poder directivo (Potree direttivo esprime in una serie di posición attive e di prerogative inerenti l'esecuzione della pretazione e l'organizzazione dell'attività di lavoro), confróntese con la definición de Santos Fernández, M.D., *El Contrato de trabajo como límite al poder empresarial...*, cit. pág. 206

Según el título jurídico en virtud del cual el empresario es titular del poder *de* dirección y a la finalidad perseguida con aquél se entenderá que el poder de dirección es un auténtico «poder», una potestad, un «derecho subjetivo»¹²⁸. La mayoría de las veces la calificación jurídica del poder ha sido una consecuencia de una operación principal, la de buscar técnicas de control adecuadas de la discrecionalidad de los poderes empresariales¹²⁹ y otras relativas a el ejercicio regular como la buena fe, el abuso del derecho, considerando, en este caso, el poder de dirección como derecho subjetivo¹³⁰

Así, partiendo de que la fuente de regulación del poder de dirección se encuentra en el contrato de trabajo, la conclusión casi automática es la de la consideración del poder de dirección como «derecho subjetivo» emanado de aquél¹³¹; aun cuando se trate de un derecho subjetivo especial tanto por su función como por su intensidad, pero insuficientes para hacerlo encajar en la categoría de facultad, poder o derecho potestativo. Por su parte, «poder» no viene sino a constituir el objeto sobre el que se constituye la idea de derecho subjetivo y a ser entendido como la situación que habilita a la persona, permitiéndole adoptar una serie de posibilidades de obrar¹³². Por otra parte son «derechos potestativos» aquellas figuras jurídicas que aluden a la posibilidad de las partes del contrato de trabajo de crear, modificar o extinguir una situación jurídica previa¹³³. Finalmente, por «facultad», en cambio, cabe entender aquella posibilidad de actuación activa que se concreta en una forma de una relación de la parte al todo, es decir, la facultad es una de las manifestaciones de actuación concreta que derivan del poder jurídico. Resumiendo lo anterior, el poder de dirección es una «facultad jurídica»

¹²⁸ Se trata de categorías elaboradas en el Derecho Público, sobre todo los conceptos jurídicos de poder y potestad y en el Derecho Civil, el de derecho subjetivo. La traducción al Derecho Laboral de alguna de esas figuras, o de varias simultáneamente, para explicar el poder de dirección, es una tarea complicada y no exenta de adaptaciones y ajustes necesarios para encajar aquél en alguna categoría jurídica definida. Tarea necesaria puesto que aun cuando el poder de dirección sea un poder autónomo, necesita tener como referentes jurídicos las categorías elaboradas en disciplinas extralaborales, vid., en este sentido, Montoya Melgar, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., págs. 20-22; puesto que su régimen jurídico será el previsto para alguna de las categorías dogmáticas ya existentes.

¹²⁹ Luque Parra, M. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, cit., págs. 15-76

¹³⁰ Abuso de poder o abuso del derecho parecen identificar el mismo supuesto si se tiene en cuenta un concepto genérico de abuso del derecho, esto es «un uso anormal de cualquier poder jurídico procedente de derecho subjetivo, de un derecho potestativo o de una potestad», Lumia, G., *Principios de teoría e ideología del Derecho*, op. cit., pág. 107; Santos Fernández, M^a D., *El contrato de Trabajo como límite*, cit. pág. 213

¹³¹ Por derecho potestativo concebido éste como aquel poder, en virtud del cual el titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante una actividad propia unilateral. Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. pág. 129

¹³² Díez-Picazo y Guillón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I Madrid pág. 471

¹³³ Gil y Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Ed. Ministerio de Justicia. 1993, pág. 34

por cuanto que una vez que surgen en la empresa las necesidades que lo justifican bastan con la voluntad del empleador para ponerla en ejecución tales órdenes. Así, la facultad empresarial de movilidad funcional, entendida como poder ordenar unilateralmente alteraciones o cambios en la prestación laboral. No siendo preciso el apoyo o concurso de otros agentes ni el reconocimiento previo de la legitimidad de su ejercicio.

b) – Fuente de regulación del poder de dirección. La base jurídica del poder de dirección es una cuestión discutida, y ello, principalmente por la existencia de dos realidades en la relación laboral: de un lado el contrato de trabajo que al ser el acto constitutivo de la relación laboral atrae sobre el fundamento de los poderes empresariales; de otro lado, la propia organización laboral que conlleva necesariamente dirigir y ordenar la prestación laboral derivada de la propiedad de los medios de producción destinada a la riqueza, productividad y el crecimiento que tutela la Constitución española.

No es posible identificar la «fuente» del poder de dirección con su «fundamento». La «fuente» de cualquier poder o facultad empresarial es el instrumento de atribución del poder (legal –heterónimo-, convencional –autónomo-); pudiendo decirse que toda facultad o actividad unilateral de empresario precisa de una previa fuente de atribución: bien remota o bien cercana, bien mediata o bien inmediata, (según esté directa o indirectamente vinculada la facultad a una u otra fuente de atribución). Mientras que el fundamento es la razón jurídica explicativa de esa atribución de poder, El fundamento de la facultad o la actividad unilateral del empresario puede ser preciso o impreciso, siendo esto último el origen de las escasas divergencias que sobre fundamento del poder de movilidad funcional mantiene la doctrina laboralista¹³⁴. Según se parta de una posición estricta del poder directivo o, por el contrario, una posición amplia de aquel, se va a señalar una fuente diversificada o, por el contrario, una única fuente unitaria, respectivamente¹³⁵. Así, entre la doctrina que defiende una concepción estricta del poder de dirección se considera al contrato de trabajo como la fuente (inmediata) de atribución del poder de dirección, mientras que la fuente (también inmediata) del poder

¹³⁴ Así, la facultad empresarial de variación unilateral de objeto del contrato de trabajo encuentra su fundamento jurídico mediato en la libertad de empresa y su fundamento jurídico inmediato en el contrato de trabajo

¹³⁵ Estamos ante un punto de vista más positivo, que no llega a hacer referencia al fundamento de mejora de la posición global del trabajador, y que cualquier conflicto de sistemática en la institución de la movilidad funcional lo resuelve con remisión estricta a la Ley, fundamento último de la facultad empresarial.

de modificación, tanto del *ius variandi* como del poder de modificación sustancial, se encuentra en la ley. Esta es la opción más correcta desde el punto de vista doctrinal dado que no realiza una división «ad hoc» para conocer la realidad de las situaciones de cambio en base al poder de dirección del empresario que aparecen expresamente previstas en preceptos del Estatuto, porque cuando ello se produce es para recordar o señalar que existen presupuestos que se deben de cumplir para realizar el referido cambio de conformidad con el contrato de trabajo, al tiempo permite su consideración desde el respeto a los derechos profesionales del trabajador y del derecho a la promoción a través del trabajo, tal como deben ser leídos en la regulación positiva¹³⁶.

Se puede hablar de fundamentos *imprecisos* de un poder empresarial cuando no se puede determinar uno único o exclusivo que explique del poder de organización del empresario. Por consiguiente, un fundamento que entienda que cada actuación de los «poderes empresariales» debe encontrar fundamento (mediato) en el art. 38 de la CE (que defiende la libertad de empresa), habría que afirmar que lo encuentra en el conjunto de vertientes de tal libertad constitucional: en su vertiente organizacional o en su vertiente de defensa de la productividad, Etc., exigiendo previamente el conocimiento de las mismas para luego poder con ellas amparar la actuación del empresario en la esfera laboral. Esta labor debe hacerse igualmente con el contrato de trabajo como fundamento inmediato de la actuación empresarial.

La referencia a la empresa (y no al empresario), en el art. 38 de la Constitución, constituye un importante punto de partida para superar la identificación entre empresa y empresario, de tal forma que la propia libertad del empresario se encuentra mediatizada por la referencia a la institución (empresa) en que tal derecho se ejercita. Con base a lo expuesto, parece obvio que de la Constitución se presupone la existencia de un interés de la empresa al que se otorga cierta relevancia jurídica¹³⁷. En el ámbito laboral, ese interés de la empresa tiene trascendencia como medio de limitación de los poderes del empleador a la hora de ejercitar facultades directivas y organizativas.)

c) *El fundamento de la facultad del poder de dirección.* Se ejerce por el empresario en la medida que, en virtud del contrato de trabajo, es acreedor de la prestación laboral,

¹³⁶ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 156.

¹³⁷ Del Valle Villar, J. M., *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción* ACARL 1996, pág. 131

y no de las facultades generales del art. 35 CE¹³⁸ ni del art. 20 o 39.1 del ET-95, en efecto, puesto que siendo una especificación interna de la prestación debida por el contrato no hay causa legal que la autorice los cambios organizativos de la prestación, viniendo éstos autorizados en el propio contrato. El poder de dirección se presenta í como el conjunto de facultades atribuidas a los titulares de las organizaciones productivas con vistas al ejercicio de actividades económicas. Dentro de estas facultades, se comprenden las de contratación, la ordenación y especificación de las prestaciones laborales y también la adaptación de la organización del trabajo a los requerimientos del mercado (asimismo el establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laborales, la imposición de sanciones). Se ha señalado que el fundamento jurídico último y unitario del poder de dirección, que pudiera estar eventualmente encuadrado dentro de un genérico «poder de organización»¹³⁹, entendiéndose por éste, desde un sentido técnico, aquellas facultades empresariales previas o externas a la relación con el trabajador, se encuentra en la libertad de empresa (art. 38 CE). el contenido preciso de esta libertad de empresa gira en torno a dos visiones de los derechos constitucionales (objetiva y subjetiva): los derechos como garantías institucionales¹⁴⁰ (un modo de ser de la empresas –libres— en el mercado) o como una garantía del instituto (la empresa libre), sosteniéndose por la doctrina que la constitución no garantiza una concreta libertad individual de actividad empresarial, semejante a un derecho subjetivo, sino la necesaria existencia dentro del ordenamiento jurídico de la institución de la libre empresa. Esto es, garantizándose un marco y orden económico y social donde puede actuar una empresa libre¹⁴¹.

Bajo esta coordenadas constitucionales no es difícil concluir que la Constitución garantiza dentro de la libertad de ejercicio empresarial la libertad de dirección, es decir,

¹³⁸ Se trataría de una facultad específica dentro de las facultades generales de organización y dirección del empresario que emanan necesariamente del reconocimiento de la libertad de empresa y que resultan irrenunciables para el empresario.

¹³⁹ Encuadramiento que se puede aceptar en la medida que incluye dentro del mismo al poder de dirección «strictu sensu», al ius variandi y al poder de modificación sustancial de forma autónoma a otros poderes directivos como el poder de vigilancia, poder disciplinario.

¹⁴⁰ Esta falta institucional del Derecho constitucional de libertad de empresa, es la predominante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por todas, la STC 83/1984, de 24 de julio, señalando que no hay un derecho constitucional a acometer cualquier empresa, sino «sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial» y que por tanto, «en el art. 38 predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional».

¹⁴¹ Para la libertad de empresa se prevé, de acuerdo con el art. 53 CE 1978, un sistema de protección ordinario frente al excepcional que se reserva para los derechos incluidos en la sección 1ª del Capítulo II de la CE 1978.

se garantiza al empresario un marco jurídico que protege y garantiza las decisiones empresariales sobre los objetivos, estrategias de política económica, orientación de los recursos humanos y financieros de la misma. al tiempo que limita la citada libertad cuando entre en colisión con otros derechos constitucionales, y con la prohibición de abuso de derecho o de ejercicio de conformidad con el fin atribuido legal o constitucionalmente¹⁴², así como respeto al principio de buena fe en sus relaciones laborales [el empresario] con los trabajadores, y viceversa¹⁴³.

De ahí que el poder directivo aún estando encuadrado en el marco constitucional garantizado de la organización del trabajo, sea, sin embargo, éste su fundamento mediato, por cuanto que su razón jurídica directa o inmediata se encuentra en el contrato de trabajo como título de apropiación inmediato del trabajo ajeno. Con ser la libertad de empresa en su vertiente directamente organizacional el fundamento jurídico último y unitario de las *manifestaciones del poder empresarial directamente organizacional* (art. 20, 39, 40, 41, 47 y 52c ET) o de los poderes empresariales no constituye, sin embargo, el fundamento único o exclusivo de los mismos. El contrato de trabajo se configura como el fundamento inmediato de algunos de esos poderes empresariales, además de ser el presupuesto jurídico para todos ellos.

Así, la doctrina ha señalado que el contrato de trabajo tiene una decisiva incidencia en la organización empresarial, que no tiene que coincidir dicho fin organizacional con el fin que mueve a las partes a firmar un contrato o fin común de las mismas¹⁴⁴. Desde este plano, el contrato de trabajo constituye un instrumento esencial al servicio de las necesidades organizativas, modalizándose así los derechos y obligaciones de las partes por el mismo¹⁴⁵, y en lo que respecta a las facultades de movilidad funcional modalizándose

¹⁴² La prohibición del abuso de derecho es distinta de la protección jurídica de la buena fe, sin embargo, los dos postulados (exigencia de buena fe, prohibición del abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, artículos 7.º, 1; 7.º, 2, del Código Civil) forman un conjunto aunque no se den, necesariamente, de forma conjunta: Quien abusa de su derecho suele lesionar la buena fe de un tercero, pero no es preciso que así suceda para que su conducta sea antijurídica

¹⁴³ El debido respeto al principio de buena fe en el ejercicio de los derechos derivados del contrato o con fundamento legal es mucho más dúctil que el de la prohibición del abuso del derecho, el cual puede ser incluido como una particularidad del primero.

¹⁴⁴ Los fines de la organización, o el fin comunitario organizacional o visión “« »comunitaria”« » de la empresa era la predominante en la época franquista y los mismos entraban a interpretar los elementos y derechos del contrato, superada tal visión con el reconocimiento constitucional del conflicto de intereses (art. 7 CE).

¹⁴⁵ Como señala Román de la Torre, esta modulación de derechos producto del contrato de trabajo no significa que los fines de la organización formen parte de la causa del contrato (Román de la Torre, MD. *Poder de Dirección...*, cit. pág. 82); la cual es para los contratos de trabajo (onerosos) la prestación de servicios subordinados por la remuneración, es

las facultades empresariales al respeto del inicial programa prestacional (causa del contrato) o trabajo convenido.

Igualmente desde concepciones amplias del poder de dirección, se señala que la posición que el art. 1.1 ET otorga al empresario no es suficiente para explicar la presencia de ese poder de dirección en la empresa, por lo que, desde esa perspectiva¹⁴⁶, se debería, entonces, acudir a la especificidad de la estructura obligacional interna del contrato de trabajo.

2.2.2 Teoría general del poder de dirección: contenido

Una de las manifestaciones más típicas de la facultad empresarial de movilidad funcional es el poder de dirección que ahora nos ocupa. La simple enumeración de los preceptos del Estatuto donde se recogen diversas manifestaciones del Poder de dirección que no son más que recordatorios de cómo se cumple con lo contenido del contrato, nos resulta de ayuda sobre cuál es el contenido de esta figura.

El Estatuto de los Trabajadores señala en sus primeras referencias la centralidad del poder de dirección dentro de la propia dinámica del contrato de trabajo y de la relación laboral (arts 1.1; 5 c); 8; 20.1 y 2 ET). Con todos estos iniciales artículos, el Estatuto está definiendo la forma de cumplimiento del trabajo y cuándo éste se presenta. Y también la legalización o positivación de determinados poderes jurídicos de determinación y variación de la prestación¹⁴⁷.

La descripción del poder de dirección en el Estatuto es lo suficientemente amplia para servir de base a una variada serie de facultades del empresario, ya no sólo de movilidad funcional sino también de organización del trabajo, de dictar órdenes generales (normas

decir, aquellas razones objetivas e inmediatas que llevan a la celebración del contrato. (de acuerdo con la propia definición de ésta en el art. 1274 CC, o con su presunción de existencia, de acuerdo con el art. 1277CC)

¹⁴⁶ Serrano Olivares, R., *Lugar de trabajo ...*, cit. pág. 35

¹⁴⁷ Y con su legalización, su consideración como poder jurídico, con las consiguientes facultades y límites. La conceptualización de los poderes empresariales, como señala Luque Parra, no puede ser otra que la de considerarlos en primer instancia como «poderes jurídicos» (Luque Parra, M., *Los Límites jurídicos de los poderes...*, cit. pág. 21. En palabras de Cruz Villalón, “el reconocimiento de cualquier poder a nivel jurídico lleva necesariamente a su limitación por la propia norma...” (Cruz Villalón, J., *Las modificaciones de la prestación...*, cit. pág. 32).

y reglamentos de trabajo) o particulares a cada trabajador, así como facultades de vigilancia y control de los deberes y derechos del trabajador.

De esta forma, el poder de dirección ha podido ser entendido como una facultad empresarial omnicomprendiva en todas las distintas facultades empresariales. Ya no sólo porque deriva de los parámetros dispuestos en el art. 1.1 ET que laborizan un actuar empresarial, sino porque no puede descartarse una la idea de que en conjunto todos los poderes empresariales (el de dirección, el *ius variandi*, el disciplinario, el de vigilancia) conforman una gran definición del poder directivo, en base a una finalidad económica común, entre los diferentes tipos del poder empresarial organizacional¹⁴⁸. Esta idea omnicomprendiva del poder de dirección, que es mayoritaria en la doctrina, sostiene que el poder directivo –en la medida que incluye la facultad de ordenar tanto las prestaciones singulares de trabajo como la estructura laboral de la empresa—es una noción comprendiva de todas las modalidades de movilidad funcional: el poder de dirección, el *ius variandi* y el poder de modificación sustancial, en la medida que entiende que las diferencias que se puedan marcar entre ellas son sutiles¹⁴⁹. Ahora bien, esta visión omnicomprendiva es a su vez dividida por la doctrina científica que aporta otros parámetros de diferenciación. Así es conocida la diferencia entre *poder de dirección fuerte* y *poder de dirección débil*, en función de la mayor o menor intensidad en virtud de una serie de requisitos legales o situaciones de libertad¹⁵⁰.

Así, el concepto, la naturaleza o fundamento y los caracteres del poder de dirección para el ejercicio empresarial de la movilidad funcional es una materia sometida a discusión dogmática. Y es que como ha puesto de manifiesto Román de la Torre¹⁵¹, siguiendo una disyuntiva que ya Cruz Villalón señalaba, el poder de dirección puede ser entendido en un sentido amplio del término, omnicomprendivo de las facultades empresariales en toda su extensión, o bien, desde un concepto más estricto de tal poder (un poder que sirve de base jurídica para facultar al empresario un espacio de ordenes de cambio y alteración de la prestación de servicios contratados sin someterse a justificación objetiva expresa), siendo necesario entonces deslindarlos no sólo de

¹⁴⁸ Luque Parra, M., *Los Límites jurídicos de los poderes...*, cit. pág. 21

¹⁴⁹ Montoya Melgar, A., *El poder de dirección del empresario* (colec. Est. de Trabajo y Previsión). Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1965. Pág. 244.

¹⁵⁰ Esta es la postura defendida por Montoya Melgar., A., en «Poder del empresario y movilidad laboral» REDT núm. 38/1989

¹⁵¹ Román de la Torre, M.D., *Poder de dirección...*, pag. 91

aquellos otros relativos a la modalización de la prestación de trabajo , sino también de otros más diferenciados como son el control y vigilancia¹⁵² y el disciplinario.

Entre las últimas nociones del poder de dirección ofrecidas por la doctrina, sobre la base de la presencia de requisitos legales o no en el ejercicio de tal actuación empresarial, se entiende por ejercicio del poder de dirección empresarial: «toda aquella manifestación del poder empresarial directamente organizacional que no se encuentra causalizada expresamente». Es decir, como indica Luque Parra, toda aquella posibilidad o «espacio de libertad jurídica» que el ordenamiento jurídico otorga a la voluntad empresarial para que altere la prestación de servicios que se contrató sin que deba someterse a una justificación objetiva expresa¹⁵³. Sin embargo, esta noción —al centrarse sólo en los requisitos y no en el fundamento ni en el origen de la regulación— incluye en el mismo concepto del poder de dirección la facultad empresarial que deriva del contrato de trabajo y la de origen exclusivamente legal.

Siendo más correcta a la actual realidad normativa y a la posible diferenciación entre un poder de dirección general y un poder de dirección positivizado y regulado específicamente la visión doctrinal que concibe el poder de dirección (en sentido estricto) como «la faculta de conformación interna de la prestación debida. Su función es la de transforma la que, en sentido impropio, constituye prestación genérica del trabajador en el momento inicial de la constitución de la relación laboral, en una prestación específica respecta un puesto de trabajo determinado y con concreción de las funciones que abarcan el contenido de dicho puesto»¹⁵⁴, siendo, pues, el contrato la fuente y el fundamento inmediato del poder de dirección en sentido estricto.

Tenemos así que poder de dirección en sentido estricto, o general, el conjunto de facultades empresariales de conformación interna de la prestación que deriva del contato de trabajo y que su positivación se realiza con mero carácter de recordatorio.

¹⁵² De relación complementaria se ha calificado las relaciones entre el entre las faculades de control y vigilancia con otras relativas al poder disciplinario, y ello porque este último poder también puede servir de apoyo indirecto a las facultades de vigilancia debido a su “efecto disuasorio” de conductas laborales irregulares. Véase, sobre esta calificación, Fernández Villazón, L.A., *Las Facultades Empresariales de control de la Actividad laboral*, Aranzadi. 2003 pág. 27

¹⁵³ Luque Parra, M., *Los límites jurídicos...*, cit. pág. 36

¹⁵⁴ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. págs. 20

Desde esta *concepción estricta* que se identifica con el conjunto de facultades jurídicas tendentes a la especificación continuada del trabajo convenido¹⁵⁵. Esta concepción en sentido estricto del *poder directivo* destinada a especificar el tipo de prestación como supuesto de cambio cotidiano en la marcha de la empresa, no incluye al poder de dirección *regulado específicamente* que, aun siendo igualmente un cambio cotidiano de funciones dentro de la marcha de la empresa y por tanto sin precisar de causa o justificación, tiene, sin embargo, su origen, causa y requisitos en la postivación estatutaria y no en el contrato de trabajo. En otras palabras, sin la previsión legal, aun significando un cambio funcional ordinario, no le sería posible al empresario su ejercicio.

Igualmente quedaría fuera el *ius variandi* o la facultad de *modificación funcional* – strictu sensu- para organizar el trabajo en situaciones o circunstancias extraordinarias (inesperadas) del proceso productivo, y que, en consecuencia, no pueden ser solucionados con el ejercicio del poder directivo y sólo a través del *ius variandi* o modificación funcional extraordinaria¹⁵⁶.

Efectuamos una llamada de atención frente a una figura denominada poder de dirección positivizado y «regulado específicamente» que puede contener entidad propia suficiente como para constituirse en una categoría jurídica paralela y diversa a la del poder de dirección «estricto» (art. 20.1 ET) y enfrentada a la del *ius variandi* (temporal o indefinido). Y ello en base a la falta de homogeneidad entre sí de los dos supuestos acogidos bajo la denominación de ejercicio del poder empresarial no causalizados y particularmente en que estas facultades tanto de reasignar una nueva categoría profesional previa valoración de su equivalencia, y sin que tal facultad venga atribuidas directamente del contrato de trabajo, y que no podrían atribuirse por cláusulas contractuales en base al principio de irrenunciabilidad de derechos. Constituyendo, pues supuestos diferentes cuando no independientes de simples facultades jurídicas y que

¹⁵⁵ Román de la Torre, M^a D., *Poder de dirección...*, cit. Pág. 90, Cruz Villalón, J., *Las modificaciones de la prestación...*, cit. Pág. 83.

¹⁵⁶ Por tanto, cuando, en determinadas circunstancias (que pueden aparecer en cualquier momento no sólo en situaciones de crisis de empresa), ninguna de las tareas de la categoría sean necesarias o la categoría profesional suponga un límite para la organización del trabajo el empresario dispone del instrumento jurídico de la modificación funcional o *Ius variandi*, y éste siempre es «extraordinario» como sinónimo de causal y temporal; puesto que una sustancialidad mayor en el cambio funcional sólo es posible a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con unas reglas autónomas e independientes previstas en el art. 41 ET

forman parte de un derecho o de una situación jurídica más amplia que la mera especificación.

El poder de dirección «regulado específicamente» de la prestación de servicios, contempla las facultades sustitución de la prestación laboral (art. 39.1 del ET) y las facultades de cambio geográfico de trabajadores móviles e itinerantes (art. 40.1 ET), con caracteres propios, en cuanto a su fundamento jurídico y su fuente de atribución. Este poder de dirección regulado específicamente tiene un marcado carácter híbrido, y así se puede describir gráficamente que tiene “alma de poder de dirección y sometidos sólo a los límites del ejercicio común de tal poder de dirección, pero figura legal”. A su estudio concreto nos remitimos al capítulo II.

2.2.3 *Supuestos dentro del poder de dirección sin mención estatutaria*

Son multitud los supuestos, pero vamos a título de ejemplo a centrarnos en dos. Por un lado el desplazamiento inferior a 12 meses y el traslado de centro de trabajo sin exigir cambio de residencia. Y, por otro lado, el cambio horario en jornada flexible.

1) *El desplazamiento o traslado que no exige cambio de residencia.*

Nos encontramos ante una manifestación del poder de dirección, la movilidad geográfica accidental, que no viene positivada en el estatuto ni contemplado su régimen jurídico, por lo que, de una parte, la identificación de las manifestaciones de este tipo de movilidad se va a obtener por delimitación negativa o por vía de exclusión, y, de otra, el régimen jurídico a aplicar deberá provenir de fuentes normativas distintas a la legal, dado que sólo se establece el régimen de la movilidad locativa sustancial¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Concluye Serrano Olivares, indicando que “se puede decir, por tanto, que el ordenamiento jurídico-laboral español ha tipificado todas las modificaciones del lugar de trabajo derivadas del poder empresarial en virtud de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, que pueden reputarse como sustanciales. Y ello incluso de la inicial duda doctrinal respecto al desplazamiento como supuesto de movilidad sustancial, que se solventa con la lectura de las condiciones que el legislador somete a dicho desplazamiento, con límites causales, temporales y con evidente trascendencia sobre el parámetro base de la movilidad locativa como es el domicilio del trabajador y sus condiciones de vida y trabajo en tanto dura el desplazamiento”(Serrano Olivares, R. *Lugar de trabajo ...*, cit. pág. 184). En contra de esta consideración del desplazamiento como figura de naturaleza sustancial, al resaltar el carácter indemnizado y compensado

En efecto, podría deducirse del art. 40 ET que con la ausencia de regulación de los supuestos de movilidad locacional no sustanciales (salvo los trabajos móviles e itinerantes) el legislador desea contemplar sólo aquellos supuestos donde se altera el parámetro base (la residencia del trabajador) producto de dichos cambios y ello al objeto de alcanzar mayor grado de seguridad respecto del régimen y limitaciones que se les aplica. De tal forma que si no hay necesidad de pernoctar en sede distinta a la residencia habitual utilizando el criterio de la distancia de desplazamiento¹⁵⁸ en conexión con la previsión legal respecto a la duración del desplazamiento¹⁵⁹.

Por tanto, a falta de esa previsión legal sobre otros límites y requisitos, en aquellos desplazamientos de duración inferior a la legal serán siempre desplazamientos cubiertos por el contrato de trabajo y ejercidos en base al poder de dirección sin que se pueda, en principio, denunciar un grave quebranto de la vida familiar del trabajador producto del desplazamiento temporal breve (en el umbral que media entre 2 a 89 jornadas), que deba ser, por exigir pernoctar en domicilio distinto –si bien de forma temporal–, compensado, previamente negociado o si quiera justificado en razones económicas o productivas. En definitiva, si toda medida no prevista en el art. 40 ET encaja dentro del poder de dirección regular del empresario de los arts. 5c y 20 ET o, cuando el cambio de localidad suponga demasiados gastos (económicos, de tiempo, o en las cargas familiares) para el trabajador, acudir a la aplicación del art. 41 ET¹⁶⁰.

del desplazamiento para el trabajador, Rodríguez de la Borbolla J., *De la rigidez al equilibrio flexible*, CES 1994, pág. 152.

¹⁵⁸ Obligando los tribunales al empresario que adopta la orden de traslado o desplazamiento a aportar la carga de la prueba respecto a la distancia que separa el centro de destino del domicilio del trabajador y las posibilidades de transporte público existentes con descenso al detalle sobre las mismas.

¹⁵⁹ Esta previsión, respecto a la entidad temporal de la situación de «residencia» que se considera sustancial, se introduce a través de la técnica de la presunción legal —*iure et de iure*—, de tal forma que revisten esta naturaleza aquellos cuya duración sea superior a tres meses.

¹⁶⁰ En este sentido, García Murcia, J., *Traslados y desplazamientos en la empresa...*, cit., pág. 63. si bien es dudoso el éxito en los tribunales dado que ha sido el propio legislador el que ha querido obviar, por accidentales, todos estos tipos de cambios geográficos no regulados en el art. 40ET, pero aunque se acuda a la solicitud de extinción del contrato de trabajo por mayor onerosidad, en el cambio locativo sólo se ha producido jurídicamente eso, un cambio en el lugar de prestación de servicios, sin afectar a otras condiciones de trabajo, como la jornada o del horario (que, de ser modificados, permiten la extinción), en efecto, de facto, con el aumento del tiempo en el desplazamiento en ir y volver del nuevo lugar de prestación de servicios a su domicilio hay «de facto» una prolongación de jornada, pero no «jurídicamente» un cambio de jornada que sigue siendo la misma.

Situados en este marco de ejercicio del poder empresarial de movilidad locativa que no implica alteración del lugar de residencia del trabajador (por la distancia o por la duración temporal), se ha discutido en la práctica la aplicación del derecho a la indemnización, en lo que a este estudio comparativo interesa, algunos tribunales han aplicado analógicamente el art. 39.4 ET a este supuesto para compensar los perjuicios económicos al trabajador derivados del cambio locativo. Sin embargo, no se dan las condiciones para la aplicación analógica de dicho precepto nacido para regular una situación diversa, una movilidad que el propio legislador considera extraordinaria (*ius variandi*) movilidad que no tiene tal naturaleza en el caso de la movilidad geográfica que no precisa del cambio de residencia del trabajador y donde el empresario está ejercitando legítimamente una facultad que se incardina en su poder directivo no en el *ius variandi* del art. 40 ET. Sí, en cambio, sería aplicable en un supuesto conjunto de *ius variandi* y cambio geográfico sin alteración de la residencia del trabajador, pero por la absorción de los efectos del primero sobre el segundo¹⁶¹.

2) *Los cambios horarios ocasionales*

En este supuesto, se utiliza el elemento de la duración temporal del cambio en días como elemento para valorar la accidentalidad del cambio horario, ya que por su propia aplicación restringida temporalmente, se vinculan a circunstancias sobrevenidas, implican un menor perjuicio para el trabajador, y deben ser aceptados por él, como una consecuencia de sus deberes de buena fe, colaboración y solidaridad, sin perjuicio de derecho a ser indemnizado por los daños ocasionados. De esta forma, no puede calificarse de modificación sustancial un cambio significativo (cambiar el horario de entrada de 9 horas a 6 horas) que dure apenas cinco días difícilmente podrá reputarse modificación sustancial. O aquel cambio horario de sólo un día puesto que se trata de una variación ocasional, para una misión concreta¹⁶².

Así, en supuestos de cambio de horario individual o plural de forma temporal, al no estar positivizados entran dentro del ejercicio del poder de dirección con sus límites y singularidad.

¹⁶¹ STSJ de Castilla León 1 de diciembre de 1992 (AS 6098).

¹⁶² Así, el TSJ de Cantabria en Sentencia de 17 de enero de 1995 (AS 200) apunta que la modificación de horario de carácter sustancial por un solo día para dos trabajadores, y por ocho días para otros diez, no puede reputarse modificación sustancial puesto que se trata de una variación ocasional, para una misión concreta, por tiempo imprescindibles y por causas justificadas

Por otra parte, según el artículo 36. 3 ET el empresario podrá exigir la realización de la prestación de trabajo durante un período de tiempo ceno cuando en la empresa rija un régimen de trabajo flexible. Las características del 'poder de dirección' confluyen claramente en este supuesto. Funcionando de forma regular en la empresa un determinado sistema de distribución de horario de trabajo a turnos a lo largo de toda la jornada laboral empresario para que conforme al contrato de complemento del turno o la propia actividad contratada del trabajador en turnos, se considere como regular fiar la rotación de los turnos, salvo la adscripción voluntaria de un trabajador a un turno. («las empresas podrán efectuar los turnos bien por equipo de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o (bien) contratando personal para completar los equipos), pueda exigir la prestación de sus servicios en otras condiciones de tiempo, pero siempre dentro del contrato ya con carácter temporal ya porque así deseado la adscripción a un turno. En todo caso, su carácter puntual respectó a una situación muy específica y concreta y sobre todo su naturaleza marcadamente marginal, dada la poca extensión hoy en día de la forma de horario flexible, constituye una manifestación que no merece de mayor atención ni presenta peculiares problemas interpretativos

2.2.4 *Manifestaciones estatutarias del poder de dirección sin regulación específica*

Dentro del poder de dirección –estrictamente considerado— y conforme establece el art. 20.2 ET, el poder de dirección consiste básicamente en la posibilidad de dar órdenes e instrucciones, concretas o particulares, sobre el modo de cumplimiento de la obligación de trabajo asumida por el trabajador. Estas órdenes del empresario que introducen alguna variación en la forma de realizar la prestación deben ser cumplidas ya que constituyen uno de los deberes básicos de los trabajadores (art. 5c ET), siempre que tales ordenes sean en el «ejercicio regular» del mismo; esto es, que la orden empresarial se coloque dentro de los límites legales y convencionales (colectivos e individuales).

Veamos algunos ejemplos de ordenes empresariales de realización de un determinado modo la prestación, basada en el propio contrato de trabajo, y que el Estatuto si las menciona lo hace meramente para recordar que existe esa facultad pero no para regularla (cambio funcional dentro del grupo profesional, desplazamiento de

trabajadores con centros de trabajo móvil o itinerantes¹⁶³. Para que se pueda aplicar la analogía en la aplicación de las normas jurídicas el art. 4.1 del CC señala «cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón», no se trata aquí de realizar una integración normativa o de aplicar analógicamente la normas de movilidad geográfica que estén encuadradas dentro del poder de dirección (hayan sido o no específicamente así positivadas por el legislador laboral o no) a la movilidad funcional, sino más bien de apreciar esa identidad de razón y las líneas comunes en la positivación de la movilidad geográfica centrada dentro del poder de dirección con la positivación de la movilidad funcional igualmente dentro de ese poder.

Venimos así a buscar la «ratio legis» de la positivación específica del poder de dirección confrontando dos regulaciones de la movilidad, la geográfica y la funcional, en una especie de «analogía iuris» que, partiendo de la aplicación de dos preceptos, trata de deducir de ellos un principio o «ratio legis»¹⁶⁴.

1) *Los desplazamientos o traslados de los trabajadores móviles*

En efecto desde la doctrina, y siguiendo la tesis de la existencia de una lógica transversal en el régimen jurídico que limita el poder empresarial organizacional desde una perspectiva global, se señalan que tanto la movilidad funcional como la geográfica son manifestaciones de poder de dirección directamente organizacional, y que, por lo tanto, le son comunes la naturaleza, finalidad, el ejercicio de tales poderes, permitiendo una comparación de ambos tipos de facultades empresariales y alcanzar conclusiones generales¹⁶⁵.

¹⁶³ Los trabajadores itinerantes tienen una residencia como cualquier otro trabajador y la afectación sustancial a la misma por el cambio locativo de la prestación podría dar lugar a que se considerase desplazamiento y requerir de la existencia de causas organizativas para su ejercicio, sin embargo el legislador toma otro parámetro diverso a la residencia, cual es la continuidad de vida profesional itinerante del trabajador.

¹⁶⁴ Esta «analogía iuris» –la Rechtsanalogie del código civil alemán–, parte de un conjunto de preceptos, de los que se extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica a la solución de interpretativa del precepto que mejor resuelva el caso regulado deficientemente o que permita soluciones contradictorias o fraudulentas.

¹⁶⁵ Si bien, como presupuesto para alcanzar estas conclusiones generales, habría previamente que identificar la lógica interna de cada una de las facultades empresariales (movilidad geográfica, funcional) en relación con las propias dificultades técnicas de los preceptos que las regulan.

Si analizamos los cambios de lugar de trabajo como objeto del poder empresarial de movilidad geográfica, y más en concreto, el ámbito de ejercicio del mismo o ámbito de actuación del poder empresarial de movilidad geográfica del art. 40 ET, podemos deducir que es la afectación al domicilio del trabajador el parámetro delimitador del ámbito de actuación del poder empresarial de movilidad geográfica en sus distintas expresiones jurídicas (traslado y desplazamiento)

Así, el legislador menciona pero no regula en el art. 40 ET los desplazamiento de los trabajadores móviles, a no ser que se quiera dar valor de regulación a la mera mención de exclusión de los límites causales o procedimentales del art. 40 ET a los trabajadores contratados para prestar servicios en centros móviles o itinerantes¹⁶⁶. La exclusión del colectivo de trabajadores contratados para centros móviles o itinerantes se debe a la falta de relación que en ellos se produce entre el cambio de centro de trabajo y de su domicilio¹⁶⁷.

Pues bien, ante esta indefinición del Estatuto respecto a las variables o parámetros sobre los que el trabajador móvil o itinerante establece su residencia o sus intereses extralaborales dignos de protección y para el caso de lesión de los mismos, se deberá acudir a los límites genéricos del poder de dirección que serán los que limiten estos poderes empresariales accidentales de movilidad geográfica en lugar de los impedimentos a la movilidad que se indican en el art. 40 ET¹⁶⁸

En efecto, la falta en estos trabajadores de un parámetro (el domicilio del trabajador) --que es la base sobre la que se configura el ejercicio, límites y causalización del régimen legalmente previsto en materia locativa--, impide al legislador verificar el alcance de las diversas órdenes de movilidad locativa en función de los efectos que las

¹⁶⁶ Y ello en base al principio asentado en la doctrina conforme el cual, resulta ajena al ejercicio del poder de dirección la imposición de límites causales. Por todos, véase, Del Rey Guanter, S., «Los despidos por “causas empresariales...”» cit. pág. 176.

¹⁶⁷ Es decir, no es que objetivamente el nuevo centro móvil no requiera un cambio de residencia --que en la mayoría de las ocasiones así puede suceder, sobre todo una vez que la jurisprudencia ha objetivado el quantum kilométrico de tal exigencia de cambio de residencia --, sino que la residencia de estos trabajadores se somete a otros parámetros diversos de la afectación de sus intereses extralaborales como es el domicilio donde tiene su vida privada y familia

¹⁶⁸ La STS de 19 de junio de 1995 RJ 5203 señala que la exclusión de estos trabajadores de las normas restrictivas que establece para los demás supuestos del art. 40 ET se debe a la propia naturaleza de la actividad que despliega la empresa y los trabajadores en ella acoplados, que precisa de la movilidad necesaria sin impedimentos de cumplimiento de la finalidad que la actividad propia de la empresa requiere.

mismas provocan sobre dicho parámetro, y por eso expresamente excluye a este tipo de trabajadores. Es la propia naturaleza móvil de la prestación el punto de referencia del objeto de la prestación. Y así, la jurisprudencia limita la interpretación del carácter móvil de los trabajos precisamente para asegurar la realidad y necesidad de tal actividad indispensablemente móvil¹⁶⁹, así como el deber de probar tal compromiso contractual¹⁷⁰, dado que, como señala Román de la Torre¹⁷¹, la movilidad locativa de los trabajadores adscritos a plurales lugares de cumplimiento integra el objeto de la prestación laboral, teniendo su origen tales cambios en la movilidad del propio centro de trabajo al que se ha adscrito. De forma que para estos trabajadores no resulta adecuada la aplicación del régimen legalmente previsto en el art. 40 ET, a salvo, claro está, de aquellos supuestos en que las órdenes de movilidad superen bien el ámbito al que se ha circunscrito el trabajo o bien el propio centro de trabajo móvil o itinerante, en cuyo caso el origen de las mismas estaría en la facultad empresarial de reasignación de recursos humanos dentro de la empresa¹⁷².

Como señala la doctrina¹⁷³, el cuadro de derechos y garantías del art. 40 ET no tiene por qué ser necesariamente homogéneo ante situaciones o manifestaciones del cambio locativo diversas. En efecto, la aplicación de los conceptos de traslado y desplazamiento del art. 40 ET a la modalidad «contractual» puede resultar tanto artificiosa ya que al estar adscrito a una pluralidad de lugares de cumplimiento difícilmente se puede interpretar que en la nueva reubicación se produce un traslado, como perjudicial ya que con el traslado el trabajador fijará su residencia en ese nuevo lugar de destino, pensando que en futuro próximo cambiará su lugar de trabajo perdiendo con ello las indemnizaciones que prevé el traslado. De ahí que la protección del trabajador deba buscarse en las reglas y principios del contrato de trabajo, las

¹⁶⁹ La jurisprudencia entiende por centro móvil el centro de trabajo en continuo o permanente movimiento de acuerdo a la propia naturaleza de la actividad de la empresa. Y así, en un empresa constructora los trabajos tendrán condición de itinerantes sólo cuanto la amplitud de la obra abarcase diversos municipios. STSJ Andalucía de 16 de mayo de 1995 AS 2105

¹⁷⁰ La STS de 3 de abril de 1995 RJ 1477 señala que el art. 40 exige una interpretación restrictiva y cautelosa, correspondiendo al empresario la prueba de que contrató con tal condición: “...la expresión del apartado 1 del artículo indicando «contrató específicamente» implica que el empleador debe hacer constar tal circunstancia en el contrato de trabajo escrito, si lo hubiera...”

¹⁷¹ Román de la Torre, M^ªD., *Poder de dirección* cit. pág. 196

¹⁷² García Murcia, J., *Traslados y desplazamientos..* cit. pág. 66

¹⁷³ Serrano Olivares, R., *Lugar de trabajo* cit. p 183, quien califica dicha movilidad geográfica como movilidad «contractual».

cláusulas de los convenios colectivos y los límites genéricos del poder de dirección, y, sólo, de forma subsidiaria, habrá que acudir a una aplicación matizada de las reglas del art. 40 ET.

Será pues la normativa convencional la encargada de regular este tipo de movilidad de movilidad locativa que en la actualidad, y ante las nuevas formas de organización descentralizada, determinan las condiciones «móviles» de ejecución de la prestación laboral, de modo que va ganando terreno los supuestos de trabajos móviles frente a las tradiciones formas estables de prestación del trabajo en un único taller u oficina, por lo que los convenios colectivos serán, por su carácter colectivo y provisional, la regulación más cercana a esta realidad y a señalar los límites a las condiciones de ejercicio de este tipo de movilidad locativa.

2) *Los cambios funcionales dentro del grupo profesional*

Los cambios o alteraciones funcionales que se producen con el ejercicio del poder de dirección positivizado no regulado específicamente, lo son, tan sólo, en términos «organizativos» no jurídicos, pues se encuentran siempre dentro del marco del trabajo genéricamente convenido y no dan lugar a cambio alguno del objeto determinado de la relación laboral. De ahí que el cambio -en término organizativo- tenga al poder de dirección directivo como fundamento o razón jurídica del mismo, y la razón inmediata sería el contrato de trabajo, siempre que se interprete rectamente del papel del mismo y no desdibuje la posible determinación de las condiciones contractuales, subordinadas exclusivamente a la realización del interés de ambas partes¹⁷⁴. La fuente o instrumento jurídico de atribución de este poder concretado en la facultad de especificación o sustitución es el contrato¹⁷⁵ y limita ese poder a la concreción inicial de un objeto del contrato determinable.

Si el fundamento y la fuente del cambio dentro del grupo profesional ¿Por qué hay una mención expresa al cambio funcional dentro del grupo profesional si dicho cambio

¹⁷⁴ En efecto, como ha indicado Román de la Torre, no forma parte de la causa del contrato de trabajo los fines organizativos de la empresa (*Poder de dirección...cit.* pág. 82). De esta forma se eliminan aquellas interpretaciones que buscaban en el contrato del trabajo el logro de unos supuestos fines superiores y más importantes que los de las partes: el de la empresa o la productividad.

¹⁷⁵ De esta forma esta facultad empresarial no es sino consecuencia de la naturaleza del contrato de trabajo que tiene «*in obligatione*» desde que éste se constituye la necesidad de su concreción posterior

está dentro del poder de dirección genérico o estricto sensu?. La respuesta hay que encontrarla en la evolución normativa del artículo 39 ET y la inclusión del grupo profesional como un nuevo ámbito de ejercicio de la movilidad funcional cuando el sistema de clasificación profesional no preveía mayoritariamente los grupos profesionales. Ahora, de la lectura del art. 39 ET-94, la prestación debida es el grupo profesional porque este marca el límite del ejercicio del poder de dirección del empresario en su facultad de determinar constante y específicamente la prestación.

En la actualidad, con el desarrollo convencional del grupo profesional en los sistemas de clasificación profesional, los cambios funcionales dentro del grupo profesional, cuando éste viene definido en el convenio colectivo de aplicación, y cuando las partes del contrato han asignado dicho grupo como trabajo convenido, es un supuesto que no plantea dudas. Así dicho Grupo profesional asignado es la referencia objeto del contrato de trabajo y el límite de las facultades directivas en orden a los cambios funcionales del trabajador —art. 39 ET— serán todas las funciones dentro de su grupo profesional. Ahora bien, el anterior orden lógico planteaba serias dudas en los dos siguientes supuestos: cuando el referente funcional (u objeto del contrato de trabajo) es la *categoría profesional* o cuando el referente funcional es un grupo profesional *no definido* en el convenio colectivo (donde no hay un contenido general de la prestación que unifica a todas las funciones y tareas del grupo, sino que este se limita a ser una «unidad mayor» y a agrupar categorías profesionales diversas).

Igualmente otro supuesto específico donde juega la mención expresa del art. 39.1 ET es en los casos donde hay una determinación clara de la negociación de agrupar el contenido general de la prestación y las titulaciones en unidades inferiores al grupo profesional, pero sin que la función de esta agrupación inferior sea necesariamente y en todo caso reducir igualmente el ejercicio de la movilidad funcional, que, por propia intención del legislador, no tendrá otro límite que el respeto a la titulación necesaria y el ámbito del grupo profesional (y no de la subárea dentro del grupo profesional). Así, la explicación de esta previsión legal sea no tanto incrementar la flexibilidad desregulando posibles límites convencionales a la movilidad funcional como evitar que, con motivo de las subáreas, el grupo profesional se convierta en un continente con un contenido diverso, a semejanza con lo que sucedía con el grupo profesional de las Ordenanzas laborales que se limitaba a agrupar diversas categorías profesionales bajo los cinco grupos clásicos. En efecto, la subáreas del grupo profesional no son límites a la movilidad dentro del mismo precisamente para asegurar que este último (el grupo

profesional) sea definido y agrupe aún con subáreas un contenido general de la prestación similar donde ejercitar la movilidad funcional accidental.

Hay que indicar que en los mismos, cuando se respete esta limitación convencional se estará ejercitando en los cambios funcionales —en el seno el poder de dirección— directamente derivados del propio acuerdo inicial y de la especificación funcional dentro de la subárea. En efecto, a pesar de esta limitación convencional colectiva a la que se adscribe al trabajador inicialmente (una determinada subárea), nada impide que se ejercite por el empresario el poder de movilidad funcional, en todo caso, dentro del grupo profesional (a pesar del establecimiento de las subáreas) o entre categorías profesionales equivalentes (entre categorías profesionales enriquecidas o categorías polivalentes).

3) *balance de las manifestaciones del poder de dirección con o sin regulación específica*

Nos parece la mejor opción --desde un punto de vista dogmático— que cuando se está estudiando el supuesto del ejercicio del poder «de dirección» se indique que dentro de él se encuentra igualmente un «sub-supuesto» de «poder de dirección específicamente regulado» y otro no regulado, diferenciado en límites y ubicación en el Estatuto.

Los parámetros delimitadores de las manifestaciones del poder empresarial en su faceta funcional variarán si existe un cambio legislativo. Su interpretación y utilización es inestable y a merced de la configuración legal, de tal forma que igual que hay dos criterios¹⁷⁶, podrían señalarse tres¹⁷⁷, como de encuadrarse bajo un mismo criterio supuesto de naturaleza, fundamento y alcance muy diversos¹⁷⁸.

Por otro lado, y desde la claridad terminológica, una subdivisión favorece dado que nos obliga a intuir que siguiente grado está compuesto por el poder de dirección con

¹⁷⁶ El primero, en el campo de la movilidad funcional, es la exigencia de legal de una causa que legitime la decisión empresarial; la segunda es el establecimiento de una temporalidad para la adopción de determinadas modificaciones de las condiciones de trabajo.

¹⁷⁷ Por ejemplo la inclusión condiciones predeterminadas que funcionarán como límites jurídicos singulares.

¹⁷⁸ Si el legislador hubiera señalado que la movilidad entre categorías equivalentes a falta de definición de un grupo solo tuviera una vigencia fuera temporal (por ejemplo, como sucedió con la D.T 2ª del ET-1980), tal cambio funcional se encuadraría junto con el *ius variandi* ascendente o descendente.

regulación específica, que debería incluir los cambios accidentales fuera de las previsiones del contrato de trabajo en lo cual no toda la doctrina se muestra de acuerdo¹⁷⁹. Pero además, en este subtipo no se produce modificación funcional y de la prestación debida (como sucede, con la actual configuración del art. 39.1ET, con la movilidad entre categorías profesionales equivalentes, donde se reasigna una nueva categoría profesional, es decir, una nueva prestación). Sobre esta idea se volverá más adelante en nuestro estudio en el próximo capítulo.

2.3. Límites generales del poder de dirección

Después del análisis de las diversas nociones que enmarcan el ámbito del ejercicio del poder directivo empresarial, estamos en disposición de señalar los rasgos del régimen de poder de dirección. El régimen del poder directivo legal general previsto en el art. 20.1 ET (y el art. 5c ET) no hace sino amparar, entre otras, las anteriores manifestaciones de especificación y cambio funcional dentro del marco del acuerdo individual inicial¹⁸⁰, pues expresamente se señala, por la norma, que lo obligado a realizar bajo la dirección del empresario es «el trabajo convenido».

A ello hay que añadir que la intervención legislativa del art. 20.1 ET solamente incide, sobre tal compromiso, para añadir otra obligación al débito de actividad, pero de carácter modal. Es una obligación de actuar lo acordado bajo el ejercicio regular, no arbitrario, ni discriminatorio, del poder de dirección del empresario, pero que no amplía cualitativamente la prestación de trabajo debida en virtud del contrato, ni sobrepasando en el resultado de dicho ejercicio la protección novatoria. Dicho de otra forma, la facultad empresarial de dirigir el «trabajo convenido» queda circunscrita al mismo. Es decir, es una facultad con límites generales y negativos.

¹⁷⁹ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad* cit. Pag 8 y ss

¹⁸⁰ Afirmando, en este mismo sentido que el objeto de ese acuerdo obligacional es la prestación, Valdés De la Vega, B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, Troya 1997, pág. 172 corrobora también que es, por tanto, lo debido por el deudor y exigible por el acreedor en función del acto que crea la obligación, en este caso, el contrato de trabajo. En este sentido entenderíamos que la prestación debida por el trabajador, el débito de actividad que asume hacia el empresario, es el derivado del propio contrato.

Lo más lógico sería extraer, del acuerdo contractual, el exacto contenido de lo debido, siendo la referencia del art. 20 ET una garantía legal y, al tiempo, un límite de ello. Sin embargo, este es uno de los puntos en el que el legislador laboral, incluso en el ámbito del poder de dirección, adopta un cierto intervencionismo (art. 39.1ET).

Desde este punto de vista, se viene afirmando por la doctrina iuslaboralista¹⁸¹ que, cuando el empresario ejercita el poder de dirección ejecuta el contrato en fase de cumplimiento, de manera que las singulares obligaciones de trabajo que el empresario individualiza y especifica a partir del poder de dirección no son más que «consecuencias conforme a la naturaleza del contrato que están implícitamente desde el principio en el mismo, esto es, desde que el contrato se estipula» (1258 CC). Por esta razón, el legislador no exige justificación causal para que el poder de dirección o especificación del empresario pueda ejercitarse, aunque la inexistencia de causa no significa que esta actuación empresarial sea enteramente libre, pues existe el límite de los derechos fundamentales (STCo 90/1997 de 6 de mayo), así como las previsiones que, en materia de trabajo convenido, puede establecer la negociación colectiva pueda, para determinadas actuaciones, exigir una causa que limite la actuación empresarial, si bien la jurisprudencia se encuentra dividida a este respecto¹⁸².

3.2.1 *Los parámetros comunes aplicados al cambio funcional derivado del ejercicio contractual del poder de dirección.*

— *El ejercicio regular* El aspecto referido al ejercicio regular viene referido a la forma a través de la que se produce el cambio funcional derivado del poder de dirección del empresario.

El conocimiento dentro de la relación laboral de cuando nos encontramos en el ejercicio «regular» de las facultades directivas, en cuyo caso no estamos ante modificaciones propiamente dichas de la relación laboral, sino ante meras especificaciones y concreciones del trabajo a prestar, y cuando, al contrario, se ha

¹⁸¹ Vallejo Dacosta, R. *Modificación de las condiciones de trabajo: un análisis desde la perspectiva del sistema* cit., pág. 162

¹⁸² Véase, por todas, la sentencia del TSJ de Madrid de 2 de marzo de 1993 (Ar. 1392) a favor del establecimiento de límites en el ámbito funcional; en contra, por todas, la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 1993 (Ar. 409).

pasado la frontera del poder de dirección y se está produciendo una modificación o alteración de la relación laboral es una de las tareas más difíciles en el estudio de las modificaciones de la prestación laboral, puesto que, para ello, resulta imprescindible tratar de fijar —lo que desde luego no es fácil— las fronteras entre el ejercicio «regular» del poder de dirección y las modificaciones de la relación, pues, como muy gráficamente se ha expresado, se trata de instituciones fronterizas, en tanto que «el campo del *ius variandi* comienza donde el poder directivo finaliza»¹⁸³.

Si el ejercicio de este poder del empresario no difiere del programa prestacional inicial fijado por las partes, y es semejante a cualquier otro cambio empresarial derivado de la facultad que da el contrato a una de las partes, entonces nos encontramos ante el ejercicio regular de su poder de dirección¹⁸⁴. En efecto, con la noción «regularidad» hacemos referencia, pues, a un cambio funcional accidental que no precisa de requisitos especiales, formales o de fondo, en el que basta la simple voluntad del empleador, al ser dicho cambio un aspecto cotidiano en la empresa y del programa contractual.

A partir de esta noción estamos en condiciones de señalar la utilidad de la calificación como regular o no del ejercicio de dicho poder empresarial en lo que al cambio funcional se refiere. La orden empresarial por la que se asigna al trabajador a funciones convenidas inicialmente, se adaptará a Derecho, y se realizará dentro de los límites exigidos por el contrato. En estos casos la orden debe ser cumplida por el trabajador (art. 5c ET) y el empleador se encuentra ejerciendo regularmente sus facultades directivas.

Pero, ¿cuáles son las posibilidades para el trabajador, en orden a señalar la tacha de la regularidad del poder empresarial y de su orden?. En principio, el trabajador, conoce el contenido del contrato firmado y, por tanto, las facultades del empresario de especificación y concreción de la prestación incluidas en dicho acuerdo y por tanto de denuncia y resistencia a que se produzcan las mismas¹⁸⁵. Ahora bien este hecho no le

¹⁸³ Giugni, G., *Mancioni e Qualifica...*, cit. Pág. 252

¹⁸⁴ Esta calificación de regular es válida igualmente para el ejercicio del poder de dirección que derive de una norma legal que se ajuste al ámbito y límites legales.

¹⁸⁵ De ningún precepto del E-T cabe deducir presunción alguna en favor de que las órdenes empresariales de principio deban de ser creídas como lícitas, quedando va bastante lejos de la mentalidad del legislador laboral el principio que se establecía en el C.C., art. 1.584, apdo. 2, de que «el amo será creído, salvo prueba en contrario: sobre el tanto del salario del sirviente doméstico; sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente», y que ya la jurisprudencia civil se

otorga un plus en la posibilidad de efectuar una tacha de la orden por sobrepasar aquellos límites y poner en práctica las consecuencias aparejadas a la misma; incluso, puede adelantarse, que al contrario, ese ejercicio no regular desde el punto de vista contractual puede venir amparado por la regularidad en el ejercicio de respeto de los límites legales que se otorguen a la facultad empresarial de modificación de la prestación. Es decir, puede ser un ejercicio no regular del poder directivo y legal del poder de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En efecto, esta interpretación se obtiene de la lectura, también en sentido contrario, del art. 20.1 E.T.

Así, de la propia regulación positiva actual del deber de obediencia (art. 5 c ET) que no hace distinciones al respecto sobre los tipos de poderes o facultades empresariales, se deriva que el trabajador se encuentra obligado a cumplir las órdenes del empresario «en el ejercicio regular de sus facultades directivas», es decir, leído a la inversa, no existe una obligación de obedecer cuando el empresario no se encuentra en ese ejercicio regular de sus facultades, y sucede tanto en el ejercicio del poder directivo como de la variación sustancial.; esto es, el trabajador no estará obligado a realizar el trabajo no pactado, con la única excepción de las situaciones de 'ius variandi' lícito. Por el contrario, el art. 20.2 ET se limita a fijar que trabajador y empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe; parece bastante lógico de esta forma que si una de las partes (el empresario) no actúa conforme a la buena fe, porque ordena la realización de unas tareas que, por ejemplo, son permanentes y salen del marco prestacional acordado, este principio de buena fe no puede obligar a la otra parte, como señala Cruz Villalón, a obedecer ciegamente¹⁸⁶.

Se aplicando este principio de buena fe para moderar la intención del empresario, sea aplicando el art. 5c ET que fija adecuadamente los límites del deber de obediencia tanto en el supuesto del fundamento contractual como el legal de la orden empresarial, que es exigible sólo cuando el empresario ejercita regularmente su poder de dirección (sea cual sea la fuente de atribución).

Ahora bien en la aplicación práctica la jurisprudencia ha venido indicando que el trabajador no puede convertirse en el juez de su propia prestación, por lo que salvo

encargó de encauzar a través del principio de libre apreciación de todo los elementos de prueba por el tribunal incluso en los supuestos en los que no se fijó el precio de esos servicios (Véase, STS de 18 de mayo de 1981 RJ 1981, 2078).

¹⁸⁶ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones ...*, cit., pág. 204

aquellas órdenes denigrantes o que atentan contra los derechos fundamentales, el trabajador debe de cumplir las órdenes empresariales incluso en el supuesto de que sean improcedentes, sin perjuicio de su impugnación¹⁸⁷.

— *El principio de protección novatorio* Este principio es el fundamento mismo de la accidentalidad del cambio funcional aplicado al poder de dirección del art. 39.1 ET como del genéricamente previsto en el art. 20.1 ET.

En principio, al contrato de trabajo se aplica también la llamada protección novatoria, es decir, que sin el consentimiento del trabajador el empresario no puede traspasar en el ejercicio de su poder de dirección Y para determinar el trabajo a prestar, los límites del trabajo «corriente» convenido¹⁸⁸. Salvo las excepciones previstas en el ET, por un lado el supuesto tradicionalmente denominado como *ius variandi* (art. 39.2 ET) y en segundo lugar, el de las modificaciones previstas en el artículo 41 ET.

Ahora bien, no debe olvidarse la situación de debilidad de una de las partes en una situación de negociación individual dentro del contrato de trabajo, que no se evita meramente a través de la *protección novatoria*. Los posibles excesos en la asignación de función superior pueden producirse tanto a través de un uso abusivo de las decisiones unilaterales del empleador, como de *un* uso igualmente abusivo de la novación; tanto a uno como a otro puede referirse el citado art. 39 E.T

— *La Prohibición de arbitrariedad como límite interno del poder de dirección..*

En relación con la propia naturaleza del poder de dirección como una potestad¹⁸⁹ o como una facultad, y como ya hemos analizado en un apartado anterior, tanto en uno como en otro supuesto existen límites internos a la facultad o potestad empresarial de cambio funcional; así, en las potestades, las cuales que vienen asignadas para la protección de intereses de la colectividad y que aun cuando no tienen por qué encontrarse enfrentados a los intereses particulares de quien puede ejercerlos en todo

¹⁸⁷ Véase infra (*ius resistentiae*)

¹⁸⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Prólogo» en el libro Cruz Villalón, J., *Las modificaciones ...*, cit., pág. 12

¹⁸⁹ Díez-Picazo, L y Gullón, A., *Sistema...*, cit., pág. 440: "Potestades son los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona no para que ésta realice mediante ellos sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otras personas, de suerte que su ejercicio y su defensa no son libres y arbitrarios, sino que vienen impuestos en atención a los intereses en cuyo servicio se encuentran dados

caso pertenecen a sujetos diversos de aquél: es por esta razón se considera que tales potestades no son libres ni arbitrarias en su ejercicio, sino que se encuentran funcionalizadas al cumplimiento de esos intereses superiores¹⁹⁰. Calificándose de límite interno aquel que prohíbe dirigir la potestad a la satisfacción de un interés distinto para el que ha sido concedido. Por ello se considera tal límite como característico y exclusivo de los poderes atribuidos en calidad de «potestades»: negándolos para el resto.

Mientras que en el caso de la calificación de los cambios funcionales como facultades directivas, en ellas también existen límites internos. Así, pese a noción de facultad manejada ésta no puede negar virtualidad a los límites internos en las «facultades», donde no se reconozca la existencia de un interés superior o común a ambas partes, dado que ello llevaría, en última instancia, a negar a las apelaciones del Estatuto a las necesidades técnicas, organizativas o productivas eficacia de límites prácticos frente a supuestas órdenes arbitrarias del empleador. No cabe la menor duda que las facultades aquí estudiadas se conceden al empresario para la defensa y consecución de sus intereses propios, siendo éste libre de elegir su contenido dirigiendo la actividad empresarial a la obtención de unos u otros fines. Sin embargo, la consecuencia de esta forma de empleo de las facultades organizativas va a ser únicamente la discrecionalidad pero en ningún caso se admite la libertad más absoluta o la arbitrariedad. La negación de un interés objetivo no se contrapone con la atribución de una determinada finalidad a las facultades en manos del empleador.

El empresario decidirá teniendo como límite inmediato la prohibición de arbitrariedad. Así, interesa destacar la STSJ de Canarias de 30 de diciembre de 1993, AS 5238 en la que señala. «si se muestra con suficiente claridad que el cambio de destino está desconectado de las verdaderas necesidades de la explotación y que no persigue otra finalidad que la de perjudicar al trabajador, deberá apreciarse un ejercicio extralimitado y abusivo del poder de dirección del empleador».¹⁹¹

Hay una relación directa entre indeterminación de la prestación y arbitrariedad del empresario, sólo cuando hay margen para una aparece la otra con sus excesos, en otras palabras, la vuelta a la idea de la indeterminación en el uso de la mano de obra provocaría la reaparición de arbitrariedades en esta materia.

¹⁹⁰ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. pág 131.

¹⁹¹ En la doctrina administrativa, la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad.

— *La limitación por contrato de trabajo: la integración contractual de los intereses profesionales del trabajador.*

El fundamento del este poder contractual de cambio funcional dentro del marco prestacional convenido encuentra su razón de ser, como ya ha sido comentado, en lo genérico del objeto y, al mismo tiempo, a través de ella se satisface el derecho de crédito del empresario que puede optar por la que más le convenga de entre una multiplicidad de actividades. Por lo tanto, el «trabajo convenido» es parte del objeto del vínculo contractual, la parte cualitativa, y pertenece a lo asumido por las partes.

Efectivamente, la doctrina iuslaboralista vuelve sus ojos a una dogmática renovada respecto de la tutela civil que permite defender hoy «una esfera infranqueable de protección de la dignidad de la persona del trabajador y de sus derechos fundamentales»¹⁹² en la medida en que el Derecho Civil ha avanzado notoriamente en lo que era su fin institucional: la protección de la persona. Esta evolución del Derecho civil en la protección de la persona es lo que hace hoy innecesario contraponer los contratos civiles en los que prevalecen los intereses patrimoniales, con olvido de los de naturaleza personal, al contrato de trabajo que presta atención preferente a la persona del trabajador. La persona contratante, en uno y otro ámbito, han pasado, a decir de la doctrinal civilista¹⁹³, al primer plano. Y en esta evolución ha sido la CE la que ha elevado expresamente a «fundamento del orden público y de la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás» (artículo 10 CE).

La protección de la persona se convierte de esta manera, inequívocamente, en uno de los valores fundamentales de la comunidad y, por ende, en un principio general del derecho contra el que no cabe actuación política o privada. Se concluye así que los principios y las cláusulas generales que ofrece el Derecho Civil de respeto al orden público, a la buena fe, y las de derecho Administrativo de prohibición de arbitrariedad¹⁹⁴ pueden hoy ofrecer criterios de equidad que neutralicen tendencias a la protección de los intereses de una de las partes o excesivamente economicistas en el contrato de

¹⁹² Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. «La emancipación del Derecho del Trabajo...», cit., pág. 3

¹⁹³ Bustos Pueche, J.E., «Sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código Civil», *Documentación Laboral*, núm. 52/1997, pág. 99

¹⁹⁴ Véase, Luque Parra, M. *Los límites jurídicos...*, pág. 20

trabajo con el consiguiente desequilibrio¹⁹⁵ y los excesos en la desregulación flexible del legislador laboral que trastocan todo el sistema de protección normativa previa.

Con la flexibilidad laboral desreguladora se produce una sumisión del trabajador a los poderes empresariales que desdibuja la idea de intercambio bilateral, la difumina y la hace prácticamente irreconocible, transformándose el contrato en el marco formal de una realidad que en nada tiene de intercambio y de servicio a ambas partes del contrato. En la medida en que una parte de los intereses empresariales, originariamente excluidos de la estructura contractual con el fin de no desorbitar la sujeción del trabajador, se han colocado, en opinión de la doctrina laboral¹⁹⁶, en el interior del contrato, igual suerte han de correr los de la contraparte. Pues es justamente la diferente recepción de los intereses de las dos partes contractuales por el contrato de trabajo, interiorizando unos en su estructura contractual y posponiendo la protección de los otros a un momento diferente, lo que dificulta la conciliación del carácter patrimonial de la relación de trabajo, así entendido, con la estructura bilateral del contrato. La integración de los intereses propios del empresario en el contrato de trabajo provoca la deformación de la estructura bilateral del mismo hasta hacerlo prácticamente irreconocible como categoría contractual, por muy peculiar que se pretenda. Y ello, tanto por el tipo de intereses que se tienen en consideración como por la forma en que se insertan en la relación derivada del contrato.

Pero la recuperación de esta idea de intercambio constante no es exclusivamente al objeto de dejar a salvo la bilateralidad contractual, apoyándose a tales efectos en el principio de equivalencia entre prestaciones, de aplicación a las relaciones obligatorias conmutativas, y, ocasionalmente, en otros principios y preceptos legales, tales como el

¹⁹⁵ El aspecto patrimonial del contrato ha servido, como señala Rodríguez-Piñero, para resaltar la idea de intercambio en todos los aspectos (económico, prestacional, relacional., etc.), sin embargo, se desvaloriza cuando una de las partes introduce e impone todos sus intereses neutralizando los de la otra parte (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo» cit., pág. 62). En igual sentido de resaltar esa idea primigenia del contrato de trabajo y del equilibrio de intereses como su rasgo básico, Supiot, para quién, el recurso a la técnica de la patrimonialización del contrato sirvió para reducir el contrato a la idea de obligación, de intercambio, «perdiendo en ese momento su ambivalencia fundamental, esa mezcla de sumisión y de expresión de la persona» (Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, cit. pág. 121).

¹⁹⁶ Santos Fernández, M D., *El contrato de trabajo como límite* cit., pág. 260, quién pone de manifiesto cómo el desbordamiento de los intereses empresariales y su recepción en el contrato ha ocasionado el debilitamiento de la posición contractual del trabajador que se ve abocado a sacrificar sus intereses personales para cumplir los deberes generados por el contrato.

de indemnidad económica que se deriva del artículo 39 ET o en lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, o en base al principio de enriquecimiento injusto para el empresario, así como al principio de prohibición de discriminación, revalorizando su capacidad para constituir instrumento de canalización de los intereses de ambos contratantes, sino del programa prestacional y de la utilidad de relación laboral misma. La protección dispensada a los mismos no puede ser meramente externa «a la supremacía contractual del empleador, y como elemento de definición de los derechos de los trabajadores»¹⁹⁷, sino que debe hacerse desde la estructura del contrato, que habrá de amoldarse a los nuevos intereses personales del trabajador. Así, la incorporación de los intereses del trabajador que se ven amenazados con la citada funcionalización vendrían por el reconocimiento de los mismos por el contrato de trabajo, acudiendo a la su función económico—social del mismo, la causa del contrato como marco y límite a su capacidad integradora, siendo su forma de actuación diversa en cada caso¹⁹⁸. Así, y por citar algunos de esos derechos a rehabilitar (profesionalidad y vida privada del trabajador), mientras la profesionalidad del trabajador necesita integrarse en el contrato mediante su promoción y sustento, al ser éste instrumento de realización de aquélla, la vida privada del trabajador exige de aquél su no obstaculización¹⁹⁹. Centrados en el interés del trabajador por rehabilitar en el contrato de trabajo su profesionalidad y el respeto a la misma durante la relación laboral, este interés guarda una relación de supeditación directa y recíproca con el contrato de trabajo, lo que exige de él una tutela más activa, dinámica y promocional, pues, como ha señalado la doctrina, es un bien cada vez más necesario para el trabajador y encuentra en el contrato de trabajo uno de los instrumentos específicos e idóneos para su desarrollo y perfeccionamiento. Este aspecto subjetivo de la profesionalidad constituye una de las figuras que mejor refleja la doble consideración del trabajador como ciudadano y como trabajador. Por todo ello, y más que se dirá en el próximo capítulo, el contrato ha de ser instrumento de realización y promoción de la profesionalidad.

¹⁹⁷ Martín Valverde, A., «ideologías jurídicas y contrato de trabajo», cit., pág. 100

¹⁹⁸ Bien sea porque su realización efectiva se produce dentro del contrato y la relación laboral o bien fuera de ellos; así, la protección de la intimidad del trabajador, su salud, la vida familiar entendida como calidad de vida exigen del contrato de trabajo un movimiento distinto, de repliegue, del que precisa la protección de la profesionalidad.

¹⁹⁹ Santos Fernández, M D., *El contrato de trabajo como límite* cit., pág. 260, quién señala que la forma de integración y respeto de esos intereses desde la estructura del contrato será distinta en virtud de la naturaleza del bien y de la capacidad del contrato para darles satisfacción.

2.3.2. *El respeto a los límites comunes del ejercicio contractual del poder de dirección.*

Las limitaciones a este ejercicio contractual del poder de dirección no son otras que las propias o limitaciones comunes del respeto: a los términos del contrato²⁰⁰, a la legalidad vigente, a la moral, a las buenas costumbres²⁰¹, y al orden público. Todo ello de acuerdo con la previsión al respecto en los arts. 1255 y 1256 del Código civil.

Señalar como en el ámbito civil del derecho, dentro del término legalidad vigente se incluyen sólo las previstas en textos legales y no las de un determinado ámbito corporativo (Estatuto de la Abogacía) de aplicación a las partes del contrato, circunstancia que impide entender que en el caso que nos ocupa los litigantes hubiesen llegado a establecer una cláusula o condición contraria a las Leyes, a la moral o al orden público. De ahí, que haya de ser rechazada la imputación de que la sentencia de apelación ha infringido los artículos 1255 y 1275 del Código Civil²⁰²; esta conclusión de los tribunales civiles parece de difícil aplicación en el ámbito laboral, dada la interpretación de supremacía que el tribunal constitucional ha dado a la regulación convencional sobre la individual²⁰³, en materias como la clasificación profesional o la movilidad funcional, donde no se da una situación jurídica del trabajador preexistentes (derechos individuales producto del principio de condición más beneficiosa o relativos a la esfera personal del trabajador²⁰⁴) que el convenio colectivo debiera respetar²⁰⁵, y ello a pesar de la naturaleza del convenio colectivo como norma que, gráficamente, se ha descrito como de alma de ley pero cuerpo de contrato.

²⁰⁰ Los cuales vinculan con eficacia directa a las partes del contrato (1257 CC) e incluso, de acuerdo con la más moderna doctrina que desarrolla el denominado principio de la «sombra del contrato», a los terceros con una eficacia indirecta debiendo estos cumplir con normas y garantizar el contrato aunque no figurara como tal en el contrato suscrito. Véase, por todas, la STS de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 840).

²⁰¹ La noción de buenas costumbres, en el art. 1116 del CC.

²⁰² Sentencia TS (civil) de 13 mayo 2004 (RJ 2004\2739)

²⁰³ Así, el TC indica que la autonomía individual no puede justificar el desconocimiento o marginación de la autonomía colectiva (STC 208/1993), la cual está legitimada, en aras de promoción de los intereses colectivos, para imponer sacrificios a los intereses individuales (STC 142/1993).

²⁰⁴ Véase, la Sentencia del TS de 11 de abril de 2005 en relación con la imposibilidad por parte de los negociadores colectivos de negociar condiciones de trabajo en el teletrabajo a domicilio sin contar con el consentimiento del trabajador, dado el carácter voluntario de esta modalidad contractual y que afecta a la introducción de elementos productivos dentro de la esfera personal del trabajador (su domicilio).

²⁰⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «La negociación colectiva y el sistema de Relaciones Laborales» *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación colectiva*. MTAS colección. Informes y Estudios. Madrid 2001. pág. 74.

Sería contrario al orden público (1255 CC) la ilimitación de la prestación debida por el trabajador estipulada en contrato de trabajo por cuanto se opone a la redacción literal del art. 35 CE y su espíritu en relación con la libertad de profesión y oficio²⁰⁶, así como un abuso de derecho (art. 3.5 ET), dado que la indeterminación de la prestación sólo puede ser inicial y desde un punto de vista no técnico.

La consecuencia o sanción a la vulneración de las normas legales, convencionales y de orden público es la nulidad de la cláusula sin perjuicio de la aplicación del principio de sanación o mantenimiento del contrato de trabajo en lo restante (art. 8 ET)

2.4. Los límites genéricos negativos.

Los límites genéricos de la modificación funcional, o, si se quiere, las reglas jurídicas que en protección o beneficio del trabajador que ninguna manifestación de la movilidad funcional podrá transgredir, no han sido objeto de tratamiento unitario por parte de la doctrina. De ahí que inicialmente al estudio de cada uno de los diversos límites genéricos o comunes a las diversas manifestaciones del ejercicio empresarial de la movilidad funcional procedamos a realizar un esbozo de sistemática del conjunto de tales límites genéricos.

De acuerdo con el primer criterio de ordenación, atendiendo al instrumento de atribución²⁰⁷, los límites jurídicos «genéricos» se dividen en legales (y dentro de la fuente normativa legal, entre los límites previstos en el aptdo. 3 del art. 39 ET y los enunciados en otros artículos distintos del art. 39 ET) o convencionales²⁰⁸ (y dentro de estos últimos, en los de origen colectivo o individual). De acuerdo con el segundo criterio de ordenación, atendiendo a la vinculación del límite con la persona del

²⁰⁶ De ahí que llame la atención la Sentencia del TSJ de Galicia de 7 de junio de 1996 (AS 1996, 1170) que consideró como lícita la movilidad ilimitada de un trabajador por entender que era ajustada a derecho una cláusula contractual en la que se establecía que “el sector del destino del trabajador dentro de la empresa sería el que le asignara la dirección, pudiendo variar su destino en función de las necesidades del servicio.

²⁰⁷ Sobre esta clasificación, véase De Soto Rioja, S. «El contenido...» *cit.*, pág. 199.

²⁰⁸ La doctrina mayoritariamente admite los límites convencionales a la movilidad funcional, entre otros, Martínez Abascal, *La nueva regulación...*, *cit.* pág. 112; Soto Rioja, S., «El contenido de la prestación...» *cit.*, pág. , Valle Muñoz, *La movilidad funcional* pág. 180. Sala Franco *La movilidad funcional en el Derecho español*, pág. 99. En contra, Conde Martín de Hijas, V., entiende la imposibilidad de pactar colectivamente límites a la movilidad funcional accidental, pues basándose en la expresión inicial del art. 39 ET, «el empresario ...no tendrá otras limitaciones... el respeto a las titulaciones del trabajador y la pertenencia al grupo o entre categorías equivalentes» (Conde Martín de Hijas, V., «Clasificación profesional...» *Actualidad laboral cit.*, pág. 231).

trabajador o no, los límites jurídicos «genéricos» se dividen en subjetivos y objetivos. Veamos brevemente esta diferenciación:

1). *Por la fuente de regulación: Ley/Convenio colectivo.* La doctrina no es unánime sobre la fuente de tales límites jurídicos «genéricos»: sí el propio contrato de trabajo²⁰⁹, sí la negociación colectiva, o sí exclusivamente la legislación laboral. Lo que dará origen a distintos modelos o sistemas de flexibilización del mercado de trabajo.

Así, en base a la primera de las regulaciones, el convenio colectivo o el contrato de trabajo, el poder directivo legalizado encuentra límites generales en la equidad y buena fe que presiden la ordenación de las relaciones entre privados, junto a limitaciones objetivas en el propio contrato de trabajo²¹⁰ y del sistema de encuadramiento profesional. Respecto a estos límites generales su función es tutelar jurídicamente contenido del contrato a través de una equitativa regulación de intereses de ambas partes²¹¹.

En base a las segundas de las fuentes de regulación, la legal, contaríamos con límites específicos a las facultades empresariales de movilidad funcional como la no discriminación y la garantía de indemnidad, con un valor particular en este marco de ejercicio empresarial.

²⁰⁹ Una parte de la doctrina, ante la distorsión en las fronteras sobre la facultad empresarial del poder de dirección y de ius variandi en la nueva legislación laboral flexible, reclama una vuelta a la «contractualización» de los poderes empresariales. Sobre la necesidad de integrar varias perspectivas de análisis en la modificación del contrato de trabajo, Durán López, F., y Sáez Lara, C., «Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación de condiciones de trabajo» en *Relaciones Laborales*, T.II/1991, págs. 382-401; véase, asimismo las siguientes aportaciones doctrinales: Ojeda Avilés, A., «Autonomía colectiva y autonomía individual» en *Relaciones Laborales* T.II/1991, págs. 310-354 y Casas Baamonde, M^a E., «La individualización de las relaciones laborales», en *Relaciones Laborales* T.II/1991, págs. 402-421. La vuelta a la contractualización se muestra como una técnica necesaria para limitar los excesos de una legislación laboral flexible, véase: Baylos Grau, A., *Derecho del Trabajo modelo para armar* Trotta Valladolid 1991.

²¹⁰ El espacio o margen de actuación que se reclama se respete de la autonomía de la voluntad individual, se realiza con el objeto de limitar de una manera objetiva muchas de las facultades discrecionales que el ordenamiento flexible otorga al empresario, modalizando los derechos y obligaciones de las partes del contrato, sin que los fines de la organización formen parte, como la vieja teoría «comunitaria de la empresa» establecía, de la causa del contrato los fines de la organización.

²¹¹ Serrano Olivares, R., *Lugar, domicilio y movilidad geográfica*, CES Madrid. 2000, pág. 221; Martín Pérez, J.A.: *La rescisión del contrato* Boch, Barcelona, 1995 pág.33.

2). *Por la relación con el trabajador subjetivos/objetivos.* Desde una tesis más amplia²¹² se ofrece una división entre los límites jurídicos «genéricos» o límites «sustantivos» según estos sean objetivos —vinculados a la propia decisión empresarial que se trata de imponer—, o bien sean límites subjetivos —vinculados a la condición del trabajador afectado por la modificación: la personalidad y profesionalidad del trabajador—.

Finalmente, para la aplicación de los anteriores límites genéricos ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de los límites específicos relativos al ejercicio del poder directivo de movilidad funcional —donde en todo caso primaba el interés por la conservación de la relación laboral existente²¹³—, en el incumplimiento de los mismos, en cambio, ya no prima ese interés o principio de conservación, pues estos límites presentan una singularidad respecto a su trasgresión, y, a diferencia de los límites específicos, su incumplimiento motiva la extinción del vínculo contractual por voluntad del trabajador en forma indemnizada²¹⁴.

En este sentido, la exigencia de prohibición de discriminación, el respeto a la dignidad del trabajador, la prohibición de sustituir por la movilidad funcional a trabajadores en huelga, la imposibilidad de la prestación, la exigencia de buena fe y ejercicio no abusivo del derecho, la promoción profesional y la inexistencia de riesgo para la vida o salud de los trabajadores, van a ser considerados en el presente trabajo como límites genéricos o límites negativos, por su obligado respeto en cualquier modificación funcional, aunque en la medida de lo posible se intentará focalizar ese

²¹² Luque Parra, M., *Los límites jurídicos de los poderes...*, cit. págs. 174 y ss.

²¹³ Véase el capítulo 5 de este trabajo relativo a los efectos del ejercicio ilícito de la movilidad entre categorías equivalentes o ejercicio irregular del poder de dirección.

²¹⁴ De transgredirse durante la ejecución de la equivalencia, no sólo puede suponer realizar una modificación de carácter *sustancial*, sino que faculta al trabajador para reclamar por lesión por cambio funcional si redunda en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, con las correspondientes indemnizaciones señaladas para el despido improcedente. En este sentido véase la abundante jurisprudencia: Ante un cambio funcional que precisaba de justificación por alterar sustancialmente el objeto del contrato, entendió que la acción extintiva del contrato por voluntad de la trabajadora, se podía ejercitar al entender que es motivo suficiente el cambio sin razones de ningún tipo de la categoría de cocinera a limpieza, lo que perjudicó profesionalmente a la trabajadora y menoscabó su dignidad (art. 50.1a) ET) T.S.J de las Islas Baleares 28-mayo-98 (NormCEF) Tal actuar empresarial supone una Movilidad no legitimada por el 39 ET si no se emplea causa y tiempo. Cocinera que es relegada de sus funciones pasando a realizar labores de limpieza. Al no realizarse la movilidad entre categorías pertenecientes al mismo grupo profesional y no responde a razones técnicas u organizativas

límite en la alteración funcional producto del poder de dirección legalizado del art. 39.1 ET.

2.4.1. *Actuación discriminatoria.*

La doctrina laboral suele incluir este límite genérico dentro de los que se extraen de la lectura sistemática del Estatuto, puesto que no expresamente contemplado en el art. 39 E.T., el tercer límite al que toda modificación funcional deberá someterse viene configurado por lo que se conoce como el principio de no discriminación²¹⁵.

Como manifestación específica laboral se encuentra previsto en los arts. 4.2.c) —que establece como derecho básico de los trabajadores el de no ser discriminados por una serie de causas tasadas—, 17.1. —que por su parte y en términos parecidos al anterior precepto, declara nulos y sin efecto a aquellos preceptos, cláusulas de convenios, pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario que puedan ser tachados de discriminatorios— y 24.2 del E.T —que expresamente garantiza la no discriminación por razón de sexo en la clasificación profesional—, se ha afirmado que en realidad no se trata más que de una concreción de la regla prohibitiva del art. 17 E.T., repetida en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 145/1991²¹⁶,

²¹⁵ Por definición la discriminación consiste en un trato peyorativo o depresivo al trabajador; toda discriminación es desfavorable *per se*. Para prevenir precisamente estos tratamientos lesivos de los intereses de los trabajadores es para lo que, característicamente, se vienen arbitrando en derecho las prohibiciones de discriminación (MONTROYA MELGAR, A., "El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores". D.L. nº7/1983. Pág. 10).

⁵¹² BLASCO PELLICER, A., *La individualización de las relaciones laborales*. C.E.S. Madrid, 1995. Pág. 208. Este precepto configura como derecho básico de los trabajadores el de no ser discriminado (...) por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites enmarcados por esta ley, raza, condición social ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del estado español.

²¹⁶ En esta famosa sentencia, cuyo ponente fue Rodríguez-Piñero, el T.C. estimó el recurso de amparo planteado contra la STCT de 18 de noviembre de 1988 -que no entendió como discriminatorio la existencia, en el convenio colectivo aplicable al Hospital Provincial, de un salario inferior para las limpiadoras que para los peones, aun y cuando, de facto, ambos realizaban las mismas funciones, al considerar que la diferencia salarial estaba justificada por tratarse de dos categorías profesionales distintas definidas como tal en el Reglamento de régimen interior del Hospital Provincial- al entender que "en una materia como la discriminación de las condiciones de trabajo (...) es el trabajo mismo, y no su denominación el factor esencial para la comparación a efectos de no discriminación por sexo en materia salarial, siendo la categoría profesional un elemento secundario cuando se constata esa esencial identidad en la prestación laboral de los trabajadores afectados y de aquéllos con quienes se comparan. Por ello la diferencia de sexo de categorías profesionales

contempla las discriminaciones directas y a las indirectas, éstas últimas que se producen, por ejemplo, cuando se reservan categorías laborales exclusivamente para mujeres por lo que la desigualdad se da entre trabajos distintos que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos (...); el criterio del esfuerzo físico debe admitir -"en la medida que la naturaleza de las tareas lo permitan"- otros criterios o rasgos tipificadores neutros" .

El legislador que inicialmente ha ido ampliando el lista de causas típicas de discriminación más allá de las previsiones constitucionales, siendo este rasgo de la tipicidad del tipo de discriminación una verdadera puerta para la reclamación de la tutela frente a las discriminaciones que no paseé aquellas otras discriminaciones atípicas. Y puesto que ello es así, sólo las once circunstancias que menciona el art. 4.2 c ET —esto es, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español; así como por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate —, mientras que las causas atípicas, a las que se aplica el régimen del principio de igualdad de trato, derivan de la cláusula abierta del art. 14 C.E. *in fine* que viene a prohibir cualquier circunstancia o causa injusta de diferenciación que, por su arbitrariedad, margine la igualdad de trato. De ahí que las tipificación sea la respuesta del legislador a un disvalor jurídicamente considerado y que por motivos históricos o culturales impone una reacción y puesta en alerta del sistema jurídico. Toda vez que atenta contra la dignidad de la persona y contra los "valores superiores" de nuestro ordenamiento (art. 1.1).

Como hemos señalado a las discriminaciones atípicas se las protege a través del principio de igualdad de trato lo cual exige poner en comparación dos conductas y dos trabajadores semejantes y observar el trato desigual ante situaciones semejantes, este juicio en un marco como el laboral presenta mayores problemas puesto que no existe obligación del empresario de tratar a todos de forma semejante, incluso el reconocimiento normativo de la condición más beneficiosa de origen contractual, parece

entre quienes realizan un mismo trabajo no pueden considerarse como la justificación, sino antes bien, como el origen o instrumento a través del cual se formaliza esta discriminación vedada."

apuntar claramente a la desigualdad potencial de todas o parte de las condiciones de trabajo en las que el empresario puede disponer legal o convencionalmente. Y es que desigualdad no siempre es sinónimo de discriminación²¹⁷. De donde sigue que la desigualdad de trato únicamente tomará el carácter de límite interno cuando se demuestre por el trabajador perjudicado la relevancia constitucional del trato desigual, que, por lo demás, será admisible siempre y cuando no sea arbitrario, esto es, siempre que se base en circunstancias de carácter objetivo y razonable que justifiquen su adopción.

Así, respecto a la movilidad funcional y las diversas necesidades organizativas, disciplinarias o sociales que la justifican, el problema se centra en establecer si la alteración funcional es ajena o no a toda motivación a una intención o consecuencia discriminatoria, esto es, de tratar perjudicialmente a un concreto trabajador o grupo de ellos. Siendo en ese proceso de decisión empresarial en el que las circunstancias mencionadas no pueden ser tenidas en cuenta en contra, aunque sí a favor bajo previsión legal expresa. La noción de perjuicio cubre un cambio del trabajador por alguna de las circunstancias aludidas, como el no movilizarlo por los mismos motivos a un puesto más favorable. Es decir, lo que estaría vetado sería llevar a cabo actos directivos que aun y respondiendo a criterios legales, tuvieran un trasfondo o motivación discriminatoria, e incluso sin tenerla, ocasionasen en la práctica discriminación, esto es, ocultasen "bajo" la causa legal, la intención o la consecuencia práctica empresarial de un trato discriminatorio por cualquiera de las causas mencionadas.

Esta falta de específica protección que existe en los supuestos de movilidad funcional, e incluso, en los supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, aparte de contrastar fuertemente con la prioridad a la permanencia en la empresa que estos trabajadores tienen reconocida en el art. 40.5 ET para el caso de traslado, y en el art. 51.7 ET. para el supuesto de despido colectivo, no viene sino a indicar que la referida omisión no es un mero olvido del legislador. Ciertamente, aunque sea difícil de admitir, cuando ha querido protegerlos específicamente, sencillamente, lo

²¹⁷ Lo será cuando atendiendo a la finalidad y efectos de la medida considerada, la adopción de un trato desigual carezca de justificación objetiva y razonable MONTOYA MELGAR, A., "El derecho...", cit., pág. 13; BLASCO PELLICER, A., *La individualización...*, cit., pág. 208. En el mismo sentido, STCO 73/1989 de 20 de abril; STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de octubre de 1997, (Ar.4700)

ha hecho, y no ha sido así en materia de movilidad funcional²¹⁸. Sin embargo, lo expuesto en absoluto quiere significar que si el empresario decide cambiar de función para perjudicar o sancionar solapadamente a un representante legal de los trabajadores por su comportamiento en la defensa de los derechos e intereses de éstos, puede legalmente hacerlo.

Desde la perspectiva de la prueba de la discriminación, al trabajador le corresponde alegar de forma lo más riguroso posible un panorama de discriminación. No debe probar de forma rigurosa un hecho imposible: que la movilidad no obedece a razones discriminatorias, sino que su movilidad funcional, más que estar producida por los motivos organizativos que el empresario ha alegado como causa objetiva de su elección, ha sido motivada por una intención discriminatoria²¹⁹. Por ello, y dado que está en juego nada menos que el derecho fundamental a la igualdad, la jurisprudencia modificó la carga de la prueba y estableció la denominada "prueba de indicios", que, en la actualidad, está siendo enjuiciada con rigor por los tribunales, pues deben estar tan probados dichos indicios como la discriminación misma. Bajo esta prueba de indicios el trabajador alega con cierto fundamento que ha sido discriminado por alguna de las causas legalmente señaladas, es el empresario el que debe de probar la existencia real de los motivos objetivos de carácter organizativo por los que le eligió precisamente a él²²⁰.

²¹⁸ Ver en este sentido, STS de 21 de abril de 1984, Ar.87, en la que se considera discriminatoria la movilidad a la que, por motivos sindicales, es sometido un trabajador. Movilidad que, entre otras cosas, trunca su promoción profesional y sus expectativas de ascenso. Aunque referida a un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ver asimismo y por considerarse discriminatoria por atentatoria a la libertad sindical, ver, STSJ de Aragón de 17 de enero del 2000, (Ar. 24).

Ver, al respecto, STC 82/1997; STSJ del País Vasco de 18 de mayo de 1999, Ar.1927; de Santa Cruz de Tenerife de 23 de febrero de 1999, Ar.5644; de Andalucía (Málaga) de 4 de diciembre de 1998, Ar.7366; de Andalucía, (Málaga) de 26 de junio de 1998, Ar.6325; de Galicia de 17 de abril de 1998, (Ar.1096).

²¹⁹ Como se ha visto, para concluir si es o no discriminatoria la orden impartida a un trabajador para que realice una función distinta a la pactada, hay que determinar cuál ha sido el motivo real por el que el empresario le ha elegido precisamente a él. Es decir, si hay causas objetivas para la elección del trabajador, o si, por el contrario, le ha dado un trato intencionadamente diferente. Hoy ese criterio jurisprudencial de la prueba de indicios se encuentra expresamente recogido en los arts. 96 y 179.2 del RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En adelante, L.P.L.

²²⁰ En cualquier caso, según los Tribunales, los indicios del móvil discriminatorio deben ser acreditados por quien lo alega, pues la "modificación" de la carga de la prueba sólo procede cuando se hubiera demostrado al menos un clima propicio a la realización de una conducta discriminatoria. (STJCE de 27 de octubre de 1993 (127/92) asunto Enderby, Ar.165; SsTC 82/97 -B.O.E. de 21 de mayo de 1997-; 147/95 -B.O.E. de 10 de noviembre de 1995-; SsTS de 15 de abril de 1996, Ar.3080; de 9 de febrero de 1996, Ar.1007; de 6 de febrero de 1995, Ar.778; de 27 de septiembre de 1993, Ar.7045; de 13 de octubre de 1989, Ar.7170; de 18 de enero de 1993, Ar.14; SsTSJ de Cataluña de 2 de diciembre de

Se trata, por lo tanto, de una modificación en la carga probatoria que se produce una vez que el demandante ha conseguido probar un panorama de indicios de discriminación, jugando desde entonces una presunción que de no rebatirse por el demandado, tendrá como conclusión el entender que ha existido tal discriminación²²¹.

El poder de dirección, tanto en los supuestos donde sólo ha cambiado la función o el puesto de trabajo dentro de una categoría profesional equivalente del trabajador (movilidad funcional no sustancial) como en los que actúa bajo una causa legal (movilidad funcional sustancial) no ampara situaciones discriminatorias, y ello porque el empresario no puede ejercitar su poder de dirección de forma lesiva de los derechos fundamentales del trabajador (la Sentencia del TC 80/2001). El tribunal constitucional ha dicho que, incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (por todas, la Sentencia del TC 87/2004, de 10 de mayo, FFJJ 2)

En efecto, los derechos fundamentales no operan al margen de la lógica contractual, sino que se insertan en su dinámica e integran su contenido, modalizando el contrato y siendo modalizados y matizados por éste²²². Los derechos fundamentales se insertan, como decimos, en la esfera de la autonomía privada, y pueden alegarse frente a la una

1997, Ar.4908; de Cataluña de 27 de septiembre de 1997, Ar.4446; del País Vasco de 24 de mayo de 1996, Ar.3401; de Cataluña de 15 de febrero de 1995, Ar.711, etc.)

²²¹ QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación...*, cit., pág. 113. La incidencia de dicha "modificación" de la prueba en el tratamiento de la movilidad funcional, según VALLE MUÑOZ, se debe a varias razones: "la primera de ellas porque rompe, o mejor, genera, una excepción a la norma del art. 39.1 en virtud de la cual no se exige al empresario justificación alguna de la movilidad funcional ordinaria; la segunda, porque hace tambalear la doctrina del abuso de derecho hasta ahora aplicada, y que venía a imponer a quien alegaba el abuso, el deber de acreditar los hechos que evidenciaban la existencia del mismo; la tercera porque, dada la dicción del art. 179.2 de la L.P.L. (al no aludir a los medios por los que se produce la violación), ello permite apartarse de la doctrina sentada por STC 38/1981, de 23 de noviembre, según la cual corresponde al empresario la carga de probar la racionalidad de los motivos únicamente en los supuestos de despido discriminatorio y no en los del cambio de funciones (VALLE MUÑOZ, F. A., *La movilidad funcional...*, cit., pág. 182). Y es que la jurisprudencia solía entender que de alegarse discriminación en la movilidad funcional, era el trabajador el que debía probar los hechos en los que fundamentaba su alegación, porque de otra forma el ejercicio de la movilidad funcional acabaría por ser imposible. En este sentido, por todas, STCT de 14 de noviembre de 1986, Ar.11580. En sentido contrario, no obstante, STCT de 14 de octubre de 1986, Ar.9495. Con todo, en la actualidad parece que esta posición ha evolucionado, y a pesar que el art. 179.2. L.P.L. en principio puede resultar únicamente aplicable al procedimiento que el mismo contempla, esto es, al de la tutela de los derechos de libertad sindical, lo cierto es que los tribunales, en la actualidad, entienden que la prueba de indicios juega asimismo en la tutela del resto de los derechos fundamentales. Por todas, STCO de 22 de marzo de 1999 –B.O.E. de 27 de abril de 1999–; STSJ de Cataluña de 30 de abril de 1999, Ar.1745

²²² Martín Valverde, A., «Contrato de Trabajo y derechos fundamentales» Revista de Derecho Social nº 6 1999.

actuación formalmente legítima y encuadrada dentro de su poder directivo. en efecto, como ha señalado más recientemente la STC 182/2005, de 4 de julio, en un supuesto donde se declaró probada la aplicación de un criterio de relegación profesional y económica y una orden de movilidad funcional desfavorable por razón de los sucesivos embarazos y maternidades de la trabajadora, dicho criterio, aunque cuente con fundamento en la legalidad ordinaria (art. 20 y 39 ET), no puede neutralizar la realidad comprobada -y los efectos- de la vulneración por el empresario del derecho fundamental, y, por tanto, concluye el Tribunal Constitucional «la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de facultades habilitadas por el derecho, lo mismo que el interés empresarial latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de la discriminación».

Como señala Rodríguez-Piñero, el empresario debe tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador al valorar las razones, al ponderar intereses, al justificar decisiones en terrenos propios y de exclusiva titularidad como son las facultades contenidas dentro del poder de dirección. Así sin negar la lógica productiva ni la racionalidad económica, sobre las que se sustenta la libertad de empresa reconocida con la constitución y las leyes labores, los derechos fundamentales enmarcan esa lógica de modo que la titularidad empresarial sobre la organización no puede implicar la sistemática prevalencia de su interés sobre cualquier otro contrapuesto, no reconducible al intercambio económico trabajo-salario²²³. Así, principios como la proporcionalidad y la adecuación de la medida empresarial a su finalidad surgen a la hora de la toma de decisiones empresariales, que es fruto de perspectiva organizativa amplia que implica adoptar determinadas posturas negativas o abstencionistas por parte del empresario, al objeto de no lesionar derechos constitucionales ni limitar posiciones contractuales activas del trabajador (como el ejercicio de una reclamación contra el empresario, en sede administrativa o judicial)²²⁴.

²²³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Presentación» en *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. (coord.) Escudero Rodríguez, R., La Ley Madrid 2005. pág. 29

²²⁴ Como luego se analizará con más detalla en el último capítulo (a garantía de indemnidad y el principio de no discriminación como límites a la facultad de movilidad)

Por otra parte, los supuestos de ejercicio de manifestaciones del poder de dirección empresarial pluricausales²²⁵, -aquellos en los que los indicios de vulneración de un derecho fundamental concurren con una actuación empresarial dentro del poder directivo o bajo una causa legal-, ha sido reconocidos por la jurisprudencia²²⁶, especialmente en los casos de despidos y sanciones.

2.4.2. *Actuación contraria a la buena fe o con abuso de derecho.*

El respeto a la buena fe en la movilidad o modificación funcional alcanza a todas las modalidades de movilidad (Incluso en las que derivan del pacto entre las partes, habida cuenta que la autonomía de la voluntad, tal y como establece el art. 3.1.c) E.T., jamás podrá establecer disposiciones contrarias a las establecidas en las normas absolutamente imperativas) Recogido para el ejercicio de los derechos, en general, en el art. 7.1 del C.C. y, para las relaciones obligatorias en particular en el art. 1258 del mismo cuerpo legal, el principio de buena fe "prohíbe utilizar el poder en que el derecho subjetivo consiste con una finalidad económico-social distinta de aquélla para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico o ejercitarlo en circunstancias que lo hacen desleal según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico".

Dado que reiterada doctrina del Tribunal Supremo ha considerado que dicho principio es consustancial al contrato de trabajo, pues su naturaleza sinalagmática es generadora de derechos y deberes recíprocos constitutivos de una exigencia de comportamiento ético protegida jurídicamente en el ámbito laboral, la buena fe reviste un papel esencial a la hora de establecer los límites que deben respetarse en el ejercicio de la movilidad funcional.

Aunque la ley atribuye al empresario un amplio derecho a la movilidad del trabajador -sobre todo, aunque no únicamente, como se ha expuesto- en consideración a las necesidades organizativas de la empresa, esta posibilidad no es un derecho en blanco del

²²⁵ (luque parra, 1999 pág. 23)

²²⁶ Entre otras, puede consultarse las Sentencias del TC 104/1987, de 17 de junio; 134/1990, de 19 de julio; 21/1992, de 14 de febrero; y 7/1993, de 18 de enero. La doctrina que sientan estas sentencias, puede resumirse, del siguiente modo: «una calificación de este signo no deja sin reparar el derecho fundamental en términos constitucionalmente reprochables dado que, justamente, el empresario logra acreditar una causa del despido ajena al móvil lesivo».

cual el empresario puede hacer uso arbitrariamente, pues sus facultades no son omnímodas, sino que le han sido reconocidas porque tiene el derecho y el deber de organizar la empresa y obtener así los fines de ésta. En este sentido se ha afirmado que si bien es cierto que, de un lado, el art. 20 E.T. determina que el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue y que, además, el art. 39 E.T. extiende tal obligación a los trabajos no convenidos -en determinadas condiciones y con concretos requisitos-, de otro, también lo es que cuando los arts. 5.c) y 20.2 E.T. señalan que los trabajadores tienen el deber básico de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, simultáneamente están limitado el derecho del empresario a organizar su empresa a los supuestos en que su conducta se ajusta en la forma y en el fondo a lo señalado en una normas"²²⁷

De acuerdo con la buena fe, por lo tanto, y extendiendo este razonamiento a cualquier modalidad de movilidad funcional, las decisiones por las que el empresario ordena a un trabajador realizar funciones distintas a las pactadas, es decir, el ejercicio del derecho a la movilidad funcional, debe tener siempre un concreto motivo técnico, organizativo, e incluso disciplinario, pero nunca obedecer a razones arbitrarias o que poco tienen que ver con el proceso productivo de la empresa. Dicho en otras palabras, lo que no puede admitirse es que el empresario utilice el procedimiento formal de la movilidad funcional para obtener unos fines distintos de los que a esta institución le son propios. Piénsese por ejemplo que con el fin real de represaliar injustamente a un trabajador, el empresario lo envíe a otro departamento con el fin de disminuir su salario, o que utilice la movilidad con un representante de los trabajadores para obstaculizar el ejercicio de sus funciones de representación, etc.- Aunque estas actuaciones respetaran los límites examinados hasta el momento, serían desde luego contrarias a la buena fe y, por lo tanto, ilícitas. Lo que conduce, una vez más, a entender que, si no causalidad, la movilidad debe realizarse siempre en términos de razonabilidad. Y esto resulta predicable incluso para las modificaciones funcionales cuyo origen o razón de ser es el

²²⁷ PENDAS DÍAZ, B., "La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido durante la incapacidad laboral transitoria". A.L. n°11/1987. Igual la jurisprudencia, entre otras, SsTC 186/1996 -; 106/1996 -; 88/1985 ; 6/1988 ; 120/1983; 6/1988. En el mismo sentido ver, por todas, SsTS de 29 de marzo de 1996, Ar.489; de 9 de octubre de 1995, Ar.531; de 16 de febrero de 1995, Ar.531; de 6 de octubre de 1994, Ar.3974; de 6 de junio de 1994, Ar.3974; de 30 de abril de 1992, Ar.185; de 23 de marzo de 1992, Ar.1178; de 26 de marzo de 1987, Ar.130; de 22 de mayo de 1986, Ar.2609; de 21 de enero de 1986, Ar.312; de 16 de mayo de 1985, Ar.2717; STSJ del País Vasco de 14 de enero de 1999, Ar.497.

mutuo acuerdo de las partes, puesto que como se ha venido diciendo y con mayor rigor más adelante se analizará, la autonomía individual no es ilimitada. Por ello VALLE MUÑOZ señala que "debe entenderse que se transgrede el límite arriba mencionado y el empresario incurre en una conducta transgresora de la buena fe contractual siendo rechazada por el ordenamiento jurídico, y sancionada con la nulidad, cuando el empresario ejercite la movilidad funcional ordinaria sin que exista de modo efectivo una necesidad objetiva empresarial; cuando aun produciéndose dicha necesidad objetiva la medida adoptada unilateralmente no permite subsanarla y mejorarla, es decir, cuando se rompe el nexo causa-efecto entre la medida adoptada y la exigencia organizativa; o cuando lo único que persigue el empresario es perjudicar con su actuación, al trabajador"²²⁸.

Por lo que aquí interesa, nada impide ir más allá, y considerar aplicable dicha limitación a cualquier movilidad funcional. Así, por ejemplo, también podría entenderse producida la transgresión de este principio, entre otros muchos, en los supuestos en los que siendo la movilidad funcional consecuencia del poder disciplinario empresarial no existiese una conducta en el trabajador susceptible de ser considerada como infracción, o aun y cuando existiese, la levedad de la misma no permitiese acudir a la movilidad como sanción; en aquellos otros en los que siendo la movilidad funcional consecuencia de una minusvalía o disminución de la capacidad laboral del trabajador, se le asignasen a éste unas funciones de carácter claramente inferior a las que venía desempeñando, y no porque no existiese otro puesto adecuado a su capacidad residual, sino porque lo que de alguna manera pretendiese el empleador fuese el poder "deshacerse" del trabajador, etc.

En general, por lo tanto, toda modificación o movilidad funcional cuyos fines no respondan estrictamente a los que a esta institución le son propios, es susceptible de considerarse atentatoria a la buena fe contractual. Ahora bien, esto no significa que llegar a delimitar cuando se ha transgredido la buena fe sea tarea fácil, sino más bien lo contrario. Su apreciación en los tribunales habrá de ser individualizada caso por caso, de manera que pueda ser determinable si el empresario ha basado su decisión de movilizar en un interés subjetivo y personal, o por el contrario, lo ha hecho en base a un verdadero

²²⁸ VALLE MUÑOZ, F. A., *La movilidad funcional...*, cit., pág. 183. En el mismo sentido, LUQUE PARRA, M., *Los límites jurídicos de los poderes...*, cit., pág. 132

interés objetivo derivado de una concreta necesidad, sea ésta organizativa, disciplinaria, e incluso, objetiva o por razones de protección social.

Por lo demás, cabe mencionar que no obstante lo expuesto, la buena fe no vincula únicamente al empresario, sino que su obligado respeto es también predicable respecto al trabajador. Hasta tal punto que la jurisprudencia²²⁹ ha establecido una específica conexión entre este principio y el deber de diligencia en el trabajo al que se refieren los arts. 5.a) y 20.2 E.T. De suerte que en aquellos casos en los que el trabajador no preste su trabajo con la diligencia adecuada, y esta falta de diligencia suponga, además, o tenga como consecuencia la transgresión de la buena fe contractual, se acepte que el empresario pueda modificar las funciones del trabajador, e incluso acudir al despido disciplinario que expresamente por esta causa prevé el art. 54.2.d) E.T.

Ahora bien, en este último caso, esto es, en el supuesto que la falta de diligencia del trabajador fuese el detonante de la movilidad funcional, su causa, lógicamente, estribaría en el poder disciplinario empresarial. Siendo, por lo demás, el obligado respeto a la buena fe más que un límite su presupuesto originador. En definitiva, no sería sino la vulneración de esa obligación de buena fe la causante de la infracción cuya sanción supondría la alteración o modificación de la función²³⁰

2.4.3. Actuación atentatoria a los Derechos Fundamentales del trabajador.

Como se puede advertir de una lectura sistemática de los derechos fundamentales de los trabajadores, la referencia del art. 39 ET no es la única referencia a la dignidad, también el art. 4.2 e) del Estatuto y el art. 10 CE, de ahí que sería de obligado su respeto incluso ante el art. 39.3 del E.T. no hiciese mención expresa a la misma²³¹, puesto que ninguna actuación empresarial que pretenda ser legal podrá vulnerar la "dignidad

²²⁹ Por todas, STS de 22 de junio de 1989, Ar.I14 y STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 1992, Ar.5491.

²³⁰ Lo poco clarificador que resulta la transgresión de la buena fe contractual como límite a la movilidad funcional, ya había sido denunciado por ROMÁN DE LA TORRE, NI' D., *Poder de dirección...*, cit., pág. 262. En el mismo sentido, VALLE MUÑOZ, F. A., *La movilidad funcional...*, cit., pág. 183.

Un mayor estudio sobre esta cuestión puede verse en MONTROYA MELGAR, A., "Dirección y control de la actividad laboral", en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes...*, cit., Tomo V, págs. 108 y ss.; GARCÍA MURCIA, J., "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I) y (II)". A.L. n°2425/1990. Págs. 279 y ss

²³¹ Valle Muñoz, F. A., *La movilidad funcional...*, cit., pág. 284

profesional". Dicho lo anterior, la expresa referencia a la dignidad en el art. 39.3 E.T. no puede ser calificada de innecesaria, puesto que, como la jurisprudencia y la doctrina vienen afirmando²³², este explícito reconocimiento obedece a un doble motivo o razón de ser: (1) Por un lado, acentúa su carácter inmediato de límite a la movilidad funcional, manifestando su paso de límite genérico constitucional a límite directo de la movilidad funcional; (2) por otro lado, despeja cualquier duda que en relación con su eficacia inmediata y su garantía sustancial y procesal, pudiera existir.

De cualquier forma, vaya por delante que la valoración de este requisito no es tarea fácil, pues, entre otras cosas, se presta a apreciaciones de diversa índole según quien lo haga. A pesar de que seguramente es la dignidad "profesional" la que, como conjunto de conocimientos, habilidades y experiencias que puede tener el trabajador, puede llegar a peligrar cuando se le imponga un cambio en la realización de su prestación, en la medida en que nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado, que se sustenta atendiendo a los principios y valores imperantes en cada sociedad y momento histórico, llegar a determinar cuando el cambio de función es vejatorio para un trabajador constituye, como califica FABREGAT MONFORT, en la práctica una auténtica "odisea". Máxime teniendo en cuenta que son muchos y variados los componentes subjetivos que están en juego, puesto que, en puridad, su vulneración no sólo dependerá de la conciencia social del momento sino también de la apreciación personal del trabajador afectado y de las repercusiones sociales que le pueda originar el cambio de puesto²³³.

No obstante, y por lo pronto, puede decirse que la dignidad del trabajador normalmente no operará como límite para cambios a categoría equivalente, y menos aún a categoría o grupo superior, pues difícilmente en estos casos se producirá el componente de humillación u ofensa a su honor y estima²³⁴. Opuestamente, sin

²³² Fabregat Monfort, G., *El Régimen...*, cit., pág. 159; véase la sentencia del TC 182/2004

²³³ CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 186. En el mismo sentido, por todos, VINUESA ALADRO, A., *La Clasificación...*, cit., pág. 177; MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., "La nueva movilidad...", cit., pág. 598; VALLE MUÑOZ, F. A., *La movilidad funcional...*, cit., pág. 284

²³⁴ No obstante, excepcionalmente, y como ha puesto de manifiesto VINUESA ALADRO, también en una movilidad a grupo o categoría superior podría vulnerarse la dignidad del trabajador si, por ejemplo, la carencia de aptitud del trabajador movilizado fuese muy marcada, ya que el verse forzado a intentar la realización de trabajos notoriamente defectuosos, podría suponerle una fuerte humillación (*La Clasificación...*, cit., pág. 178). En el mismo sentido, LUQUE PARRA defiende la existencia de supuestos que, a pesar de suponer una movilidad de carácter superior, pueden afectar a la dignidad del trabajador, puesto que -según dicho autor- "es factible que el hecho de que un trabajador pueda ocupar

embargo, sí que puede producirse esta vejación cuando el empresario ordena al trabajador realizar funciones de grupos o categorías notoriamente inferiores²³⁵, incluso, en mi opinión, cuando sin causa justificada el empresario asigna al trabajador tareas que aun correspondiendo al mismo grupo profesional o categoría equivalente, son de rango inferior a las que el trabajador venía desempeñando.

Ahora bien, lo dicho, lógicamente, ni supone que la movilidad a grupo o categoría superior nunca atentará a la dignidad del trabajador ni que toda movilidad a grupo o categoría inferior siempre lo hará, sino que ello dependerá de las circunstancias concretas de cada caso²³⁶. En principio, nada obsta afirmar que todos los trabajos son igualmente dignos, y no lo es más el de una categoría profesional superior que el de una inferior. Otra cosa es la relevancia de uno u otro, o sus diferentes conocimientos, incluso, la distinta posición que uno y otro conllevan. Pero, en sí mismos, son igualmente dignos. Por lo tanto, el motivo de considerar vejatoria la decisión del empresario de ordenar a un trabajador realizar una tarea de grupo o categoría inferior,

temporalmente un puesto de trabajo, por ejemplo, que le implique una situación de mando respecto a las personas que desarrollan las mismas funciones que las suyas de origen le genere un perjuicio a su dignidad entendida como prestigio profesional por el hecho de deber retornar al puesto de origen una vez concluida la situación de movilidad funcional." (*Los límites jurídicos de los poderes...*, cit., pág. 206). Ver, asimismo, VALLE MUÑOZ, F. A., *La movilidad funcional...*, cit., pág. 285

²³⁵ En el mismo sentido, VALDÉS DE LA VEGA, B., *La profesionalidad...*, cit., pág. 210;.

En este sentido ALEMÁN PAEZ ha manifestado que nos encontramos ante un bien jurídico de inextricable concreción hermenéutica. Primero, por su amplitud, pues se atenta contra la dignidad "con cualquier acto, conducta o gesto que revele una situación de menosprecio o desconsideración hacia (la) persona, familia o sentimientos del trabajador. Segundo por su "intrínseca evanescencia", debido a la fundamentación "iusnaturalista" que subyace tras dicho concepto. Y en tercer lugar, porque técnicamente parece perder entidad al englobarse bajo un mismo cuerpo semántico junto a los límites que los derechos formativos y promocionales suponen (*El encuadramiento...*, cit., pág. 321).

⁹⁵ En determinados casos, sin embargo, aunque la movilidad sea a grupo o categoría equivalente puede producirse una vulneración de la dignidad del trabajador. Piénsese en la famosa STC 99/1994 -B.O.E. de 17 de mayo-, en la que el trabajador -oficial de 2⁸ deshuesador de jamón- se había negado a efectuar una exhibición pública de cortado de jamón con toma de fotografías, amparándose en su derecho a la propia imagen. El T.C. tras afirmar que "el derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 C.E. junto con los derechos a la intimidad personal y al honor, contribuye a preservar la dignidad del trabajador (art. 10.1 C.E.), salvaguardando una esfera de la propia reserva personal..." concluyó que el empresario no podía exigir válidamente al trabajador la realización de determinadas tareas, que el trabajador "no tenía asignadas, explícita ni implícitamente, ni eran componentes imprescindibles - o aun habituales- de las funciones que debía desarrollar" (Sobre la cuestión, por ejemplo, CAMPS RUÍZ, L. M., "El nuevo régimen...", cit., pág. 57 y *La modificación...*, cit., pág. 28; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., *La nueva regulación de la movilidad...*, cit., pág. 94).

²³⁶ Amplio estudio sobre la estrecha relación existente entre dignidad, profesionalidad y equivalencia de funciones puede verse en la doctrina Italiana, entre otros, en ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J., *Clasificación profesional y movilidad...*, cit., pág. 63.

más que serlo por los trabajos en sí mismos considerados, lo es por el hecho del cambio y las circunstancias en que concurre.

De hecho, la jurisprudencia, para desestimar cuando un cambio de funciones es lesivo para la dignidad del trabajador, utiliza dos criterios, el objetivo y el subjetivo. Criterios que, a pesar de ser distintos, más que excluirse se solapan.

Así, y aplicando el criterio subjetivo, los tribunales consideran que se ha atentado contra la dignidad del trabajador, cuando el empresario, más que solucionar un problema organizativo imprevisible o perentorio que se le ha presentado, lo que pretende con el cambio es humillar al trabajador y así queda probado. Ahora bien, como no es fácil determinar cuales son las intenciones de una persona -nada impide que bajo una apariencia formalmente organizativa exista una intención perversa-, junto al criterio subjetivo la jurisprudencia aplica el criterio objetivo.

Según este último, son tres las situaciones que permiten deducir que el cambio de funciones es lesivo para la dignidad del trabajador

a) la movilidad funcional contraria a la dignidad del trabajador: cuando la diferencia entre la categoría o grupo al que éste pertenece y aquél al que ha sido movilizado es tan grande que ofende el honor del trabajador, su estima y su prestigio profesional, social y económico.

b) la movilidad funcional ilegítima: tanto aquellas órdenes empresariales que conducen a una falta de ocupación total o parcial -"se altera el status del trabajador, se impide su formación (...) y se menoscaba su dignidad personal"-, como, aquéllas otras que suponen una desocupación encubierta a través de la asignación de funciones muy reducidas.

c) la movilidad contraria a los derechos profesionales del trabajador y que suponen una degradación de la dignidad del trabajador. La movilidad suele vincularse al menoscabo de las posibilidades de promoción del trabajador y al hecho de que la reputación profesional constituye un valor de primer orden. Ahora bien, conviene advertir que el rigor con el que estos requisitos se analizan, se ve atenuado, en la

práctica, cuando se trata de funciones próximas a la alta dirección y el cambio es consecuencia de reorganizaciones del equipo directivo²³⁷.

A pesar de que la utilidad práctica de los criterios expuestos no puede negarse, el llegar a delimitar cuando un cambio funcional supone un menoscabo a la dignidad del trabajador parece ser una cuestión problemática que, en definitiva, sólo el juzgador *a quo* podrá resolver atendiendo a las circunstancias concretas de cada supuesto de hecho. Pues, si de una parte resulta difícil averiguar las intenciones del empresario, no lo es menos el llegar a señalar, de otra, el punto exacto donde la función asignada es lo suficientemente inferior como para considerar el hecho vejatorio. Por ello, y dado que el concepto de dignidad es un concepto escurridizo y subjetivo, cabría analizarlo, a pesar de que los tribunales no lo hagan, no sólo dependiendo de la conciencia social del momento, sino también de la apreciación personal del trabajador afectado y de las repercusiones sociales que para éste pueda originar su cambio de puesto de trabajo²³⁸

1). *Cambio funcional y sustitución durante la huelga.*

Cierto es que el nuevo art. 39 E.T., al igual que su antecesor, nada establece sobre la posibilidad de que el empresario pueda o no recurrir a la movilidad funcional para sustituir a los trabajadores en huelga, y así paliar los efectos que ésta puede tener sobre

²³⁷ Ver al respecto, SsTS de 21 de marzo de 1990, Ar.2208; de 5 de marzo de 1985, Ar.1277; SsTSJ de Cataluña de 23 de octubre de 1998, Ar.3656; de Castilla la Mancha de 24 de septiembre de 1998, Ar.3819; de Canarias (Las Palmas) de 14 de marzo de 1997, Arl 666; Madrid de 14 de julio de 1997, Ar.2633; de Navarra de 31 de mayo de 1996, Ar.1496; de Cataluña de 10 de mayo de 1996, Ar.1642; de Madrid de 23 de junio de 1995, Ar.3175; de Madrid de 13 de julio de 1993, Ar.3689. En un sentido similar, además, VALDÉS DE LA VEGA, B., *La profesionalidad...*, cit., pág. 210; En el mismo sentido, por todas, SsTSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de marzo del 2000, Ar.514; de Castilla y León (Valladolid) de 16 de marzo de 1992, Ar.1448.

²³⁸ que se establece que se evitará que las empresas reiteren la realización de los trabajos de inferior categoría a un mismo trabajador (Cfr. art. 81 del Cc. General del Sector de la Construcción –B.O.E. de 10 de agosto de 2002-; el art. 6.6.3.c. del Cc. de Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares –B.O.E. de 19 de enero del 2000-; el art. 27 del Cc. Estatal para las Industrias de Perfumería y afines- B.O.E. de 18 de junio de 2002-; el art. 26 del Cc. Estatal para la Industria Química –B.O.E. de 26 de junio del 2001-), lo cierto es que la mayoría recogen este límite de forma muy genérica. Así, se suele establecer que los cambios funcionales no deben suponer "un menoscabo de la dignidad humana..."; "un trato vejatorio..."; "perjudicar a su formación profesional..." etc. (Cfr., por todos, art. 72.B. del Cc. Nacional para las industrias del Vidrio, Cerámica, Extractivas y Comercio al por Mayor y Exclusivista del Vidrio y Cerámica – B.O.E. de 24 de septiembre de 2002-). Un mayor estudio, puede verse entre otros, en ALEMÁN PAEZ, F., *El encuadramiento...*, cit., pág. 323; y en RODRIGUEZ PASTOR, G., *La movilidad funcional y negociación...*, cit., pág. 84.

su empresa. Aun así, la trascendencia del tema invita a realizar una obligada referencia al respecto.

El empresario parece obligado, en buena medida, a estar y pasar por la huelga correspondiente, según se desprende del art. 6.5. del R.D.L. 17/1977 de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, cuando establece la imposibilidad de sustituir a trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo en el momento de su ejercicio. Ahora bien, tal y como la contiene el citado precepto, esta prohibición de sustitución de huelguistas va referida a la que pretende hacerse por otros trabajadores no vinculados a la empresa en la fecha de la declaración de la huelga, lo cual, según interpretación mayoritaria de la doctrina, excluye la posibilidad de que el empresario pueda contratar a otros trabajadores o/y trasladar a los de otro centro de trabajo para sustituir a los huelguistas.

De ahí que quepa plantearse si dicha sustitución sería posible con trabajadores no huelguistas del propio centro de trabajo. Es decir, si el empresario puede o no utilizar su derecho a la movilidad funcional para sustituir a los trabajadores en huelga.

Aunque, por lo pronto, pudiera admitirse esta posibilidad, pues como se ha visto, ni el art. 5.6 del D.L. 17/77 lo prohíbe, ni en base al art. 39 E.T. parece que habría inconveniente, por cuanto incluso en la movilidad a los trabajos de categoría o grupo inferior se daría el requisito de perentoriedad de la causa y limitación de su duración al tiempo imprescindible, es claro que con ello se vaciarían, o al menos se paliarían, los efectos que el ejercicio de un derecho constitucional, con rango de derecho fundamental y libertad pública, como es la huelga, pretende producir²³⁹. Conclusión ésta que, por lo

²³⁹ BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Tecnos. Madrid, 1987. Un amplio estudio sobre el derecho de huelga puede asimismo verse entre otros en: ALBIOL MONTESINOS, I., "Efectos, responsabilidad y tutela del derecho de huelga", en AA.VV., *Ley de Huelga*. Instituto Sindical de Estudios. Madrid, 1993. Pág. 161; GOERLICH PESET, J. M., *Los efectos de la huelga*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994; TORRENTE GORI, S., *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*. CEDECS. Barcelona, 1996; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., *La huelga ante el derecho: conflictos, valores y normas*. Dykinson. Madrid, 1997; CEINOS SUAREZ, A., *La jurisprudencia del T.S. en materia de huelga*. Comares. Granada, 2000.

ALBIOL MONTESINOS, I., "Efectos, responsabilidad y tutela del...", cit., pág. 161.

CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 170. De hecho ésta parece ser la tesis de OJEDA AVILÉS, A., que, para alcanzar lo que denomina *el nivel de prestación indispensable*, admite la posibilidad de acudir, entre otras fórmulas, a la movilidad de los no huelguistas (*Derecho Sindical*. Tecnos. Madrid, 1995. Pág. 487)

demás, y teniendo en cuenta que la huelga debe siempre suponer una proporcionalidad de sacrificios a ambas partes, no parece ser sino la más adecuada

2). *Cambio funcional y competencia.*

En sentido estricto se trata del límite relacionado con las graves dificultades en la realización de las funciones asignadas, sea por motivos profesionales, físicos, de habilidad o de cualquier otro tipo. Si bien se presupone que el presente inconveniente será frecuente en la asignación de tareas correspondientes a funciones profesionalmente superiores, no hay duda que también las diferencias de especialización pueden presentar situaciones similares como consecuencia del 'ius variandi in peius'.

Este límite es el de mas dificultad en el cumplimiento de las nuevas órdenes asignadas no aparece expresamente en la norma laboral²⁴⁰, si acaso de forma marginal figura en algunos pronunciamientos jurisprudenciales al hilo de la fijación de motivos que avalan el derecho de resistencia del trabajador. Sin embargo, no existe inconveniente alguno para aplicar el art. 1.272 CC. que, al prohibir la contratación de servicios imposibles de realizar, también está exigiendo al trabajador de cumplir las órdenes empresariales que signifiquen la realización de trabajos de difícil o imposible cumplimiento.

Pero al mismo tiempo, en cuanto que el trabajador presta una serie de tareas que no son las «habituales» en algunos casos, pertenecen a especialidades u ocupaciones en las que no es perito, no se puede esperar de su cumplimiento un rendimiento optimo *ni* una perfección en los resultados idénticas a las exigibles en una. si-oración de normalidad.

Así, es común afirmar que la diligencia al trabajador exigible no puede venir sin más reconducida a la observada de manera normal y habitual por el grupo de trabajadores en el que ocasionalmente se encuentre *éste* ahora, sino que, por el contrario, debe ser orientada a aquella que podría ser razonablemente esperada de un trabajador de sus

²⁴⁰ El tema no es tan *evidente* cuando se trata de la realización de tareas extraordinarias y para la satisfacción de necesidades urgentes, como sucede con el variandi En estas circunstancias posee menos trascendencia la calidad o perfección del trabajo a realizar, que el hecho de que efectivamente se lleve a cabo o no. No queremos con ello decir que no tenga virtualidad alguna el limite en cuanto tal, sino que la incapacidad para realizar tales tareas rara vez aparece en términos absolutos de inutilidad total de la labor realizada por el trabajador inhábil, especialmente tratándose de funciones profesionalmente inferiores; lo que se quiere significar es que ausencia *de* aptitud técnica para fa realización de la tarea asignada ha de ser real y plena

mismas características y aptitudes *en semejantes* circunstancias y condiciones, puesto que las exigencias organizativas de la empresa son la causa del ejercicio del 'ius variandi', 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 la actividad del trabajador.

En fin, la incapacidad técnica parcial o relativa del trabajador considerado aisladamente es suficiente para negar el regular ejercicio del poder de dirección pero no el 'ius variandi'. De ahí que sea un índice lo suficientemente importante como para obligar al empresario a realizar procesos simples de adaptación y, finalmente, a designar a otro trabajador con posibilidades de realizarlo con perfección superior; e incluso de no respetarse este principio se ha de presuponer un trato vejatorio, desde ningún punto de vista justificable.

3). *Cambio funcional y riesgo profesional.*

A pesar de no estar mencionada en el art. 39 del E.T., la inexistencia de riesgo para la vida o salud de los trabajadores, constituye un importante límite para la movilidad funcional. Pero no sólo eso, sino que en ocasiones puede ser el presupuesto originador de la misma, es decir, puede ser la causa originadora de un cambio de funciones, añadiéndose al resto de causas objetiva o impeditiva de la movilidad funcional., para proteger la salud del trabajador el empresario se verá en la obligación de ejercer sus poderes de movilidad y en general modificatorios, con vistas a evitar la situación de peligro²⁴¹.

²⁴¹ Para un estudio más detallado de esta ley ver, el trabajo más actual, GONZÁLEZ-CARBAJAL GARCÍA, J. M., *Aspectos jurídico-públicos de la prevención de riesgos laborales estudio de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.* Colex. Madrid, 2000.

El art. 14 L.P.R.L. establece el deber general de protección del empresario para la prevención de riesgos laborales de sus trabajadores. Con ello, como ha puesto de manifiesto PARDELL VEA, se ratifica la contractualización de la responsabilidad que ya figura en el art. 19 del E.T. en el sentido que "el sujeto tutelante es el empresario/a desde el momento en que adquiere contractualmente la obligación de proteger contractualmente la obligación de proteger a su trabajador/a. Por ello un incumplimiento contractual en este sentido es objeto de sanción por parte del ordenamiento laboral. La seguridad e higiene en el trabajo se convierte así en un instrumento de delimitación de su poder de organización y dirección en definitiva en una limitación de su poder de organización y dirección, en definitiva en una imposición unilateral de las condiciones de trabajo" ("La modificación del contrato de trabajo de determinados colectivos a partir de la aplicación de la ley de prevención de riesgos laborales (Algunas consideraciones en tomo al art. 25 de la

Ahora bien, la inexistencia de riesgo para la vida o salud del trabajador es además un importante límite a la movilidad funcional. Es decir, toda modificación funcional se encuentra limitada por la especial situación o estado del trabajador que se quiere movilizar, esto es, por la protección a la salud y seguridad del trabajador en cuestión. De donde sigue que cuando el empresario ordena a un trabajador realizar una función diferente a la pactada, no deberá únicamente garantizar que la nueva tarea se desarrolle en las necesarias condiciones de seguridad y salud en el trabajo, sino que además deberá asegurarse de que esta nueva función no afecta a la integridad física de ese específico trabajador, incluso en los cambios accidentales o entre categorías profesionales equivalentes.

Así lo exige el art. 4.2.d) del E.T., que, en relación con el 19 E.T. (y a su vez en concordancia con lo que establecen los arts. 15 y 43 C.E.), viene a reconocer al trabajador el derecho a su integridad física y a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. Derechos que, sin duda, y tras la entrada en vigor de la L.P.R.L., se ven reforzados por dos preceptos más, cuales son, el art. 15 y el art. 16 del citado cuerpo legal²⁴²

La necesidad debe venir acompañada de razones objetivas convincentes no impide que sean precisamente circunstancias personales y subjetivas del trabajador concreto las que provoquen el agravamiento del riesgo, pues determinadas tareas que para el trabajador medio dentro de un ambiente y condiciones de seguridad normales no implican riesgo alguno, para otros si lo pueden suponer dentro de sus condiciones subjetivas específicas.

L.P.R.L.)", en MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. (Dir.), *La modificación del contrato de trabajo*. Ibídem. Madrid, 1997. Pág. 48).

Obviamente a estos preceptos cabría unir el art. 26 L.P.R.L., hoy modificado por el art. 10 de la L.C.V.F., referido a la maternidad. Sin embargo, dado que se ha tratado con exhaustividad en el capítulo anterior, por lo que a este colectivo concreto se refiere me remito a lo allí expuesto no es evidente, el trabajador debe dar a conocer al empresario la situación en la que se encuentra, dado que si no es así difícilmente podría ser conocida (BURGOS GINER, A., "Protección especial de determinados colectivos." En GARCÍA NINET, J. I. y OTROS, *Lecciones sobre la Ley de prevención de...*, cit., pág. 126). Llegándose a afirmar que, de no ser así, decae la obligación empresarial. (FERNANDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley ...*, cit., pág. 125; GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", en AA.VV., *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*. La Ley-Actualidad. Madrid, 1997. Págs. 38 y ss.)

²⁴² Piénsese que las circunstancias personales de un trabajador pueden hacer que un trabajo que no sea perjudicial para un trabajador, lo sea para otro. No obstante, conviene precisar que la finalidad de esta limitación es la de prevenir y proteger al trabajador, no la de impedir su acceso al empleo o favorecer el despido

A esta conclusión, la autora antes reseñada señala que la seguridad y salud en el trabajo debe ser siempre la más importante, premisa a respetar, de ahí que no sólo pueda originar en determinadas ocasiones una modificación funcional, sino que además siempre la va a limitar. Limitación que no debe únicamente suponer que la nueva tarea a desarrollar cuenta con las necesarias condiciones de seguridad y salud en el trabajo, sino que también deberá asegurar que la nueva función no supone ningún riesgo para la integridad física y/o psíquica del trabajador movilizado y, así se puede afirmar que el resto de los derechos presuponen su existencia. No son ni siquiera planteables los otros derechos básicos ya vistos si el trabajador fallece o sufre en un accidente tales lesiones que le incapaciten para el trabajo.

Como conclusión de lo expuesto hasta ahora, no hay duda en admitir que tanto la exigencia de titulación o aptitud necesaria para el desarrollo de la función asignada, la prohibición de sustituir a los trabajadores en huelga, y la protección de la salud y seguridad del trabajador, deberán constituir en la práctica, junto a las lógicas exigencias derivadas de los principios de buena fe, igualdad y no discriminación, verdaderos límites a cualquier cambio de función o movilidad funcional. Con independencia de cual sea el origen, causa o entidad de dicho cambio o movilidad, habida cuenta que cuando se trata de proteger derechos que todo trabajador tiene constitucionalmente reconocido como persona que es, o bien son considerados como normas de orden público o bien derivan del derecho común de obligaciones y contratos, lo realmente relevante, más que determinar en base a *qué* se produce el cambio o cuál es su duración o transcendencia, pasa a ser la protección de estos derechos, que, evidentemente, siempre hay que respetar.

CAPÍTULO SEGUNDO PODER DE DIRECCIÓN Y MOVILIDAD FUNCIONAL EX ART. 39.1 ET

1. CONSIDERACIONES INICIALES

En este capítulo se analizará La equivalencia entre categorías como institución enmarcada dentro de la movilidad funcional. Ahora bien, la plural ubicación de la noción «categoría equivalente» en el Estatuto es causa de confusión entre la doctrina que no la incluye en todos los casos como institución de la movilidad funcional por varios motivos.

El primero, porque existen referencias en el Estatuto que permitirían dar a la categoría equivalente ese sentido de concepto determinante de una prestación o de un puesto de trabajo²⁴³, cuando, sin embargo, y a nuestro juicio, la categoría equivalente es un juicio que permite un ámbito de movilidad funcional y, a la vez, el límite a una determinada manifestación del poder empresarial con base en el poder de dirección

El segundo, porque de una lectura conjunta de los apartados 2 y 3 del art. 22 en relación con el art. 39 no se realiza sino la definición del ámbito de la prestación debida, entendiendo la categoría equivalente como aquella ocupación que no es diversa a la debida ni suponen funciones inferiores o superiores a las de la categoría realizada²⁴⁴. Sin negar esta perspectiva, es preciso señalar que la redacción del apartado 1 del artículo 39 que la movilidad que permite es más amplia sin justificación objetiva alguna, en base al ejercicio del poder «de dirección» empresarial (art. 39.1 ET)²⁴⁵.

²⁴³ Así, por ejemplo, el art. 12.4e) ET, al señalar el derecho preferente al retorno al «puesto de trabajo vacante de dicha naturaleza que exista en la empresa correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente»; o el art. 12.6c) ET «El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente».

²⁴⁴ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. Pág. 157.

²⁴⁵ La movilidad, señala el art. 39.1 ET «no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional (...) [o] entre categorías profesionales equivalentes»

El tercero, porque la vaguedad de los términos del criterio de equivalencia del art. 22.3 ET, (funciones «básicas») impide considerarla un elemento delimitador válido, y por tanto un límite, del ámbito de la movilidad funcional²⁴⁶, salvo una interpretación correctora de la norma positiva vigente.

En definitiva, la movilidad entre categorías profesionales equivalentes presenta, en el plano dogmático, una dificultad de encaje, precisamente por la regulación de su ejercicio en el art. 39.1 ET, y por tanto, configurada bajo un tipo de movilidad funcional accidental u ordinaria, que, en la actualidad, incluye tanto de los cambios dentro del grupo profesional como de la cambios de funciones entre categorías equivalentes.

Por este hecho, hay que reflexionar inicialmente sobre esta facultad empresarial de movilidad funcional enmarcada dentro del denominado poder de dirección. La metodología que se puede adoptar es doble. Así, por un lado, nos encontramos entre la doctrina que se ha preocupado de la movilidad funcional, una construcción dogmática del concepto de poder de dirección que podemos denominar de «descriptiva». Con ella, se recogen las nociones jurisprudenciales²⁴⁷ y se resumen las nociones doctrinales sobre el poder directivo y la movilidad funcional. Se puede constatar como esta perspectiva de estudio ha venido utilizando las nociones doctrinales de movilidad y poder de dirección construidas bajo la LCT de 1944 y el ET-80 puesto que, en líneas generales, se sigue el esquema de movilidad en ambas regulaciones legales. La conclusión bajo esta perspectiva es que no se precisa «causa legal o convencional» para el ejercicio de la movilidad funcional horizontal o poder de dirección ni para la movilidad funcional ascendente.

Sin embargo, esta conclusión creemos que no es correcta tras la reforma laboral flexible de 1994 del Estatuto, bajo la cual se amplía el ámbito de movilidad funcional de plena libertad jurídica del empresario al que le exime de someterse a justificación objetiva expresa a la vez que se establecen nuevos límites jurídicos, por lo que el método descriptivo precisa actualizarse y matizarse conforme a los cambios

²⁴⁶ Este apartado 3 señala que se presume la categoría equivalente «cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda»;

²⁴⁷ Así no se precisaba causa para el ejercicio de la movilidad funcional horizontal o ascendente propios del poder de dirección, si había una causalización expresa (cuando «concurran necesidades perentorias») para los supuestos de movilidad descendente, incluso cuando esta asignación de categoría inferior se produjera dentro del mismo grupo profesional (STS 16 de enero de 1991 RJ 1991/52).

legislativos²⁴⁸. Esta labor, a través de un estudio «exegético» de la movilidad funcional a la luz de las nuevas condiciones laborales flexibles, entre las que se encuentra, en un plano destacado, la movilidad entre categorías profesionales equivalentes, ha suscitado una relativa atención en nuestra doctrina, aun cuando, como señala Cuenca Alarcón, no sean escasas «...las pautas que pueden ser deducidas al objeto de explicar la naturaleza y fundamento aplicativo del criterio de la equivalencia, atendiendo a *debates paralelos sobre las manifestaciones de la movilidad funcional*»²⁴⁹.

Por otro lado, entre las nuevas construcciones dogmáticas, se sigue, en la actualidad, un método «analítico» de investigación del concepto de poder de dirección y la movilidad funcional, descomponiendo los elementos de la movilidad y sus límites, al objeto de tener, como elogia Del Rey Guanter, una utilidad atemporal de los conceptos jurídicos con los afrontar los cambios legislativos²⁵⁰. O las inicialmente conyunturales instituciones de la movilidad funcional en nuestro derecho laboral, donde lo que inicialmente se regula con carácter temporal y flexible se convierte, con el paso del tiempo, en regulación definitiva y estructural²⁵¹.

Esto mismo sucede en la institución de la movilidad equivalente objeto de nuestro estudio, cuya descripción en el Estatuto muestra un cambio de lógica y nuevo hilo conductor de la movilidad, sino un cambio de filosofía²⁵². En efecto, las fronteras entre los diversos tipos de movilidad funcional establecidos por los límites objetivos y subjetivos del contrato y el legislador se han difuminado con las reformas flexibles del

²⁴⁸ De lo que da cuenta el Montoya Melgar en 1995, (MONTROYA MELGAR, A., «La nueva configuración del poder de dirección del empresario», Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso Olea. Marcial Pons, Madrid 1995)

²⁴⁹ CUENCA ALARCÓN, M., *La determinación de la prestación de trabajo: Clasificación profesional y trabajo convenido* CES Madrid. 2006, pág. 245

²⁵⁰ Como resume DEL REY GUANTER, S., en el prólogo, que realiza a la obra de Luque Parra, M., *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral* Bosch Editor. Barcelona. 1999.

²⁵¹ Como indica Molina Navarrete, a partir de la Reforma de 1994, lo excepcional va adquiriendo un carácter de normalidad, (MOLINA NAVARRETE, C., «Formalismo jurídico, democracia en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma», REDT núm 70/1995, pág. 197).

²⁵² Así, para la variación de la funcionalidad del poder directivo, Conde-Pumpido se cuestiona si tras la reforma efectuada por la Ley 11/1994 si con ella no se había efectuado una “modificación de la filosofía del concepto técnico-jurídico de poder de dirección” (CONDE-PUMPIDO TOURÓN, MT^a, «El nuevo poder de dirección del empresario»..., cit. pág. 9)

mercado de trabajo, obligando a una reconstrucción dogmática de los nuevos ámbitos de movilidad funcional²⁵³.

De esta forma, las nuevas posibilidades flexibles o los espacios de movilidad funcional en manos del empresario se pueden entender bajo renovados esquemas dogmáticos que no supone: ni limitarse a una metodología analítica supuestamente «atemporal»²⁵⁴, es decir, aplicable independientemente de la redefinición normativa que en cada momento se pueda efectuar de tales límites jurídicos, ni anclarse en la inflexibilidad conceptual que limite el encaje del sistema de movilidad funcional, ni, finalmente, realizar llamadas a la una recontractualización²⁵⁵ de dicho poder empresarial²⁵⁶.

La «relectura» que proponemos del poder de dirección trata mantener, en su ejercicio por el empresario, el clásico principio de respeto al trabajo pactado. De forma que el legislador laboral crea un nuevo ámbito dentro del cual se mueven las facultades empresariales de modificación funcional entre categorías profesionales equivalentes. Sólo de esta forma se podrá seguir denominando «determinación indirecta» del objeto

²⁵³ Como sucede con la regulación y la construcción doctrinal sobre las denominadas «zonas grises» del derecho, los instrumentos metodológicos consisten en analizar los conceptos dogmáticos de Poder de Dirección y *ius variandi* y valorar su aplicación a las nuevas posibilidades de movilidad funcional abiertas por el legislador de 1994 con la movilidad entre categorías profesionales equivalentes

²⁵⁴ Las ventajas de la utilización de esta metodología «atemporal» las justifica, Luque Parra, , es decir: “aplicable independientemente de la redefinición normativa que –en cada momento– se pueda realizar de tales límites jurídicos. En efecto, seguramente nadie se atrevería a afirmar que el régimen jurídico que actualmente limita el ejercicio de las diferentes manifestaciones del poder organizacional va a mantenerse incólume o inalterado durante un espacio temporal prolongado” (LUQUE PARA, M., *Los límites jurídicos...*, cit. pag. 777)

²⁵⁵ En efecto ante la reordenación o reestructuración de los poderes empresariales por una legislación laboral flexible, bien suspendiendo ciertos requisitos que eran previos a la toma de decisiones por el empresario, bien permitiendo una determinación amplia y flexible de las condiciones de trabajo donde actúa el poder de dirección, parte de la doctrina lanza su mirada tanto a las garantías constitucionales como a la estructura bilateral del contrato, como regímenes de control de tales poderes empresariales. Así, con la recontractualización se busca una interpretación limitativa de los poderes empresariales cuando en su ejercicio no se guarden una mínima conciliación de intereses y derechos de ambas partes, base misma del negocio jurídico. Para una visión doctrinal de esta idea de la recontractualización y constitucionalización del derecho del trabajo, BAYLOS GRAU, A., «Por una (re)politización de la figura del despido» en *Revista de Derecho Social*, núm. 12/2000 pág. 10-13. Para una visión más general, SANTOS FERNÁNDEZ, M^o D., *El contrato de Trabajo como límite al poder empresarial*, Bomarzo 2005. págs. 202 a 235.

²⁵⁶ Y más aún cuando esa llamada resultaría de dudoso alcance protector para los trabajadores con menores poderes de negociación, aparte de resultar contrario a una lógica laboral que no es semejante a la civil en una relación tan especial y específica como es la laboral.

de la prestación laboral, pero dentro del ámbito inicialmente acordado por las partes, con sus límites y características de equivalencia.

Finalmente, aunque en la actualidad existe consenso en todos los análisis jurídicos de incluir la equivalencia en el ámbito de la movilidad funcional cuya base es el poder de dirección regulado «específicamente» en el art. 39.1 ET, y esto, tanto por su ubicación, como por su interpretación sistemática, lo cierto es que desplaza los actuales límites de la facultad empresarial en base a su poder de dirección o en base a una *movilidad funcional ordinaria*, creando con ello una zona gris (el poder de dirección específicamente regulado) a efectos de conocer los límites y de enjuiciar la corrección del cambio funcional.

Así pues, corresponde inicialmente revisar las construcciones dogmáticas sobre la facultad de movilidad funcional en base al poder directivo del empresario regulado específicamente. Por ello, resulta preciso hacer una delimitación del ámbito de estudio de la movilidad funcional, bajo las siguientes previsiones:

1.1. Movilidad funcional ex-art. 39.1 ET: supuestos excluidos.

El presente apartado trata de la presencia de supuestos de movilidad recogidos expresamente en el apartado 1 del art. 39 ET como criterio delimitador de la movilidad que estudiamos. Reducidas a las manifestaciones del este apartado primero, la facultad empresarial de movilidad quedan reducidas al cambio funcional (al aspecto funcional de la prestación de trabajo). La movilidad o cambio de otras condiciones de trabajo (jornada o turnos) no son objeto de estudio, ni tienen una regulación semejante a la movilidad funcional, por cuanto a parecen bien con las notas del poder de dirección²⁵⁷ bien con las notas típicas del «ius variandi» de supuesto de carácter excepcional que requiere de causa y/o elemento de temporalidad²⁵⁸, pero ninguna tiene una regulación

²⁵⁷ Art. 20 ET para los cambios de lugar de prestación de servicios sin cambio de residencia, Así, el cambio de centro de trabajo a pocos kilómetros de distancia (13.4 km) y con parada de autobús cercana, se integra en el ius variandi empresarial ordinario o poder de dirección. Sentencia del TS 26 abril 2006 (Ar. 3105)

²⁵⁸ Por ejemplo, es una institución del Ius variandi, en otro tipo de condición de trabajo que no es la categoría profesional, el supuesto del art. 40.3 ET relativo al desplazamiento de trabajadores, que refiere al elemento de la temporalidad (hasta el límite de un año) y de causa (por razones técnicas...).

específica en el Estatuto para realizar un cambio que no exige causa expresa para realizarse ni una temporalidad en su establecimiento.

En base a lo anterior, si que podemos avanzar que en la forma en que la movilidad dentro del grupo o entre categorías profesionales equivalentes es empleada en el art. 39.1 ET no presenta su ejercicio por el empresario la necesidad de aportar una justificación objetiva expresa ni temporalidad en su adopción. De ahí que cuando las notas típicas del *ius variandi* aparecen reguladas expresamente, es decir, que cuando si hay un límite causal —elemento éste que delimita y lo diferencia del poder de dirección y movilidad funcional «ordinaria»—, estemos situados en otros ámbitos de movilidad, ámbitos que no alcanzan a la movilidad entre categorías equivalentes, por carecer de las citadas notas.

Igualmente, desde un punto de vista positivo (por no estar contemplados en el apartado primero del art. 39), no se puede confundir ni hay relación con la movilidad entre categorías profesionales equivalentes, otro tipo de instituciones que afectan a los cambios de funciones basados en los requisitos están previstos en otros apartados del Estatuto. Los supuestos se concretan en cuatro casos:

a) Las modificaciones funcionales que se encuentran fuera del marco o las reglas del art. 20 ET y de los apartados 1 a 3 del art. 39 ET²⁵⁹, puesto que el carácter sustancial de la modificación depende del ámbito que previamente se ha reservado a los poderes organizativos ordinarios²⁶⁰ y únicamente entrará en aplicación el art. 41 ET cuando se sobrepase el conjunto de atribuciones con las que cuenta el empleador para decidir unilateralmente el cambio. Y ello porque si bien en este tipo de modificación hay igual

²⁵⁹ Como afirma Román de la Torre, son todas aquellas modificaciones funcionales que alteran el objeto de la prestación pactada más allá, en consecuencia, del grupo profesional o de las categorías que puedan considerarse equivalentes, y que no pueden canalizarse a través del «*ius variandi*» empresarial (ROMÁN DE LA TORRE, «Clasificación profesional...», cit., pág. 205. En esta línea pero exigiendo además que se sobrepasen los límites jurídicos impuestos legalmente que complementen a la orden organizacional que trasciende los parámetros objetivos de la categoría equivalente y el grupo profesional, Luque Parra, para quién de esta forma no podrían considerarse modificación sustancial la orden que sobrepase límites a la movilidad que no son formalmente legales como determinados requisitos formales o la profesionalidad del trabajador (LUQUE PARRA, M *Los límites jurídicos...*, cit., pág. 56 y 57)

²⁶⁰ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Modificación sustancial de condiciones de trabajo: Aspectos sustantivos y procesales*. Comares. Granada. 2000, pag. 19 que señala. “Así, y con independencia de ulteriores matices, la modificación podrá ser considerada sustancial desde el momento en que supera el objeto del contrato, puesto que es la condición fijada por éste la que se altera con la decisión empresarial, al margen de cuál sea el contenido de normas de aplicación general, bien legales, bien convencionales”.

el deber del trabajador de «soportar» la modificación —que afecta de manera esencial ya en su magnitud cualitativa ya cuantitativa la prestación inicial—²⁶¹, es muy probable de esa naturaleza afecte los elementos de protección del trabajador (perjuicio a su formación profesional, menoscabo de su dignidad o perjuicio en relación al tiempo de trabajo y de descanso), permitiendo entonces a éste acudir a la vía de la resolución contractual²⁶². Pero además, hay una segunda razón para la exclusión: la habilitación legal al empresario para este tipo de movilidad sustancial de las funciones exige unas especiales circunstancias en la empresa y se somete a otras reglas, otro fundamento o fuente de determinación y condiciones de ejercicio muy distintas de las otras dos esferas de movilidad funcional (poder directivo y *ius variandi* o poder de modificación).

La facultad empresarial de modificación extraordinaria del objeto del contrato de trabajo en los cuales está presente ya no sólo unos límites causales, sino que su ejercicio supone un *acto negocial unilateral*²⁶³ y *recepticio*²⁶⁴ que en modo alguno sucede en los supuestos de ejercicio de la movilidad entre categorías equivalentes. En efecto, bajo la base en la modificación funcional sustancial (ex-arts. 39.5 y 41 ET) no es posible ejercitar el cambio funcional que pueda ser calificado de equivalente ni, por tanto, resulta preciso conocer los límites o el ámbito de este tipo de movilidad para definir los rasgos de la movilidad entre categorías equivalentes. En efecto, en atención a este poder de variación funcional extraordinario la tarea que se exige al trabajador modificará sustancialmente la cantidad y la calidad de la prestación inicialmente acordada, lo cual

²⁶¹ El ET permite al empresario sobrepasar los límites de las atribuciones comunes para imponer prestaciones de trabajo que sin esta extraordinaria previsión legal no sería posible una modificación de tal alcance, a salvo, claro está, de una novación contractual en pacto con el trabajador.

²⁶² Baste recordar que la sustancialidad de una eventual alteración del contenido contractual o de la relación laboral se establece atendiendo a la entidad objetiva del cambio en relación con la afectación a los intereses del trabajador. Sobre esta idea, con apoyo en jurisprudencia, OLIVARES SERRANO, R., cit., pág. 50; carácter sustancial que incluso se puede poner en evidencia por la afectación a los intereses de las partes del contrato al lesionarse el principio del equilibrio formal del contrato.

²⁶³ La facultad empresarial de modificar sustancialmente las condiciones contractuales de trabajo a través del procedimiento del art. 41 ET puede identificarse con un acto unilateral, en cuanto que con él se produce una modificación sustancial de una relación jurídica previamente existente, siendo suficiente para que se produzcan las consecuencias jurídicas del acto negocial la declaración unilateral del empresario. Véase, VALLEJO DACOSTA, R., *Modificación de las condiciones de trabajo: un análisis desde la perspectiva del sistema de fuentes de la relación laboral*. CES Madrid. 2002 pág. 187.

²⁶⁴ La facultad empresarial de modificar sustancialmente las condiciones contractuales de trabajo a través del procedimiento del art. 41 ET puede identificarse con un «negocio jurídico recepticio», como pone de manifiesto Vallejo Dacosta, lo que exige comunicación escrita al trabajador expresando la causa y el momento a partir del cual va a tener lugar la modificación por él decidida. (VALLEJO DACOSTA, R., *Ibidem nota anterior*, pág. 187)

es, en principio, incompatible con la idea de equivalencia entre categorías que, bajo los rasgos previstos en el art. 22.3 ET, permiten presuponer que existe entre las tareas de la categoría de origen y la de destino. En este caso, no hay posibilidad de confusión entre fin del cambio funcional y medio que utiliza (la modificación extraordinaria) prevista ex-art. 39.5 o 41 ET.

b) Las modificaciones pactadas por las partes del contrato de trabajo aunque las mismas señalen que la ocupación será la misma o equivalente, en cuanto que en ellas se precisa el apoyo del trabajador a la modificación. Ésta, si se produce, es a través de un negocio bilateral receptivo: aunque en la práctica exista una real necesidad económica que empuja al trabajador a aceptar la novación o perder el trabajo²⁶⁵. La movilidad funcional producto del mutuo acuerdo entre las partes del contrato. Así, no se crea ninguna «zona gris» o problema de identificación entre el cambio funcional y la base jurídica sobre la que se sustenta dicho cambio, de tal forma que no podrá haber cambio unilateral en base al poder de dirección regulado específicamente, cuanto la base jurídica del cambio es en atención al poder consensuado de la denominada «novación contractual»²⁶⁶. Y por ello, dichos supuestos va a quedar fuera del presente estudio.

c) Los cambios funcionales que se fundamentan en necesidades objetivas con base o por imperativo legal²⁶⁷, por cuanto se configuran como un deber para el empresario y un derecho para el trabajador al cambio funcional. Igualmente, las modificaciones pactadas

²⁶⁵ El desequilibrio entre quien posee los medios de producción y el capital, por una parte, y quien posee exclusivamente su fuerza de trabajo, por otra, es una situación económica y social que precede al propio vínculo contractual y que, en sustancia, no se transforma en virtud de la aplicación de los preceptos que regulan la relación laboral. De ahí que la novación funcional se considere fruto del acuerdo de voluntades incluso si la alternativa a la novación es el desempleo.

²⁶⁶ La novación, desde un punto de vista dogmático, se ubica entre las modificaciones pactadas, carente de efectos extintivos si lo pactado no afecta al tipo o modalidad contractual con una formalidad constitutiva determinada (véase, art. 12.4 ET) De ahí que, el cambio funcional debido al pacto se diferencie de los supuestos de modificación funcional unilateral. En efecto, por medio del «pacto individual de novación del contrato» el trabajador puede dar su consentimiento a que se le modifique la categoría que ostentaba a otra equivalente u otra dentro del grupo profesional con similar requerimientos funcionales a cambio, por ejemplo, de no causar baja en la empresa. Así, la renuncia a determinadas condiciones de trabajo (lo que incluye la renuncia a su categoría profesional de origen) a cambio de otras condiciones de trabajo más estables o económicamente más favorables es jurídicamente válida. Por otro lado, y como acuerdo entre las partes del contrato de trabajo, la novación habrá de reunir las condiciones propias de todo negocio jurídico o, en su caso, de la convención atípica transaccional, conforme al art. 1255 en relación a los art. 1809, 1815 y 1816 del Código Civil. Por último, y al hilo de lo anterior, la doctrina diferencia el tipo de novación (novación extintiva o novación modificativa) de acuerdo al alcance, entre otras condiciones de trabajo, del cambio de la categoría acordado por las partes.

²⁶⁷ Por ejemplo, para los supuestos del art. 26 LPRL

colectivamente o heterónomamente²⁶⁸. Quedan, así, excluidas las modificaciones funcionales de naturaleza «institucional», puesto que este tipo de movilidad o cambio funcional, en análisis de la doctrina, supone una cuestión típica del papel del convenio colectivo, como fuente del derecho; y su efectividad y ejercicio por el empresario se produce como efecto lógico de su naturaleza de fuente de la relación laboral²⁶⁹, y en su aplicación no se analizan cuestiones relativas al régimen de la movilidad funcional sino de cuestiones como el respeto a los derechos adquiridos, disponibilidad del convenio para modificar situaciones individuales consolidadas, retroactividad de los efectos, y, en general, el derecho transitorio de la negociación colectiva.

d) Los cambios funcionales por razones no organizativas: disciplinarias

La limitación del objeto del presente trabajo, nos obliga a circunscribir la categoría equivalente y la movilidad del art 39 ET entre categorías equivalentes dentro de la decisión empresarial directamente organizativa. Así, quedan excluidos de estudio los cambios funcionales entre categorías equivalentes que son debidas a procedimientos disciplinarios²⁷⁰, configurándose en estos casos la movilidad funcional como una manifestación indirectamente organizacional del poder de dirección (y sólo de una forma subsidiaria, tendente a cubrir con la modificación alguna necesidad objetiva de la organización de la empresa).

A este propósito, los estudios académicos²⁷¹ más analíticos y actuales distinguen entre aquellas manifestaciones de poder de dirección cuyo objetivo es la adecuación inmediata de la fuerza de trabajo al proceso productivo –*manifestación del poder empresarial directamente organizacional*--, de aquellas otras en las que la consecución de tal adaptación se consigue de forma mediata, es decir, sancionando –*manifestación del poder empresarial indirectamente organizacional*--. No nos vamos a detener aquí en un análisis pormenorizado de las diferencias y fundamentos de tales manifestaciones, pues desenfojaría el objetivo de nuestro estudio, empleando los mismos en el presente

²⁶⁸ Así, una nueva configuración de la relación de puestos de trabajo en una empresa supondrá una movilidad funcional, además del cambio de denominación de la categoría profesional en que fue encuadrado el trabajador.

²⁶⁹ CRUZ VILLALÓN, J., Las modificaciones..., cit., pág. 26

²⁷⁰ En este tipo de medidas la adecuación de la fuerza de trabajo al proceso productivo se consigue de forma mediata o indirecta, puesto que la verdadera finalidad de las mismas es sancionar el previo incumplimiento laboral del trabajador. Véase, sobre los diferentes tipos del poder empresarial organizacional, LUQUE PARRA, M., *Los límites jurídicos a los poderes empresariales*., cit. pág. 31

²⁷¹ LUQUE PARRA, M., *Los límites jurídicos*., cit. pág. 23 y ss.

estudio porque no sirven para explicar y encuadrar la movilidad entre categorías equivalentes, por lo que para un estudio en profundidad, remitimos a los estudios que existen al respecto²⁷².

Ahora bien, dentro de la *manifestación del poder empresarial directamente organizacional* se han diferenciado toda una serie de diferentes manifestaciones del poder empresarial en función de las vicisitudes de la relación laboral que afecta al aspecto cuantitativo o cualitativo del trabajo (modificación funcional, geográfica, del tiempo de trabajo, suspensión y extinción del contrato de trabajo), pero igualmente otras divisiones en función de la manifestación del poder, que viene siendo: la directamente organizacional, (poder de dirección o modificación regular, o especificación de la prestación de servicios –art. 20.1 y 2;), el poder de modificación extraordinaria o sustancial –temporalmente limitado o no— de las condiciones de trabajo (arts. 39, 40 y 41 ET) junto al poder suspensivo y extintivo (art. 47 y 51 y 52c ET).

1.2. La regulación del poder de dirección por el apartado 1 del art. 39 ET

En España, el último decenio de los años setenta, con la crisis del sistema fordista de producción, la necesidad de una reconversión industrial y el aumento del desempleo se reclamó una transformación del sistema de relaciones laborales, y, en particular, se señalaba como punto conflicto para avanzar en los problemas el mantenimiento de la inmovilidad funcional del trabajador, siendo como era la categoría profesional el objeto del contrato y único ámbito de ejercicio del poder directivo ordinario²⁷³. En efecto, en la etapa previa al Estatuto-1980 entra en conflicto la institución de la movilidad funcional, por la rigidez en el ejercicio de la misma, ya no sólo en situaciones de «urgente

²⁷² Entre la multitud de manifestaciones del poder de dirección —entendido éste en un sentido amplio— que ha identificado la doctrina, las más relevantes son las siguientes: facultad de organizar el trabajo y dictar órdenes generales, de dar órdenes concretas a cada trabajador o grupo de trabajadores, de vigilar y controlar el cumplimiento por el trabajador de sus deberes y obligaciones, de realizar registros sobre la persona del trabajador dentro del centro de trabajo, de verificar su estado de salud, de exigir en ocasiones determinadas conductas privadas. Como puede ser no portar joyería o pendientes, o utilizar una determinada prenda de uniforme (esta facultad de exigir una determinada prenda, en concreto una falda, confirmada por la Sentencia del TS de 23/1/01, resuelto por Auto del TC de junio 2006)

²⁷³ Sobre toda esta situación anterior, véase, ut supra, pág.

necesidad»²⁷⁴ —con una interpretación jurisprudencial de la misma muy limitada—, sino incluso de los cambios funcionales ordinarios que chocaban con una administración laboral intervencionista y Ordenanzas laborales centradas en definir determinante de todas las tareas de las categorías profesionales más que en atender a la realidad práctica de las mismas²⁷⁵.

Cierto que en esa época existían instrumentos legales (art. 64.2 LCT 1944) para hacer frente a las situaciones excepcionales de movilidad las situaciones de crisis, pero en ese momento histórico se exigían nuevos instrumentos legales acordes con lo que era la nueva configuración del sistema de movilidad funcional. En una palabra: se reclamaban instrumentos legales que introdujeran flexibilidad interna a la prestación del trabajo, frente a un sistema normativo que en ese ámbito funcional no sólo regulaba las situaciones patológicas.

En otras palabras, la exigencia de nuevos instrumentos legales para hacer frente a la situación sociolaboral iba en la línea de reforzar el poder directivo organizacional, tanto en las situaciones de crisis (ahora vistas como situaciones causales normales) como en las facultades empresariales para el ejercicio de la movilidad funcional ordinaria la cual se ejercía con dificultad dados los límites legales férreos. Así, el legislador reformista de 1994 al restringir los límites formales y legales a la variación sitúa en una nueva posición contractual al empresario; optando el legislador, como ha sintetizado la doctrina²⁷⁶, por ligar directamente el poder de variación del contrato a la posición contractual que ocupa en el mismo el empresario, y bajo unos límites causales de fácil acreditación²⁷⁷, estando en manos del propio empresario su acreditación.

Desde la consideración de las variaciones funcionales como connatural al desarrollo de la empresa y del trabajo, surgieron los nuevos instrumentos legales que el Estatuto de 1980 introduce: la movilidad dentro del grupo profesional definido convencionalmente

²⁷⁴ Art. 64 L.C.T.. Normalmente, sólo se prestará el trabajo corriente. No obstante, pasajeramente y por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo u otro del acordado, a condición de indemnizarle de acuerdo con las disposiciones legales. Véase, Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. pág. 84

²⁷⁵ Alemán Paez identifica tres factores de rigidez del sistema de movilidad funcional anterior al Estatuto de 1980: el legal, el administrativo intervencionista y el judicial. (Alemán Paez, F., «La nueva regulación de la Clasificación...» cit., pág. 227

²⁷⁶ Pérez de los Cobos Orihuel, F., «La denuncia modificativa y...», *Actualidad Laboral*, núm. 21/1996, pág. 415.

²⁷⁷ Fabregat Monfort, G., *El régimen jurídico de la movilidad.. cit.* pág. 54

(y decimos, grupo profesional —y no la categoría profesional—) como ámbito, y a su vez, límite de la movilidad funcional ordinaria o no causal, todo ello con el límite genérico del respeto de los derechos profesionales del trabajador.

Este recorrido histórico concluye en la reforma de 1997 que profundiza en la línea «flexibilisita» de la reforma laboral del legislador de 1994. En esta última, se dio un paso más en la eliminación de la categoría profesional como límite al ejercicio de la movilidad funcional ordinaria o acausal, al señalar expresamente el legislador de 1994 que el límite se establece entre categorías profesionales equivalentes, con la descripción y el alcance de la misma que luego se verá.

Veamos, con más detalle la línea histórica-evolutiva de la positivación del poder de dirección en su faceta movilidad funcional, que hemos adelantado en estas líneas previas, separando el resumen histórico por periodos para con posterioridad definir sus rasgos más destacados y, finalmente, concluir realizando un balance de los nuevos instrumentos legales de la flexibilidad laboral interna:

1.2.1 *Evolución de la regulación del apartado 1 del art. 39 ET*

El art. 39 del ET-1980 fijó —en un precepto separado al que reconoce el poder de dirección del empresario y a algunas de sus manifestaciones (art. 20 ET-1980)—, las facultades directivas en orden a los cambios funcionales del trabajador; aquellos cambios que, en principio, no afectaban, por su duración o por su entidad, a los términos esenciales del contrato. Porque aquellas otras variaciones que alteraban la prestación debida estaban reguladas en el art. 23 ET-1980, regulando la facultad para encomendar trabajos de superior o inferior categoría, (además de en la cláusula de cierre del art. 41 ET-1980). Este primer párrafo del art. 39 ET-80 establecía, por un lado, un límite específico de ejercicio de la facultad empresarial de cambio funcional, siendo la primera vez²⁷⁸ que normativamente se establecería dónde y cómo se debía de emplear el poder directivo de especificación de la prestación laboral; y, por otro lado, realizaba una mención a la pertenencia del trabajador objeto del cambio funcional a un grupo profesional definido en el convenio colectivo de aplicación, conforme a criterios de

²⁷⁸ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...*, cit. pág. 191.

agrupación de una misma idoneidad profesional²⁷⁹. Ahora bien, este art. 39 ET-1980, que ahora con la ayuda que ofrece la perspectiva del tiempo delimitamos en unas líneas, se presentaba ante la doctrinal laboralista, en 1980, como confuso, variado y contradictorio. Veamos, la mención al elemento funcional (grupo profesional) para realizar cambios dentro del mismo.

1) *La ubicación de la regulación del poder de dirección en el capítulo de modificación del contrato.*

Así, por lo que respecta a la ubicación del art. 39 ET-1980 de forma autónoma o independiente del art. 20 ET-1980 y en el capítulo III, del Título I, dedicado a la «*Modificación (...) del contrato de trabajo*». Esta colocación sistemática generó cierta atención doctrinal, por considerarse que con dicha ubicación y bajo dicho rótulo normativo más que dentro del ejercicio del poder de dirección se estaba dando pie a un supuesto más modificativo del objeto del contrato de trabajo (que añadir a los previstos en el art. 23 ET-1980), exigiendo para ello sólo la pertenencia al grupo profesional. Frente a esta inicial apreciación de igualdad de todas las modificaciones de los arts. 39, 40 y 41 ET por encontrarse bajo un mismo Capítulo, se impuso una interpretación más lógica que, sobre la base de una interpretación sistemática y literal del art. 39 con el resto de preceptos, calificó de incorrecta la colocación del precepto. Siendo necesarias una serie de precisiones:

²⁷⁹ En efecto, se trata del grupo profesional de nuevos términos con tendencia a una agrupación de funciones amplias, a modo de categorías de mayores dimensiones y contenido, bajo las cuales se reúnen un conjunto de tareas que muestran una equivalencia profesional clara

Ahora bien, en la D.T. 2ª del ET-1980 —y de manera contradictoria con lo previsto en el art. 39.1 ET— se mencionaba que el grupo profesional de las Ordenanzas laborales (es decir, al grupo profesional en los términos tradicionales [subalternos, obreros, empleados, técnicos y directivos], lejos de cualquier tendencia a una agrupación, ni definido convencionalmente) sería, en todo caso, límite de este tipo de movilidad funcional, con lo cual el límite del grupo profesional como garantía de una cierta equivalencia desaparece, pudiendo el empresario reasignar categorías de lo más dispersas funcionalmente sin necesidad de causa sólo por el hecho de estar ambas bajo el ropaje de un mismo “« »grupo profesional”« »». Es decir, se optaba en el art. 39.1 ET por un tipo de grupo profesional como límite a la movilidad funcional accidental y en la D.T.2ª por otro muy distinto y distante, con la evidente contracción y los problemas de aplicación práctica que ello conllevaba. Así, y salvo defensa de la idoneidad profesional entre las categorías profesionales del «grupo profesional» de las Ordenanzas laborales (el grupo que no agrupa), como requisito derivado del respeto a los derechos profesionales del trabajador y para poder realizar la movilidad, porque de otra manera, con el juego del art. 39 y la D.T. 2ª ET-80 el empresario poseía amplias facultades de movilidad, con capacidad para exigir la realización de profesión u oficio distinto al inicialmente acordado.

— La interpretación sistemática del art. 39 con el resto de preceptos a favor de un cambio funcional que no altera la prestación debida.

Una interpretación acorde entre el art. 39 con el art. 40 y 41 (ambos artículos ubicados igualmente dentro del Capítulo III «*Modificación (...) del contrato de trabajo*»), impide entender que los supuesto del art. 39 ET-1980 puedan suponer una «modificación» del objeto del contrato que, tal y como está configurado legalmente, conlleve menos requisitos legales (únicamente la pertenencia al grupo profesional), en igualdad de causas y circunstancias, que los previstos para las modificaciones de los art. 40 y 41 ET-1980²⁸⁰, por lo que el alcance del art. 39 ET no puede ser el modificar el objeto de la prestación (el *qualitum* prestacional con la enorme trascendencia que ello tiene), ni resulta coherente calificar de igual forma los tres artículos.

Igualmente, una interpretación acorde entre el art. 39 con el art. 50 .1 y 41.3, impide *prima facie* la posibilidad de extinguir el contrato el trabajador por cambios funcionales no sustanciales (los producidos dentro del grupo profesional), al presuponerse legalmente que no causan perjuicio a su formación profesional (art. 50.1) o a sus derechos profesionales (art. 39), ni se produce el daño objetivo o perjuicio que exige el art. 41.3 ET, para una extinción causal a voluntad del trabajo. En definitiva, los supuestos de movilidad del art. 39 ET-1980 el trabajador está obligados a soportarlos — sin perjuicio de su impugnación si considera que no se dan los requisitos legales para producir tales cambios funcionales—.

Finalmente, una interpretación acorde entre el art. 39 con el art. 16.4 ET-1980²⁸¹ obligaba a limitar el ámbito donde realizar el cambio funcional previsto en el art. 39 , y que no es otro que la representación del trabajo determinada inicialmente de mutuo acuerdo entre las partes del contrato. Existiendo un límite indirecto que deberá respetar la movilidad del art. 39 ET-1980 la idea del trabajo convenido (art. 16 ET-1980), y en conexión con esta el respeto de los derechos profesionales del trabajador (art. 35 CE).

²⁸⁰ Sobre esta idea Cruz Villalón, quien señala que la comparación del art. 39 frente al 40 y 41 llevaría al absurdo, pues implicaría una enorme contradicción poder modificar el objeto de la prestación con menos requisitos que los precisos para las modificaciones de las circunstancias de cumplimiento de la misma obligación Cruz Villalón, J., *Las modificaciones..* cit. pág. 53

²⁸¹ Establecía que la clasificación profesional debía realizarse de mutuo acuerdo (paralelo con el actual art. 22.5 TRET-95)

— Una interpretación literal del art. 39 ET acerca el contenido del mismo al que autoriza el art. 20 ET-1980 (poder de dirección), permitiendo incluir dentro de este último precepto los supuestos del art. 39 ET. En efecto, del propio contenido de los cambios funcionales regulados en el art. 39 ET que sólo conducen a la idea de variaciones funcionales que no alteran la prestación debida²⁸² se puede deducir que respetando el límite del grupo profesional estamos ante una facultad directa de movilidad funcional; y ello debido a que la noción legal de grupo profesional (art. 39.2 ET) debe agrupar un «contenido general de la prestación» y este contenido de la prestación ser, a su vez, el propio límite de esa movilidad; con ello se refleja la idea de respeto (en el cambio) del trabajo convenido, lo que —unido al respeto de los derechos profesionales del trabajador en el cambio funcional de los derechos profesionales del trabajador— va a fijarnos la idea de variación no sustancial que respeta la prestación debida.

Centrado el hecho de que el art. 39 ET se encuentra dentro del poder de dirección del empresario y su ejercicio supone, en principio, una variación accidental de la funciones o tareas el trabajador, corresponde ahora profundizar en este marco de la prestación debida dibujada por el art. 39 ET1980. En efecto, por una vía o formulación indirecta el ET-80 reconoce la prestación que es debida por el trabajador, entre la que incluye todas las variaciones funcionales incluidas dentro del trabajo convenido o que no superen el límite objetivo a la movilidad funcional en manos del empresario. En consecuencia, corresponde ahora identificar el trabajo convenido y el límite que establecía el art. 39 ET.

De la lectura del art. 39 ET-1980 la prestación debida es el grupo profesional porque este marca el límite del ejercicio del poder de dirección del empresario en su facultad de determinar constante y específicamente la prestación.

Los cambios funcionales dentro del grupo profesional, cuando éste viene definido en el convenio colectivo de aplicación, y cuando las partes del contrato han asignado dicho grupo como trabajo convenido, es un supuesto que no plantea dudas. Así dicho Grupo profesional asignado es la referencia objeto del contrato de trabajo y el límite de las

²⁸² Ahora bien, esta interpretación amplia y única del poder de dirección (omnicomprensiva y que sólo diferencia los supuestos según los requisitos legales) se encuentra una doctrina que continúa hasta la actualidad y que se inició en 1958 por el profesor Montoya Melgar.

facultades directivas en orden a los cambios funcionales del trabajador —art. 39 ET— serán todas las funciones dentro de su grupo profesional. Ahora bien, el anterior orden lógico planteaba serias dudas en los dos siguientes supuestos: cuando el referente funcional (u objeto del contrato de trabajo) es la *categoría profesional* o cuando el referente funcional es un grupo profesional *no definido* en el convenio colectivo (donde no hay un contenido general de la prestación que unifica a todas las funciones y tareas del grupo, sino que este se limita a ser una «unidad mayor» y a agrupar categorías profesionales diversas). En estos dos supuestos, y para saber si el empresario sigue actuando conforme a las facultades directivas ordinarias encomendando un cambio funcional al trabajador, habría que acudir a los diferentes límites de la movilidad accidental del art. 39 ET-1980. Veamos cómo se establecían los límites a la movilidad en tales supuestos:

— El supuesto de movilidad dentro de un grupo profesional «*no definido*»: los problemas de aplicación del límite del grupo del art. 39 ET

El art. 39.2 ET estableció como límite a la movilidad funcional accidental un concepto global de grupo profesional, expresión legal que debería ser adoptada por la totalidad de la negociación conforme a la experiencia previa de los sectores de producción más avanzados. Sin embargo, la figura que sirve como límite a la movilidad, aunque reclamada, no había sido el referente histórico de lo que se entendía por grupo profesional. La noción de grupo que se manejaba era la prevista en las Ordenanzas o reglamentaciones de Trabajo con una finalidad de sistematización de la gran cantidad de categorías profesionales, a través de su agrupación en unidades mayores (el grupo profesional), en razón a criterios lógicos de semejanza de tareas, nivel de cualificación, titulación. Este grupo profesional, a diferencia de la categoría profesional, no cumplía función alguna de terminación de la prestación debida, por tanto no parece que sea este concepto de grupo profesional el que tuviera en cuenta el legislador para servir de límite a la movilidad funcional accidental, pues la misma imposibilita una identificación propia de grupo profesional, y, por, tanto sin referencia cercana a la prestación debida o la categoría profesional, que pudiera servir como referencia funcional genérica del objeto del contrato sobre el que el empresario tiene la facultad de definir la exacta determinación mínima en cuanto a su especie.

En efecto la cuestión no es meramente terminológica, y así, quienes interpretan la disposición transitoria 2ª en términos literales, de tal forma que el trabajador asignado a

la categoría «Albañil» del grupo obrero deberá realizar cualquier función correspondiente a una categoría de obrero, es especificar más bien poco; supone limitarse casi a afirmar que está obligado a cumplir todas las tareas que se sepan y puedan realizar²⁸³. Con la conclusión práctica que «si ya resultaba muy amplio el poder empresarial de variar las condiciones de trabajo con la facultad del *ius variandi*, con la D.T. 2ª, dada la vaguedad de su redacción los poderes empresariales aumentan considerablemente²⁸⁴, No ya es que no se respeta el puesto de trabajo sino tampoco la categoría ni el propio concepto de grupo profesional estatutario o legal. El trabajador, dentro del concepto de grupo profesional de las Reglamentaciones laborales, se convierte en un Todo terreno.

Varios son los apoyos jurídicos para rechazar la ampliación tan amplia de las facultades de movilidad empresarial de forma tal que cubra a todas las categorías de uno de los grupos profesionales clásicos en base a la previsión de la disposición transitoria segunda²⁸⁵. Ya sea porque se elude indirectamente el precepto constitucional de libertad de elección de la profesión u oficio (art. 35 CE) en tanto que se considere que el empresario, posteriormente y en Función del art. 39 E.T.: posee facultades tan amplias de movilidad, con capacidad para exigir la realización de profesión u oficio distinto al inicialmente elegido²⁸⁶. De tal forma que aunque sea un nuevo límite legal específico (e indirectamente uno de los ámbitos de ejercicio, quizás el más amplio, hasta la aparición en 1994 de la equivalencia profesional) del poder de dirección en el aspecto funcional, precisa contemplarse con otros límites²⁸⁷, y hacer una interpretación correctora de los excesos en su aplicación.

²⁸³ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. pág. 56

²⁸⁴ *Ibidem*, cit. pág. 57

²⁸⁵ Esta disposición transitoria segunda del ET de 10-3-1980 obligaba a estar, en cuanto a la definición del grupo profesional, a lo dispuesto en las ordenanzas, mientras no se pactase sobre la materia a través de los convenios colectivos, y, como quiera que las ordenanzas regulaban grupos profesionales muy amplios, la doctrina jurisprudencial elaboró una serie de límites al ejercicio libre del empresario en tan amplio grupo profesional, que de modo que la movilidad funcional interna no estaba únicamente limitada por el no desbordamiento del ámbito del grupo profesional (del art. 39 ET o de la D.T. 2ª ET), sino de unos requisitos adicionales que garantizasen la accidentalidad de la movilidad funcional.

²⁸⁶ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. pág. 57

²⁸⁷ Tal es lo que señalan los tribunales ante la contradicción legislativa (art. 39 y DT2ª) y citando los derechos profesionales del trabajador como base jurídica (art. 39 ET); así, por todos, la STSJ Galicia 7/06/96 (AS 1996\1770) señala el requisito o el límite complementario de la equivalencia profesional para garantizar una correcto ejercicio de la movilidad funcional dentro del grupo profesional de las reglamentaciones laborales. Pero, por lado, supondrá que una vez eliminada dicha contradicción, es decir, una vez derogada la D.T. 2ª se aplicaría el único límite legal con todas sus consecuencias (el grupo profesional del art. 39 ET), Así lo señala la STSJ de Castilla la Mancha de 3/09/98 (AS

— La movilidad funcional accidental cuando en el sistema de encuadramiento basado en la *categoría profesional*: la puesta en juego de otros límites a la movilidad diversos del grupo profesional

En este caso, nos encontramos que no hay datos en el art. 39 ni en la D.T.2ª ET-80 para aplicar el límite del grupo profesional, pues éste está previsto como medida favorecedora de la movilidad funcional para el caso de negociación colectiva de un sistema de encuadramiento con base en el grupo profesional (sea este definido o no). En efecto, en el supuesto de sistemas de encuadramiento por categorías profesionales en las que no existe un referente al grupo profesional el límite de la movilidad lo constituye la propia prestación debida que, en este caso, viene determinada por todas las funciones de la categoría profesional; quedando ésta como factor de máxima importancia en el ejercicio de la movilidad funcional accidental.

Aunque luego se insistirá en esta idea, al objeto de configurar este tipo de movilidad como un supuesto de movilidad dispositivizado del art. 39 ET-80 y, por consiguiente, sometido al régimen jurídico general para el poder de dirección del art. 20 ET-80, interesa ahora indicar, en este apartado dedicado al origen y causas de la positivación de la movilidad funcional en el art. 39 ET-80, que en estos supuestos de sistema de clasificación por categorías profesionales donde no hay referencia al grupo profesional ni una flexibilidad en las formas organizativas (negociación del grupo profesional como sistema de encuadramiento) que tampoco hay una necesidad que el ordenamiento jurídico reconozca a esos ámbitos nuevos instrumentos flexibles de regulación como puede ser la movilidad funcional dentro del grupo profesional.

1998/6890) al señalar que: “..Actualmente hemos de tener en cuenta que, desaparecida la prevención de la disposición transitoria segunda del ET, y derogadas las Ordenanzas Laborales por la Ley 11/1994 no hay razón que permita desconocer el mandato del art. 39.1. ET...”.

Por ello, como se verá más adelante, el legislador consciente de este problema introdujo otro límite —el más subjetivo— al poder de dirección funcional, extraído de un límite a la movilidad configurado por la jurisprudencia como es el de las categorías profesionales equivalentes, precisamente aplicable cuando falta definición de grupo profesional. Así lo resume la STSJ de Aragón de 17/01/00 (EDJ 2000/3209) “..como quiera que las ordenanzas regulaban grupos profesionales muy amplios, la doctrina jurisprudencial elaboró el concepto de «categoría profesional equivalente», de modo que la movilidad funcional interna no estaba únicamente limitada por el no desbordamiento del ámbito del grupo profesional, sino que como requisito adicional se exigía la equivalencia de funciones o categoría entre los puestos de trabajo..”.

2) *Las exigencias de renovación del sistema de clasificación profesional resueltas por nuevas instituciones de la movilidad del art. 39.1 ET.*

Para entender los nuevos instrumentos legales del ET-1994 en relación a las condiciones de ejercicio de la movilidad funcional y el *ius variandi* se debe partir de las renovadas exigencias de renovación del sistema de relaciones laborales de comienzos de los años 90, y en particular de la crisis económica de 1993, caracterizado por la presión de los cambios en la empresa de todo tipo (en especial los de carácter tecnológico) y por la intensificada competencia en el campo internacional, ante el cual sino se reducían los límites a la acción gerencial sobre la movilidad se produciría un perverso efecto boomerang²⁸⁸ y sin reflexionar sobre otras medidas legislativas alternativas²⁸⁹.

Estas exigencias de renovación se expresan en la propia exposición de motivos de la Ley reformadora (Ley 11/1994), si bien bajo una visión de la crisis focalizada en la falta de flexibilidad interna como factor determinante para afrontar la reforma del mercado de trabajo, remontar tal situación²⁹⁰ y evitar la reducción de plantillas²⁹¹.

En esta reforma laboral de 1994 que introduce una regulación más flexible con la intención de reconocer como un hecho consumado el nuevo límite de la movilidad funcional a falta de definición del grupo profesional en el convenio colectivo o para los sistemas de encuadramiento por categorías profesionales (Este límite será la categoría

²⁸⁸ Según, Conde Martín de Hijas, una política social que prime en extremo el valor de la estabilidad de las condiciones de trabajo, lograda en estadios legislativos anteriores, lleva al precio de arriesgar la subsistencia de la empresa. Esa política social podría traicionar a la postre el mismo objetivo de tutela social que pretende conseguir (Conde Martín de Hijas, «Clasificación profesional...» cit., pág. 226)

²⁸⁹ En efecto no consideraba otras condiciones o factores que están en manos de la dirección gerencial de la empresa (como la descapitalización en medios y en la gerencia competente de la empresa, la falta de tecnología e inversión en capital humano y formación para ser más competitivos, como métodos para competir por calidad-productividad y no sólo por coste laboral unitario) Para un estudio de estos factores, Ureste Garcia, C. R., «La movilidad funcional» en Bodas Martín, R., (coord.) *El poder de dirección del empresario* Ed. Ibídem. Madrid 1997. pág. 24 y ss.

²⁹⁰ Para un exhaustivo estudio de los elementos ideológicos que se plasmaron en la reforma laboral de 1994, véase, Martínez Abascal, V.A., *La Nueva regulación de la movilidad funcional* Aranzadi 1996 págs. 23 a 31.

²⁹¹ En un documento del CES para abrir el debate sobre la reforma laboral se indicaba “... restricciones a la movilidad que, lejos de defender el empleo, termina por incrementar los índices de rotación, ya que, en cualquier caso, el empleador cuenta con la posibilidad de sortearlos recurriendo al doble expediente de apelar a los instrumentos de «salida» (los despidos) y proceder a la contratación de otros trabajadores en nuevas condiciones que –dentro de la ley— entienda asumibles y adecuados a sus requerimientos...” (párrafo citado por Fabregat Monfort, *El régimen jurídico de la movilidad.. cit.* pág. 53)

profesional equivalente) o, la eliminación del límite específico de los «derechos profesionales» como límite definitivo al poder de dirección empresarial.

Amparada bajo este contexto (patente necesidad de contar con instrumentos legales con los que poder adaptar la prestación a las demandas y necesidades de la empresa)²⁹², la reforma laboral de 1994 va a utilizar la técnica flexibilizadora de los institutos y normas laborales, ya desde el ingreso al trabajo (polivalencia funcional como clasificación de mutuo acuerdo y categorías profesionales equivalentes como referente para enriquecer las categorías profesionales) como también una mayor facilidad para adaptar dicha prestación a la variación de las necesidades (con la ampliación del propio contenido de los cambios funcionales regulados en el art. 39.1 ET que, aunque sobrepasando el referente de la categoría profesional, conduce a la idea de variaciones similares a la prestación debida. dada la definición legal de categorías profesionales equivalentes, límite a la movilidad funcional ordinaria en un sistema de clasificación por categorías profesionales, que pivota sobre la aptitud profesional contratada, permite, que bien interpretada y utilizada, enlazar directamente con la idea del mantenimiento de la cualificación y, en consecuencia, con la idea del trabajo inicialmente convenido).

El legislador de 1994, pues, optó por ligar directamente el poder de variación del contrato de trabajo a la posición contractual activa que ocupa en el mismo el empresario. De esta nueva posición contractual pueden extraerse tres conclusiones²⁹³: en primer lugar, que las únicas condiciones de trabajo objeto de modificación por voluntad unilateral del empresario son aquellas que tienen un carácter contractual, con independencia de su origen en un acuerdo, sea éste expreso o tácito, individual, plural o colectivo; en segundo término, que la intervención de los representantes de los trabajadores se sitúa en términos de equilibrio, por cuanto no pueden impedir que el empresario ejecute su decisión modificativa; por último, la solución legislativa significa que habrá que situar en el contrato de trabajo la fundamentación jurídica de los poderes de variación empresarial.

²⁹² En este contexto, y partiendo de la de la idea de la exposición de motivos núm. 3 de la Ley 11/1994 de que «es quizás en el desarrollo de las relaciones laborales donde la necesidad de la flexibilidad se hace más patente», se incorpora al ET «una definición más flexible, ya desde el ingreso al trabajo, del contenido de la prestación laboral pactada y una mayor facilidad para adaptar dicha prestación a la variación de las necesidades...»

²⁹³ Pérez de los Cobos Orihuel, F., «La denuncia modificativa y el principio de condición más beneficiosa», *Actualidad Laboral* núm. 21/1996, pág. 415

3) *La forma utilizada por el legislador para la introducción de los nuevos ámbitos de movilidad del art. 39.1 ET.*

Tras la reforma del ET-1980 por la ley 11/1994,²⁹⁴ la disposición adicional 7ª de la ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, renovando una anterior autorización delegativa decaída por vencer el plazo para llevar a cabo el texto refundido, autorizó al gobierno a realizar un nuevo texto refundido del ET, que fue realizado en tiempo y sin aclaración ni armonización de texto legal alguna dada la estricta autorización, meramente regularizadora de la ley 42/1994..

En lo que ahora nos interesa, el mandato regularizador se concreta en una sistematización de la materia relativa a la clasificación profesional²⁹⁵ y movilidad funcional²⁹⁶ en el nuevo texto del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores. y así, la unificación de todas las clases de movilidad funcional dentro del art. 39 del ET-94 al objeto de solventar la evidente contradicción de los arts. 23 y 39 del ET-80 se mantienen en el TRET²⁹⁷. Sin embargo el TRET sigue encuadrado a su vez dentro del capítulo iii (cuyo rótulo es: modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo) el art. 39, con lo que se mantiene con vigencia la crítica efectuada al ET-80 sobre la ubicación de todos los tipos de movilidad funcional dentro de ese capítulo dedicado a la modificación del contrato de trabajo²⁹⁸, error técnico del legislador que se puede salvar con una interpretación

²⁹⁴ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

²⁹⁵ Siguiendo la descripción que realiza Martínez Abascal: “el contenido sobre clasificación profesional del art. 16 ET-80.. “ se traslada al nuevo número 5 del artículo 22 TRET que es el precepto destinado a la regulación del sistema de clasificación profesional (Martínez Abascal, V.A., *La Nueva regulación de la movilidad funcional* Aranzadi. 1996. pág. 35.)

²⁹⁶ El ET-94 incluyó en el art. 39.2 ET el contenido del art. 23 ET que regulaba los cambios de categoría, con los límites a los cambios a categoría inferior únicamente justificados: «por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva del empresario», debiendo ser temporal «por el tiempo imprescindible».

²⁹⁷ Esta contradicción origen de la doctrina judicial de la equivalencia funcional o categorías indeferenciadas o en el mismo nivel del grupo profesional (por todas, las iniciales Sentencias del extinto TCT de 17/11/86 y del TS de 15/03/1990).

²⁹⁸ Reproduciendo la crítica al art. 39 del ET-80, válida igualmente para el TRET, la primera dificultad interpretativa se nos presenta desde el instante en que se quiere considerar que el artículo en cuestión regula aquella movilidad funcional que no afecta a los términos esenciales del contrato. La incoherencia viene de la mano de la colocación sistemática del

sistemática del núm. 1 del art. 39 TRET con el resto de preceptos del mismo capítulo, debiendo entenderse que, por un lado la modificación del objeto del contrato de trabajo deberá realizarse con los requisitos especiales que para realizar el cambio sustancial de las materias que prevé el art. 41 ET, y por otro lado, que el ámbito del cambio funcional del núm. 1 del art. 39 ET al estar referido y limitado al grupo profesional y a la categoría profesional equivalente funcional está directamente relacionado con la idea de la prestación debida y la no alteración del trabajo inicialmente convenido²⁹⁹.

Por último el TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no tiene pretensiones de «Código de Trabajo», que lo deja para una futura labor de recopilación legislativa (D.A. 8º), sin embargo posee las señales o evidencias de todas las leyes reformadoras laborales, con su valor estrictamente básico dentro del sistema de relaciones laborales, aunque el TR no pasa de encabezar un ordenamiento positivo como es el del Derecho del Trabajo que, para ser completo, precisa del auxilio de otra multitud de normas (Reales Decretos-Ley, Reales Decretos) con que necesita completarse y coordinarse.

4) *El ajuste del ámbito de movilidad del art. 39 ET con posterioridad a la reforma de 1994*

El art. 39.1 TRET-95: Las reformas de 1997 y 2001. Una vez que la reforma de la negociación colectiva (años 1997 y 2001) ha procedido a la cubrir los vacíos de cobertura convencional tras la pérdida de vigencia de las Ordenanzas Laborales y con ello de dotar a esos sectores de actividad de un sistema de clasificación profesional, la movilidad funcional se ejercita en dicho ámbito conforme al parámetro delimitador base del ámbito de actuación de la movilidad (el grupo profesional)³⁰⁰

precepto dentro de la sección primera del capítulo III del ET. Con ello se está atribuyendo a esta movilidad un efecto modificativo del contrato de trabajo, calificación que impediría hacer uso de la disposición para configurar la prestación debida (Cruz Villalón, J., *Las modificaciones..* cit. pág. 52-53)

²⁹⁹ Esto último, claro está, referido a la categoría profesional equivalente, sólo es posible desde un plano que entienda la nueva determinación flexible de la prestación debida, de tal forma que sin destruir los mecanismos de determinación de la prestación laboral permita encuadrar dentro la misma el desbordamiento de la categoría profesional como el objeto del contrato y límite a la movilidad funcional y su sustitución por la idea de la aptitud profesional contratada, desde una determinación flexible bien entendida en el respeto de los derechos profesionales del trabajador y con garantías en la intercambiabilidad de las categorías que se indican equivalentes.

³⁰⁰ Para un comentario sistemático sobre el proceso de cambio en esta materia por el legislador de 1994 y su recepción por la negociación colectiva de 1997, véase, Casas Baamonde, M.E., «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva» En *Las Reformas laborales de 1994 y 1997.* (coord.. Rojo Torrecilla) Marcial Pons. Madrid. 1998. 214

Las sucesivas reformas laborales que afectan a la movilidad funcional van en la línea de consolidar la reforma de 1994, pero buscando el consenso o aceptación social que no obtuvo ésta; para lo cual no se duda en realizar las rectificaciones parciales precisas para ello³⁰¹, resultado ser reformas legales que son refrendo legal de acuerdos con declaraciones conjuntas de los agentes sociales al gobierno con motivo de la adopción de los mismos. El mecanismo formal es una norma legal, pero el fondo es un acuerdo interconfederal. Y no puede ser de otra manera si se tiene en cuenta el robustecimiento del «status quo» de la negociación colectiva que, como la otra cara de la moneda, introdujo la reforma laboral flexible de 1994; siendo la negociación colectiva el mejor vehículo para lograr la adaptabilidad del derecho del trabajo al marco económico los acuerdos colectivos.

Recalqué que el legislador de 1994 resaltaba el papel de la negociación colectiva. La exposición de motivos y la modificación de varios artículos al objeto de establecer mayores relaciones de colaboración del Convenio con el Estatuto así lo reflejan. Pero en materia de movilidad funcional el juego permitido a la negociación colectiva era la acotación —a través de la regulación de cláusulas en los convenios colectivos— de idoneidad y aptitud profesional para la realización de la movilidad funcional en el seno de la empresa; requisitos de idoneidad y aptitud en la movilidad que concuerdan con la acotación y precisión del sistema de clasificación profesional³⁰².

En efecto, en el ACV —y los posteriores AINC— se señala que la movilidad funcional se realizará «ejerciendo como límite para la misma, lo dispuesto en los artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores». Hay, en efecto, una remisión a los esquemas de movilidad funcional establecida por la reforma de 1994 y una profundización en la regulación del encuadramiento profesional. En este sentido, los Acuerdos Interconfederales señalan dos aspectos importantes. El primero, relativo al sistema de clasificación profesional, busca completar (y acabar) el proceso de sustitución de las ordenanzas laborales, cuyo término también se realizó en la reforma de 1994, con un acuerdo de cobertura de vacíos que defina el grupo profesional como

³⁰¹ Como señala Palomeque, “...los actuales reformadores profundizan decididamente en determinados contenidos de la reforma anterior, para rectificar las soluciones normativas adoptadas entonces y mejorar así la regulación correspondiente..”. (Palomeque López, M-C., *La reforma laboral de 1997* Guía práctica para su aplicación. Praxis. Barcelona. 1997. pág. 18)

³⁰² Es ejemplo de esta precisión aplicativa el Convenio de Tejas , ladrillos y Piezas especiales de arcilla cocida (BOE 23/7/1997)

elemento de clasificación profesional y establezca la movilidad funcional dentro de él de acuerdo con la equivalencia y la cualificación profesional contratada del trabajador. Bajo el rótulo de «*estructura profesional*» se encuadran las materias relativas a la clasificación profesional, factores de encuadramiento, movilidad funcional y grupos profesionales –art. 6 a 9 y anexo II—, sobre «ejemplos de los distintos grupos profesionales», donde realiza unas menciones adicionales clarificadoras e innovadoras³⁰³, de tal forma que se apunta un concepto jurídico más estricto que el genérico de grupo profesional.

El segundo aspecto, relativo a la movilidad funcional, se encuentra regulada en el art. 8 del ACV junto a la reproducción de las reglas legales sobre movilidad (art. 39 ET), se circunscribe la movilidad funcional ordinaria a aquellos trabajos y tareas que forman parte del contenido general de la prestación³⁰⁴, y, por consiguiente, sin que las divisiones funcionales dentro del grupo profesional impidan, sin embargo y por ellas mismas, la movilidad funcional entre las tareas del grupo profesional, puesto que el límite no son los subgrupos o áreas funcionales que se puedan definir en los convenios colectivos, sino «lo dispuesto en los artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores» (ACV), o, como señala el AINC, «la idoneidad y aptitud necesaria para el desempeño de las tareas que se encomienden al trabajador en cada puesto de trabajo». Insistiendo en el referido ámbito de movilidad se pueden señalar las siguientes consideraciones adicionales sobre su regulación³⁰⁵:

- al tiempo que se advierte que las «divisiones funcionales» dentro del grupo profesional en áreas o subgrupos, por sí mismas, no suponen un obstáculo a la movilidad funcional, puesto que el marco general de referencia es el grupo profesional y no la división. (núm. 2 art. 8), se indica que para la mejor idoneidad del trabajador al trabajo encomendado –se entiende fuera del área o subgrupo—, si ello fuera necesario, se llevará a cabo «previa realización (..) de procesos simples de formación y adaptación». Tales procesos de formación son similares a los «procesos simples de

³⁰³ Seguimos el análisis de estas referencias adicionales que realizan los profesores, Albiol, Camps, Goerlich, para quienes no son más que reiteraciones de las reglas legales o de aspectos ya tratados en el ACV en otros apartados (Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., Goerlich Peset, J.M^a *La reforma laboral de 1997* Tirant lo Blanch. Valencia 1997 pág. 140)

³⁰⁴ El ACV establece en el aptdo. 2 del art. 8 que la movilidad «se producirá dentro del grupo, con el límite de la idoneidad y aptitud necesaria para el desempeño de las tareas que se encomienden al trabajador en cada puesto de trabajo, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos simples de formación y adaptación».

³⁰⁵ Valle Muñoz, F.A., *La Movilidad funcional del trabajador...* cit. pág. 184.

formación o adaptación» previstos en el art. 22.3 ET para el cambio entre categorías profesionales equivalentes, con lo que, además de poder emplear en este caso de movilidad dentro del grupo profesional las reglas que la jurisprudencia y la doctrina han señalado a dichos procesos formativos en las categorías profesionales equivalentes, nos indica la preocupación de los agentes sociales por garantizar una efectiva idoneidad del trabajador a las nuevas tareas que se le encomienden incluso aunque éstas, por estar dentro del grupo profesional, en principio o teóricamente agrupan un mismo contenido general de prestación para una misma titulación y aptitud profesional.

- se recomienda a quienes negocien el establecimiento de precisiones al respecto de la información y consulta (con el establecimiento de procedimiento «ad hoc» para ello) o para resolver discrepancias (núm. 4 art. 8). Esta previsión se contiene también en el AINC, como se verá.

Por su parte, el AINC, para procurar aprovechar al máximo la capacidad y competencia para obligar de los distintos interlocutores sociales, procede a realizar una articulación de la negociación colectiva reservando esta materia de la movilidad funcional (al igual que la estructura profesional de los trabajadores) a la convenios nacionales de rama de actividad³⁰⁶, puesto que, aun siendo materias de derecho necesario, «los convenios colectivos podrán establecer precisiones al respecto, instrumentos de información y consulta, según los casos, así como procedimientos para resolver las discrepancias, teniendo en cuenta a este respecto lo previsto en ASEC».³⁰⁷

Señalábamos al inicio de este capítulo como la negociación colectiva en la actualidad respeta y se sujetan a la determinación del objeto contractual de las partes del contrato y del art. 39 ET-95, siendo ejemplo de ello el ACV que cuando dibuja ámbitos funcionales inferiores al grupo profesional (por ejemplo señalando divisiones funcionales de mayor similitud profesional dentro del grupo profesional) se lleva a cabo sin limitar el ejercicio de la movilidad funcional del empresario cuyo ámbito se mantiene en el grupo profesional y no en la división funcional reseñada.

³⁰⁶ Palomeque López, M-C., *La reforma laboral...* cit. pág. 56.

³⁰⁷ Martínez Abascal, V-A. «El acuerdo sobre cobertura de vacíos (III): Sistema de clasificación profesional y movilidad funcional». En *la reforma del marco normativo del mercado de trabajo y formación. II. jornadas melillenses de Dº del Trabajo y Seguridad Social*. J.L. Monereo Pérez (coord.)

Las razones de ello pueden estar en que el signo de la intervención de los agentes sociales es, por parte de los representantes de los trabajadores, la protección de la tutela dinámica de la profesionalidad y no solo estática, de tal forma que se da por buena una delimitación de los ámbitos de similitud profesional a través de áreas o subgrupos a cambio de permitir al empresario una movilidad funcional, en su caso, en todo el grupo profesional³⁰⁸; y, por parte de la representación empresarial, permitir la identificación de la similitud profesional de las áreas profesionales siempre que en todo caso el ámbito de ejercicio de la movilidad funcional sea el grupo profesional en su conjunto. igualmente, se pueden sopesar otras razones: como el carácter normativo del art. 39 ET³⁰⁹, como los límites que el art. 35 CE establece a la negociación colectiva, o como ésta tiene como indisponibles los derechos ya adquiridos de los trabajadores por contrato de trabajo o afectan su esfera personal³¹⁰.

1.2.2 *Los rasgos destacados de los instrumentos legales para hacer frente a la nueva exigencia de movilidad funcional*

Con base en lo expuesto hasta ahora, es evidente la existencia de una serie de rasgos en el régimen legal descrito, donde se muestra a lo largo de los años una apertura,

³⁰⁸ Como experiencias negociadoras, en este sentido, véase: el II Acuerdo Estatal sobre Materias Concretas y Cobertura de Vacíos (BOE de 13/02/2006) siendo sustitutivo de la Ordenanza Laboral de Construcción, Vidrio y Cerámica, sirviendo de referencia para las nuevas y futuras negociaciones colectivas que se realicen, y constituyendo derecho supletorio de primaria aplicación, respecto de las materias que regula, en ausencia de norma aplicable derivada de la autonomía colectiva en el ámbito legal que le corresponda en las materias clasificación profesional, movilidad funcional y geográfica, promoción de los trabajadores, estructura salarial, tiempo de trabajo y código de conducta, en cuyo Título VII dedicado a la movilidad funcional, después de reproducir el art. 8 del ACV, señala en su apartado cuarto que «Aún siendo una materia de derecho necesario y considerando que las decisiones empresariales pueden afectar individual, plural o colectivamente a los trabajadores, los convenios colectivos podrán establecer precisiones al respecto, instrumentos de información y consulta, según los casos, así como procedimientos para resolver las discrepancias, teniendo en cuenta a este respecto lo previsto en el ASEC en materia de mediación y arbitraje». Véase, igualmente, acuerdo sobre el texto refundido de las normas sustitutorias de la Ordenanza de Trabajo en las Embarcaciones de Tráfico Interior de Puertos, según lo previsto en el Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 28 de abril de 1997 (BOE de 22/05/2001).

³⁰⁹ véase supra apartado a) Carácter normativo del art. 39 ET y límites convencionales

³¹⁰ Así, las materias no negociables parecen hacer referencia a cuanto escapa absolutamente a la competencia colectiva por pertenecer a otro ámbito —por ejemplo la autoridad de las instituciones públicas o la capacidad jurídica de los individuos—, véase, sobre esta idea, Ojeda Avilés, A., «Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la Ley» en *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva: la reforma laboral de 1997* (coords. Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Re, Casas Baamonde). Madrid Tecnos 1998 pág. 296

flexibilización y modernización funcional del régimen de la movilidad funcional, ya sea en la amplitud de los supuestos encuadrables en los términos de «grupo», ya sea en el abanico de consecuencias derivables de movilidad accidental en el marco de un grupo definido o no convencionalmente, ya sea en el concepto de movilidad a falta de definición de grupo profesional.

Los cambios legislativos experimentados en el art. 39 ET suponen la adopción de nuevas soluciones técnico-jurídicas para la solución de conflictos que se producen en materia de movilidad funcional accidental (o descausalizada) con la crisis del modelo de producción de los años 80 y la crisis de empleo de los años 90, intentando resolver el conflicto de intereses de base entre el empresario y el trabajador —y a nuestro juicio conflicto de contornos variables según el contexto productivo— y que se manifiesta en los siguientes términos: frente a la máxima determinación de la prestación debida por el trabajador o, al menos su determinabilidad conforme al programa prestacional inicialmente acordado, se halla el interés empresarial por la mayor abstracción funcional con el fin de aumentar la disponibilidad del trabajador. De esta manera en aquellos momentos (comienzos de los 80 y de los noventa), la modificación del régimen jurídico de la movilidad funcional era el instrumento a modificar para resolver de una forma flexible (acorde con las situaciones descritas) ese conflicto entre determinación o determinabilidad de la prestación por parte de los trabajadores y disponibilidad de la prestación por parte del empresario. Así, la movilidad funcional intenta resolver ese conflicto durante el desarrollo de la relación laboral, mientras que el régimen de la clasificación profesional lo intenta resolver en el momento de la estipulación contractual³¹¹.

Nuevas soluciones flexibles para disponer de la fuerza del trabajo en el desarrollo de la prestación laboral que no pueden ser juzgados con delicadeza, siendo preciso extraer una serie de rasgos comunes de esta regulación del art. 39.1 ET, que pasamos a enunciar a continuación³¹²:

-Son instrumentos o mecanismos que introducen la flexibilidad la relación laboral, pues logran aumentar el espacio o marco de la disponibilidad de la fuerza de trabajo

³¹¹ Valle Muñoz, F.A., *La Movilidad funcional del Trabajador en la empresa.*, CES 1998, pág. 148

³¹² Rodríguez de la Borbolla, J. *De la rigidez... cit* pág. 27

(tiempo, modo, forma), estando a disposición y vinculada a la demanda organizacional de la empresa.

-En cuanto a la forma de la regulación de la movilidad funcional, ésta traslada el eje de la regulación del contrato de trabajo y las ordenanzas para ser el legislador el que encauce las soluciones jurídicas

-Se positivizan parámetros que señalan los límites entre la accidentalidad y sustancialidad de la modificación. Sin esta configuración legal específica de los límites, y por consiguiente del ámbito de ejercicio de la movilidad funcional, de la movilidad funcional ordinaria o descausalizada, se estaría ante lo que con anterioridad se denominaba un supuesto de movilidad funcional vertical, puesto que se sobrepasa la categoría profesional, la cual con anterioridad al art. 39.1 ET era el límite objetivo inquebrantable, salvo situaciones de crisis.

-Se refuerza indirectamente la autonomía de la negociación colectiva para fijar el sistema de clasificación profesional y en concreto un determinado sistema de clasificación profesional: el grupo profesional definido por el convenio colectivo como instrumento de encuadramiento que mejor define y garantiza el desarrollo profesional y facilita la movilidad funcional accidental ya desde el mismo momento de la estipulación contractual, actuando el legislador en caso contrario, ya sea con el ejercicio dentro del ámbito del grupo profesional de las Ordenanzas laborales (D.T. 4 ET-1980) ya sea con la noción de categorías profesionales equivalentes

En efecto, y por lo que respecta al ET-80, en este régimen normativo, se produjo una ampliación importante de las facultades directivas de movilidad funcional. Por ello, el modo de encajar la nueva movilidad con el resto de institutos jurídicos del estatuto era con una interpretación sistemática y acorde con los derechos profesionales del trabajador, interpretación posibilista que la jurisprudencia realizó en interés de ambas partes del contrato y de la conservación de los contratos, a través de la figura de la *equivalencia profesional*. Con este concepto jurisprudencial se puso en marcha una vía indirecta de permitir la movilidad funcional del ET-1980 dentro del conjunto de instituciones jurídicas que no estaban adaptadas para permitir los efectos modificativos revolucionarios del art. 39 ET-1980. Ahora bien, en la práctica, todo estaba vinculado a clasificación profesional negociada colectivamente, puesto que otro caso, se aplicaría la disposición transitoria 2ª de ET-1980 que establecía que, a los efectos de la definición

de grupo profesional a que se refiere el artículo 39, se estará a lo dispuesto en las ordenanzas, mientras no se pacte sobre la materia, a través de los convenios colectivos. Esta norma transitoria, con afán motivador, sin embargo, se convirtió, prácticamente hasta 1997, en norma común en muchos sectores de actividad, en los cuales o no se pactó o se pactó el sistema de clasificación en iguales términos que hacía la ordenanza laboral.

Como resumen, el modelo y criterio del ejercicio del poder de dirección se recoge en el art. 39.1 ET (no el 20 ET), con mayor amplitud en su ejercicio por el empresario que con anterioridad, pero también con los controles y criterios legales allí expresados. En otras palabras la positivación del poder de dirección estableció el dónde y cómo de la movilidad funcional ordinaria (criterio del grupo profesional definido) .

1.2.3 La valoración de los instrumentos legales para hacer frente a la nueva exigencia de movilidad funcional.

Tras efectuar un recorrido por las regulaciones del art. 39ET, es posible obtener una serie de rasgos comunes, que pasamos a enunciar a continuación³¹³:

En primer lugar, y sobre las nuevas soluciones técnico-jurídicas del art. 39.1 ET en 1980 y 1994 habría que insistir en que no tiene un único significado de ampliación del poder de dirección hasta facetas no amparadas por el contrato de trabajo, puesto que la valoración no puede ser hecha sólo con base a la valoración de los criterios y límites previos al Estatuto; como tampoco valorar positivamente la flexibilidad que el art. 39.1ET prevé, otorgándola un poder que directamente no posee: flexibilidad y resultados en la lucha contra el paro³¹⁴. La valoración y la significación de la reforma son plurales. No atiende solo a los intereses del empresario, sino también a los de un trabajador interesado en aumentar su cualificación profesional, distanciado de la garantía de la inamovilidad funcional de otros tiempos, y con un interés en la movilidad que está acorde con su programa de prestación inicial, y por una regulación estatutaria que proteja de un modo dinámico (es decir, protección y garantía en cada una de las

³¹³ Rodríguez de la Borbolla, J. *De la rigidez...* cit 144

³¹⁴ Dicha valoración positiva en, Sagardoy Bengoechea, J.A., «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral» en VVAA, *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* Madrid. 1990.

diferentes etapas, puestos y áreas funcionales que vaya ocupando) su profesionalidad e indirectamente en el mantenimiento del empleo.

En segundo lugar, el hecho que el art. 39.1 ET ofrezca un mayor campo de actuación al poder de dirección funcional de la de otras manifestaciones del poder de dirección (geográfica)

En tercer lugar, la regulación legal del art. 39.1 ET se ha visto completada en su última fase (años 1997 y 2001) por la llamada a la negociación colectiva para implementar la nueva movilidad funcional flexible, entendiendo el legislador que la flexibilidad no tiene que significar *desregular*, sino dotarse de nuevos instrumentos legales y/o de la autonomía colectiva que permitan, en las diferentes relaciones posibles (colaboración, subsidiariedad y complementariedad), resolver el conflicto entre los intereses del empresarios/trabajadores en materia de movilidad funcional. Lo anterior explica los hechos normativos acaecidos, así, en un primer modelo de flexibilidad, el legislador de 1980 introduce con el Grupo profesional el concepto, el alcance y el límite a un tipo de movilidad funcional, sobre éste elemento de encuadramiento giraba la movilidad funcional y el sistema de clasificación profesional presuponiendo que se estaba actuando con un elemento plenamente asumido o en vías de asunción por la autonomía colectiva. El control judicial de los poderes empresariales de movilidad funcional en base al art. 39.1 ET-80 dio cuenta del fracaso de dicho planteamiento o modelo de flexibilidad único o legal. En efecto, la jurisprudencia creó el concepto de equivalencia profesional para limitar los excesos o desequilibrios de los distintos intereses en conflicto en el área de la movilidad funcional donde no existía, por la negociación colectiva, una definición de grupo profesional. El legislador de 1994 vuelve a equivocarse en el planteamiento de la reforma, puesto que vuelve a regular la flexibilidad de un modo unilateral, con la introducción de la noción y la movilidad funcional dentro de las categorías profesionales equivalentes en una interpretación legal de la doctrina jurisprudencial correctora ya comentada. No es hasta los años 1997 y 2001 cuando contempla un nuevo modelo de regulación «plural», porque el legislador no es el único interesado en la reforma del sistema de movilidad funcional, concediendo el legislador un papel significativo a la autonomía colectiva para la implementación de la movilidad funcional.

En cuarto lugar, respecto al equilibrio en los intereses de ambas partes, el espacio de actuación dejado a la autonomía colectiva en supuestos de huída del legislador es

siempre mayor, de ahí que surgiera el control judicial y el concepto de equivalencia profesional para limitar los excesos de la movilidad funcional del art. 39.1ET, pero igualmente se ha llamado la atención sobre las vías «contactualistas» para, en base a los principios del contrato de trabajo, limitar los excesos del poder de dirección en su faceta movilidad funcional acausal³¹⁵. O también denominada flexibilidad contractual, cuya función se ciñe a delimitar la actuación las partes del contrato respecto del ordenamiento laboral flexible en el que deben desenvolverse su relación contractual, y por la cual, los sujetos de la relación laboral bien la modulan —al aplicar la normativa flexibilizadora en el marco de la relación contractual—³¹⁶, o bien la inaplican —escapando formalmente de su ámbito—³¹⁷.

En resumen, debido al interés de regular y generalizar situaciones nuevas para los contratantes o no previstas por el contrato de trabajo (si se realizó en 1980 era para incluir el grupo profesional, si se hace en 1994 para incluir la categoría equivalente) todo ello ha inclinando el fiel de la balanza en pro de la movilidad, al ampliarse los límites en que ésta puede operar y al introducirse nuevos institutos (como la movilidad entre categorías equivalentes) facilitadores de dicha facultad organizativa, en interés en principio preponderante del empresario pero igualmente beneficioso para la cualificación dinámica del trabajador y para una potenciación del grupo profesional —y las subáreas profesionales dentro del mismo— como tareas de la autonomía colectiva, al objeto de equilibrar ambos intereses ya desde el inicio de la prestación laboral. Pero igualmente desde el plano del funcionamiento interno de la institución del poder de dirección y de la movilidad funcional habría que preguntarse si se da un equilibrio o no. Y así, si en con la redacción de 1980 el art. 39.1 ET configuraba la movilidad funcional como expresión del poder de dirección con la mención explícita del grupo profesional

³¹⁵ Ojeda Avilés, A., «Flexibilidad judicial y contractualismo» en Rev. Facultad Derecho Universidad Complutense núm. 14 (monográfico), pág. 59-84; más recientemente, Santos Fernández, M^a D., *El contrato de Trabajo como límite al poder del empresario*, Bomaizo. 2005 págs. 36 y ss

³¹⁶ Estaríamos en la denominada incidencia directa, por la cual las partes del contrato utilizan esta vía contractual para solucionar los conflictos que al efecto puedan suscitarse, al considerar que el contrato es el campo más propicio para aplicar regulaciones flexibilizadoras, las cuales normalmente tendrán una orientación pro empresario, habida cuenta como señala Martínez Abascal, “...del menor poder negocial del trabajador en ese plano” (Martínez Abascal, V.A. *La nueva regulación de la movilidad funcional* Aranzadi. 1996, pág. 53).

³¹⁷ Estaríamos en la denominada incidencia indirecta, que aboca a una inaplicación de la normativa laboral que, si bien no es querida por el legislador, puede resultar funcional al sistema productivo especialmente en circunstancias en que la tasa de desempleo alcanza índices elevados. Véase, Martínez Abascal, V.A. *La nueva regulación de la movilidad funcional* Aranzadi. 1996, pág. 55; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer., M., «La huida del Derecho del Trabajo». *Relaciones Laborales* núm. 12/1992, pág. 1-8

que ya algunos convenio establecían como objeto de la prestación, sin embargo, en la redacción dada por la reforma de 1994, y debido a la diversidad de categorías jurídicas incluso en el apartado 1, se puede desechar esta conceptualización³¹⁸. Ahora bien por encima de esta diferenciación de situaciones meramente «taxonómicas» entre la movilidad dentro del grupo y entre categorías profesionales equivalentes que el legislador ha querido agrupar bajo un mismo régimen jurídico acausal y por tanto perteneciente al ámbito del poder de dirección ordinario específicamente así configurado, permitiendo que el empresario modifique unilateralmente la categoría profesional inicialmente contratada, que —bajo la noción de equivalencia del art. 22.3 ET— se intenta evitar que su valoración quede al arbitrio de uno de los contratantes. En efecto, la innovación de las categorías profesionales equivalentes, en los términos en los que se configura por el legislador, no garantiza ese funcionamiento accidental de la movilidad funcional, propio del poder de dirección, son precisos, con luego veremos, la introducción de principios y límites que encuadren la figura dentro de los estrictos términos del trabajo convenido.

1.3. Regulación específica del poder de dirección (art. 39.1 ET): valor jurídico.

La vía de respuesta más directa para conocer si la positivación específica de una facultad del poder de dirección, en este caso la movilidad funcional, puede variar o alterar algunos de los puntos de referencia y límites del poder de dirección, es acudir al análisis de los diferentes límites a la movilidad funcional del art. 39.1 ET. Para ello puede ser útil *es acudir al estudio de otras manifestaciones del poder de dirección positivado específicamente (p. ejemplo, en la movilidad geográfica) para aplicar sus*

³¹⁸ Valle Muñoz, F.A., *La movilidad funcional del trabajador en la empresa* CES. 1998 pág. 152. Sobre el fundamento de esta posibilidad de movilidad funcional, Martínez Abascal, que considera que la movilidad funcional es una manifestación del ius variandi, llega a generalizar tal conceptualización y señala que “...con la nueva regulación de 1994, si bien la movilidad funcional está fundada en el poder de dirección empresarial, no es equivalente al mismo, constituyendo una específica manifestación del ejercicio extraordinario de dicho poder y que, por consiguiente, entraña su flexibilización en un sentido funcional a los intereses del empleador” (Martínez Abascal, V.A. *La nueva regulación de la movilidad funcional* Aranzadi. 1996, pág. 66 y 67). Igualmente, Mantienen un concepto particular Alía Ramos, M., y Montané Merinero, J., *Clasificación profesional...*, op. cit., pág. 83. Valdés Dal-Ré, F., «Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral», *Relaciones Laborales*, T. 1, 1993, págs. 27 y ss. Pérez del Río, T., «La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7-111-1986», *Temas Laborales*, núm. 8, 1986, págs. 93 y ss.

resultados analógicamente a nuestro estudio, así como analizar cada uno de los diferentes límites a la movilidad profesional recogidos en el apartado 1 del art. 39 ET.

1.3.1. Caracteres/delimitación

El primer rasgo de la regulación específica del poder de dirección específico en el art. 39.1 ET es la necesidad de poner en relación dos preceptos (art. 22 y 39 ET). Esto se origina «ex novo» a raíz de la reforma del Estatuto por la Ley 11/1994, dado que en el anterior texto legal el referente del sistema de clasificación profesional que servía de ámbito para esta manifestación no sustancial de la movilidad funcional se definía en el mismo artículo, en el párrafo siguiente³¹⁹. Es claro que, desde una sistemática de regulación, la actual exigencia de remisión a un artículo ubicado en diversa sección del Estatuto para conocer el referencia funcional que será el ámbito del ejercicio de la movilidad funcional es más adecuado, pues evita la confusión entre funciones, fines y naturaleza de los institutos jurídicos. De esta forma, siempre que sea el referente señalado por el art. 39 como ámbito de ejercicio de esta facultad empresarial un genuino referente del sistema de clasificación profesional, lo correcto es acudir a los artículos y principios que regulan el sistema de clasificación profesional. Pero cuando no sea así, puesto que en ese caso, la remisión se convierte en confusión. En consecuencia, y descendiendo a lo previsto en el apartado 1 del art. 39 ET, si la «categoría profesional equivalente» no es un elemento del sistema de clasificación profesional como sí lo es el «grupo profesional» referente con el que se iguala y compara, el Estatuto, en coherencia jurídica, debería reproducir la presunción legal de equivalencia en un párrafo dentro del mismo apartado 1 del art. 39 ET y no como lo realiza, reproduciéndola en el art. 22.3 ET donde no tiene sentido y ni aplicación como elemento del sistema de clasificación profesional, que es lo que en el art. 22 del ET se regula. Con ello se está atribuyendo a las categorías profesionales equivalente s un efecto de referente del encuadramiento profesional que no es tal, pues ni las categorías profesionales equivalentes son asignables inicial y formalmente en el contrato de trabajo como sí lo puede ser el pacto de polivacancia funcional, ni tampoco las categorías profesionales aún descritas con el mayor enriquecimiento profesional posible no alcanzan la configuración de las tareas que realiza la equivalencia entre categorías, además de que la equivalencia precisa de la

319

existencia de dos categorías profesionales descritas con sus requisitos aptitudinales para luego ser éstos puestos en relación y permitir el trasvase o cambio en base a su similitud. En efecto, y como luego se desarrollará con más detalle, hay una posibilidad de apreciar similitud entre los ámbitos donde se ejercita la movilidad ya sea dentro del grupo profesional ya sea entre categorías profesionales, pero no de reconocerles igual naturaleza y función a uno y otro referente, puesto que el grupo es, por su naturaleza, un elemento del sistema de clasificación profesional y tiene entre una de sus funciones ser el límite de la movilidad funcional no sustancial, mientras que la equivalencia entre categorías tiene una única función ser el ámbito prestación exigible al trabajador y, por consiguiente, el límite de la movilidad funcional.

El segundo rasgo de la regulación específica del poder de dirección específico en el art. 39.1 ET es el tipo de movilidad accidental específicamente regulada. Sucede que, en determinadas circunstancias, los límites contractuales al ejercicio de la especificación de la prestación y los términos legales o convencionales en la determinación de la prestación laboral se muestran, en ocasiones, excesivamente rígidos y no bastan para la satisfacción de las necesidades organizativas empresariales. En este momento ya no se trata de utilizar los mecanismos legales de movilidad ante situaciones extraordinarias, sino de disponer de un grado de movilidad funcional accidental amplia para poder realizar todos aquellos cambios y adaptaciones funcionales cotidianos en la marcha ordinaria de la producción, amparándose en el reconocimiento legal de esta facultad y no tanto en la facultad que otorga el poder de dirección en sentido estricto derivada del contrato de trabajo.

Ahora bien, esta legalización del poder de dirección con la amplitud señalada, solo incluiría a aquellos cambios en los que la similitud aptitudinal sea intrínseca a ambas tareas o dentro del círculo de las tareas equivalentes. En la determinación de la magnitud del cambio que se opera con base en el art. 39.1 ET viene siendo necesario poner en relación los dos tipos ámbitos funcionales en los que se ejercita tal poder (grupo profesional, categorías equivalentes), siendo en este último donde por la menor intervención de los agentes colectivos, por sobrepasar la categoría profesional, por los conceptos jurídicos indeterminados que utiliza y la ambigüedad de la noción de equivalencia, y por de dicho juicio de equivalencia únicamente sometido a un control judicial ex-post al ejercicio empresarial, nos encontraríamos ante modificaciones que el ordenamiento considera como accesorias, pero que en la práctica son cambios esenciales aun dentro del poder directivo del empresario, salvo una interpretación correctora.

En efecto, el contenido del apartado 1 del art. 39 ET responde a un mismo objetivo. Así, y desde una vertiente positiva, tanto el grupo profesional como la equivalencia entre categorías abren una «dimensión de horizontalidad» en la movilidad (y el encuadramiento³²⁰) de los trabajadores. En suma, se facilita en ambos referentes, y en distinto grado, la aplicación del criterio de equivalencia, el cual habilita la asignación de cometidos laborales afines y complementarios desde un plano funcional, tal y como había definido la jurisprudencia. Pero igualmente, y desde otra vertiente negativa, la trasgresión de ambos referentes presume (ad de iure) la asignación de cometidos distintos que exceden el carácter de accidentalidad o no sustancialidad, y en el caso de sobrepasar el grupo profesional el propio trabajo pactado³²¹. De ahí que sobrepasar tales límites sin una motivación causal supone una modificación extraordinaria (ius variandi) del objeto del contrato y de la prestación debida (art. 39.2 ET); y si además es sin solución de continuidad suponga una modificación sustancial de las condiciones (funcionales) de trabajo (art. 41.2.f)) que abre la posibilidad de extinguir el contrato en base a lo dispuesto en el artículo 50 ET.

1.3.2. Régimen legal: Límites, requisitos y garantías específicos

En relación a los límites, en esta manifestación concreta del poder de dirección específicamente regulado en el art. 39.1 ET, se debe señalar inicialmente como éstos han variado desde su inicial configuración en el ET-1980. En los términos en que estaba redactado el art. 39.1 ET-80, la facultad modificativa accidental quedaba extendida al binomio grupo profesional definido³²² (art. 39.2 ET-80) y no definido (D.T. 2ª), pues la norma entendía que la referencia al grupo profesional, con independencia de su traducción y valoración por las normas profesionales, circunscribía un tipo de movilidad accidental que no obliga a sobrepasar el trabajo inicialmente convenido. Con ello se recogían dentro del precepto todo el sustrato de encuadramiento posible de esta facultad

³²⁰ Como señala Alemán Paez el elemento base de la organización formal se eleva a una escala más amplia para propiciar una gestión flexible de los recursos humanos dentro de la empresa o unidad organizativa (Alemán Paez, F., *El encuadramiento...*, cit. pág. 298.

³²¹ En cuanto al grupo, por exceder el contenido general de la prestación que es el objeto del contrato de trabajo y al cual se asignó.

³²² Hay que recordar que la variación temporal (ius variandi) se remitía a un precepto diverso (art. 23 ET-80), sin que pueda encontrarse a lo largo de toda la Ley una sola disposición que recoja la institución de la movilidad funcional en forma de cláusula general.

(si grupo definido, el art. 39.2; si grupo no definido o por categorías profesionales, la D.T. 2ª). Sin embargo, a partir de la reforma de 1994 del E.T. cambia la formulación positiva, de manera que, en la movilidad accidental, se recoge en un único apartado, de forma general, para todos los supuestos de encuadramiento profesional, recogiendo el binomio grupo profesional y categorías profesionales equivalentes; aunque si se enjuicia en su conjunto el art. 39 ET no es un ejemplo de sistemática interna³²³. Tanto la inicial regulación del art. 39.1 E.T como la actual juridificaron la facultad empresarial de movilidad funcional, reconociéndola, en su faceta o manifestación accidental, más allá o conforme lo previsto en el contrato de trabajo. En otras palabras, mediante el establecimiento de unos límites o requisitos específicos legales a una de las facetas del ejercicio del poder de dirección se determinó y concretó tal poder por vía negativa, al canalizar inicialmente las meritedas limitaciones legales el ejercicio de dicha facultad empresarial. Tales requisitos o límites legales, de esta forma, se convierten indirectamente en «criterios determinativos» de la prestación, los cuales son a partir de entonces criterios objetivos o legales de determinación, en la medida que su observancia determina la «regularidad» del poder de dirección en la reasignación de tareas y funciones al trabajador, con relación, pero independientemente, del trabajo convenido inicialmente.

Lo primero que se debe hacer, pues, es estudiar cuáles han sido tales requisitos o límites y garantías legales (o si se prefiere, las «reglas»³²⁴) del art. 39.1 ET a lo largo de su regulación y si los mismos, aun a pesar de su variación o cambio, han guardado ciertas similitudes, sabiendo que la formulación del propio precepto fue una «fórmula compromisoria» tendente a articular los intereses de flexibilidad interna de la prestación laboral por parte del empresario y de determinación indirecta o legal de la prestación objeto de obligación por los trabajadores y sus representantes³²⁵. En este

³²³ Samper Juan, J., *Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo* CGPJ. Madrid. 1995, pág. 67

³²⁴ Fabregat Monfort, prefiere calificar genéricamente como «reglas de la movilidad funcional» a los criterios que, en puridad, vienen a limitar la movilidad funcional y aquellos otros que, más que limitar, lo que verdaderamente pretenden es garantizar que el cambio producido cause el menor perjuicio posible, y si lo origina, reclamar judicialmente para que se respete tal garantía, y que esta autora los identifica con el respeto a los derechos fundamentales, el orden público, las previsiones contractuales y el interés general de la empresa. (Fabregat Monfort, G., *El régimen jurídico...*, cit. pág. 144)

³²⁵ El interés colectivo se encuentra presente en esta determinación indirecta de la prestación del trabajador, por cuanto, sin bien no cambia directamente el sistema de encuadramiento profesional fijado en el convenio colectivo, indirectamente varía la configuración y el contenido de los distintos elementos de clasificación profesional para su ajuste con la movilidad funcional en poder del empresario (léase, el enriquecimiento de tareas en las categorías profesionales

aspecto de los límites o requisitos legales al poder de dirección, la doctrina³²⁶ y la jurisprudencia³²⁷, desde la inicial regulación del art. 39 ET-1980 elaboró una clasificación de los mismos, según su naturaleza, entre límites/requisitos genéricos y específicos³²⁸. Ahora bien, aun respetando parcialmente esa tipología ya clásica en la doctrina a la hora de analizar los límites de la movilidad funcional, dado nuestro limitado ámbito de estudio, circunscrito a la movilidad funcional derivada del poder de dirección específicamente previsto en el Estatuto³²⁹, la atención respecto a los denominados límites «específicos» se limitará a los relativos a la modalidad de movilidad funcional objeto del presente estudio, en la regulación actual.

El apartado 1.º del art. 39 ET establece que «*la movilidad funcional no tendrá otras limitaciones... (que) la pertenencia al grupo profesional*», añadiendo asimismo que «*a falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías equivalentes*». Dos son, por tanto, los límites objetivos o parámetros funcionales sobre los que gravita esta facultad organizativa accidental³³⁰: el «grupo» y las «categorías profesionales equivalentes». De ahí que la movilidad funcional accidental viene determinada por vía negativa, mediante estos parámetros, la mayor o menor amplitud de la facultad empresarial dependerá de cuáles sean las nociones o

que se viene produciendo en la negociación del sistema de clasificación profesional en los más recientes convenios). Y ello sin perjuicio de la relación art. 39 ET convenio colectivo, que se ha de calificar de complementariedad, pues ante el art. 39 ET como norma de derecho necesario de imperatividad relativa de carácter mínimo, es mejorable, pues, su regulación por convenio colectivo.

³²⁶ Sala Franco, T., «La movilidad funcional en el Derecho español» cit., pág. 99

³²⁷ Es una tipología la que distingue entre límites genéricos y específicos que también se encuentra recogida y asumida en algunas sentencias. Ver, por todas, Sentencia del TSJ de Madrid de 26 de junio de 1990.

³²⁸ Más recientemente, manteniendo esta clasificación entre límites «genéricos» y «específicos» en la modalidad de la modificación funcional, la base de la misma se encuentra en si los límites resultan aplicables a todas y cada una de las manifestaciones de la movilidad funcional o, por el contrario, sólo resultan aplicables a una de ellas; si bien, luego de señalarse esta peculiaridad de cada manifestación, se ha entendido que se puede estudiar de forma conjunta estos límites «específicos» a pesar de la intensidad con la que se exigen en cada una de ellas, puesto que ellos toman parte en todos y cada una de las manifestaciones de la movilidad funcional (Fabregat Monfort, G., *El régimen jurídico de la movilidad...* cit., pág. 147-8 y 181)

³²⁹ Así vamos a estudiar particularmente estos límites específicos en el apartado 2.8, si bien dividiendo los mismos conforme a los límites específicos objetivos (grupo y categoría equivalente) y subjetivos (la titulación); dejando el estudio de los límites genéricos para el apartado 3 que estudia el *ius variandi*, esto es, la otra cara de la movilidad funcional del art. 39 ET y, por tanto, los límites comunes a ambos tipos de movilidad

³³⁰ Ambos parámetros («grupo» y las «categorías profesionales equivalentes») se repiten a renglón seguido en toda la formulación del precepto, operando como sendas limitaciones para todos los supuestos de movilidad extraordinaria o *ius variandi*, tanto si ésta se realiza en sentido ascendente como si se efectúa en sentido descendente.

caracteres de los parámetros funcionales utilizados para enmarcarla. Tradicionalmente había sido uno el parámetro que había circunscrito dicha facultad contractual: la categoría, la cual fue complementándose, por vía convencional, con otro parámetro: el grupo profesional; y ello hasta el Estatuto de 1980 donde finalmente aquella fue superada por éste como parámetro funcional que enmarca y limita la facultad empresarial de movilidad funcional accidental, si bien no perdiendo aquella, la categoría, tal función especialmente en los casos de grupos profesionales no definidos. Ahora bien, con la reforma laboral de 1994, se trata, como señala Alemán Paez³³¹, de un «tándem ampliado» que adiciona un dato cualificador en el supuesto fáctico: la equivalencia entre categorías. La elección de ambos parámetros, tanto separada como conjuntamente, obedece a unas causas bien definidas que ya han sido apuntadas en este trabajo³³².

2. Los límites específicos y las garantías de la movilidad del apartado 1 del art. 39 ET.

2.1. Introducción.

El art. 39.1 ET dispone de unos límites formales (grupo profesional³³³ o categoría profesional equivalente) que son diversos del art. 20 ET, —si bien ambos, por deseo del

³³¹ Alemán Paez, F., *El encuadramiento...*, cit. pág. 297

³³² El grupo profesional propicia un uso flexible de la mano de obra y sienta los presupuestos para la formación de una profesionalidad de corte polivalente, y que aprovechan los convenios para vertebrar, de más a menos, el encuadramiento profesional si bien con un mismo contenido general de la prestación; en cambio la equivalencia profesional, aprovecha el instrumento de la categoría profesional todavía elemento de clasificación arraigado en muchos convenios para flexibilizar su referencia y ampliar indirectamente su operatividad como instrumento clasificatorio enriqueciendo las tareas y cometidos.

³³³ Esta interpretación, supondría entender de forma estricta del concepto de grupo profesional con los caracteres de homogeneidad que establece el legislador para así ser el límite objetivo efectivo y ámbito donde se puede realizar la movilidad funcional accidental. Igual ocurre con el juicio de equivalencia funcional que tendrá que permitir asociar una verdadera sustituibilidad de especialidades profesionales. Sólo poniendo en conexión a ambos se puede entender el papel de contrato de trabajo como fundamento inmediato del ejercicio regular de la facultad empresarial de variación entre funciones del Grupo o Categorías equivalentes. Recordemos como el art. 20. 1 ET concreta ese ejercicio en el trabajo convenido.

legislador, se refieren a la misma manifestación del poder de dirección—, que deben ser puestos en conexión y rectamente interpretados y aplicados.

Los límites y requisitos legales es la relativa a que el art. 39.1 ET no es una reiteración del art. 20 ET, ni la manifestación del poder de cambio funcional en el previsto semejante al que se deduce de una determinación genérica del objeto del contrato de trabajo. Se consolidan, con la reforma laboral de 1994, los cambios entre tareas dentro del «grupo profesional» como el ámbito de actuación del poder empresarial de movilidad funcional general y modélico, y, al mismo tiempo, se introduce la noción de categoría profesional equivalente como «mecanismo subsidiario», pues se acude a él solo en el caso de que no se ha definido los grupos profesionales³³⁴, que contiene un concepto legal amplio de lo que debe entenderse por categoría profesional equivalente, centrado en el hecho de que «la aptitud profesional necesaria para la primera permita desarrollar las prestaciones básicas de la segunda, aun cuando sea preciso realizar un proceso simple de formación y adaptación». En efecto, tras la reforma de 1994, en lo que cabe considerar como modificación no relevante por tratarse de funciones que se asemejan bastante a las convenidas, delimitadas por la pertenencia al grupo profesional en el que se encuadran los servicios convenidos, y, de no estar definido el grupo, entre categorías profesionales equivalentes a aquella en que se insertan esos servicios, si bien que con el límite, en ambos casos, de que lo permitan las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercerlos³³⁵.

2.2. Límites «específicos» de la movilidad funcional accidental (art. 39.1ET).

³³⁴ Sentencia del TSJ Aragón, de 17 de enero 2000

³³⁵ La Sentencia del TSJ Castilla y León, Burgos, núm. 216/2006 (AS 2006\1092), señala la idea de reciprocidad profesional en base al título compatible u homogéneo, y así, señala como límite a la movilidad funcional interna por ejemplo, no cabe imponer tareas de conducción de un camión de reparto a quien ha sido contratado como repartidor en moto, aunque ambas funciones encajen en el mismo grupo profesional.

Después de esta introducción ya hemos enunciado, sin forzar los principios que establece el art. 3.5 ET³³⁶, alguno de los límites específicos que ahora pasamos a analizar con detalle y particularidad. Por motivos de orden, seguimos la división entre los límites «singulares» o «específicos» de la facultad de movilidad accidental que es común entre la doctrina laboral³³⁷. La doctrina ha establecido, desde la legalidad, posterior a dicha la reforma laboral, los límites establecidos en el art. 39.1 ET. Éstos pueden dividirse, al entrar en juego un factor ligado a la persona de un trabajador concreto o no, en: límites específicos «objetivos» y límites específicos «subjetivos». El límite específico subjetivo de la movilidad accidental, se corresponde con el respeto a la titulación académica o profesional necesaria para realizar el trabajo, mientras que, el límite específico objetivo³³⁸, se corresponde con la pertenencia al grupo profesional o a categorías profesionales equivalentes. No sobrepasando estos límites específicos (objetivos y subjetivos), no establece el legislador otros requisitos o garantías a cumplir por el empresario, por cuanto se considera que el cambio no produce un alejamiento respecto del marco originario de la prestación debida.

2.2.1. *Los límites específicos «objetivos»: límite técnico-funcional*

En base al primer referente y límite de la movilidad funcional, el grupo profesional, veamos los dos aspectos que más nos interesan en el presente estudio (el contenido aptitudinal del grupo y su relación con las categorías profesionales equivalentes).

— *El respeto por la pertenencia al grupo profesional y su idoneidad aptitudinal.*

³³⁶ Donde se reconoce que las obligaciones y derechos de la relación laboral tendrán el contenido que les den las partes del contrato, con sujeción al régimen legal y convencional. No desconocemos como el Estatuto en el ámbito del trabajo a prestar somete a muchas particularidades el régimen convencional dejando un campo exiguo a la voluntad de las partes, pero todo el esquema legal parte, como hemos explicado, del reconocimiento y protección legal de lo convenido.

³³⁷ La realiza, por ejemplo, Luque Parra, M. *Los límites jurídicos de los poderes*, quien señala (2.5.1. límites específicos; 2.5.2. Límites comunes)

³³⁸ La dificultad de fijar las fronteras entre la movilidad funcional y el poder de dirección debidas a la distinta visión respecto a la fuente de atribución, también se traslada a la visión respecto al límite objetivo de la movilidad accidental. Como veremos, el reconocimiento legal de este límite, su interpretación y extensión se cuestiona al no concordar con el objeto determinado inicialmente. Así, respetando su descripción legal es posible delimitar e interpretar restrictivamente tal límite legal con el objeto de lograr su acomodación con el trabajo convenido y conseguir así el más alto grado de accidentalidad en el cambio funcional.

El grupo profesional es un referente funcional con el que las partes del contrato pueden determinar el objeto del contrato, así como un límite objetivo legal de la movilidad funcional accidental, cualquier cambio de tareas dentro del mismo ordenado por el empresario supone concretar o especificar el trabajo convenido³³⁹. En efecto, como se vio, el ET realizaba una intervención respecto al contenido que las partes debían dar a la materia objeto de su consentimiento inicial. Para que las partes del contrato puedan establecer el grupo como referente que haga determinable inicialmente el objeto del contrato se deben cumplir una serie de exigencias legales, en concreto, que el convenio ha agrupado dentro de él actividades profesionales homogéneas, pues así el programa de prestación del trabajador al asignarle ese grupo tendrá los rasgos de homogeneidad para una misma aptitud profesional³⁴⁰. Sin embargo, la jurisprudencia entiende cumplido tal requisito, si las tareas se encuentran entre las que componen el grupo sin otro requisito adicional³⁴¹, de tal forma que, una vez reconocido el grupo en el convenio colectivo como criterio de clasificación —independientemente del contenido que tenga *aunque no sean categorías totalmente equivalentes y tengan una jerarquización vertical, siempre que estén incluidas en un mismo grupo negociado*—, éste se convierte en el marco delimitador de la movilidad funcional. sin embargo, esta postura estrictamente formalista no conduce a la solución más adecuada, pues atribuye la existencia de un grupo profesional cuando -debido a su falta de correspondencia con la definición prescrita en el art. 22.2 ET- existen importantes dudas respecto a su existencia como tal. E igualmente, no es adecuada con el respeto de los derechos profesionales del trabajador que se insertan en el art. 39 ET como algo a definir dentro del grupo profesional: como límite más reducido de la prestación debida³⁴².

³³⁹ Se lleva a cabo, de esta forma, por el empresario una concreción de la prestación debida entre las diversas funciones que contiene el grupo profesional. Razón por la que el legislador centra en el grupo profesional el ámbito normal de ejercicio de la movilidad funcional, dejando a la equivalencia entre categorías como referencia funcional residual o subsidiaria de aquel, expresamente lo dice el art. 39.1 ET «a falta de definición de grupos profesionales»

³⁴⁰ Sin embargo, las descripciones y reunión de funciones dentro del grupo que realiza la negociación colectiva no reúne los caracteres de homogeneidad que permiten anudar el carácter de accidental a la movilidad realizada en su seno. Así, los grupos negociados contemplan funciones intercategoriales, con aptitud profesional muy diversa entre ellas y que no guardan equivalencia profesional entre sí. Es en estos casos cuando se planea la cuestión de hasta qué punto se debe dar el calificativo de accidental de una movilidad que, sin traspasar los límites objetivos del grupo profesional, sin embargo no reúne los caracteres del mismo, lo que podría llevar a calificar ese tipo de movilidad no accidental.

³⁴¹ TSJ Andalucía - Málaga de 2 de febrero del 2000. En igual sentido, la Sentencia del TSJ Castilla la Mancha de 3 de julio de 1998 entiende que es posible la movilidad entre las diversas categorías, aunque no sean totalmente equivalentes y tengan una jerarquización vertical, siempre que estén incluidas en un mismo grupo profesional.

—Las relaciones entre el grupo profesional y la categoría profesional equivalente.

El art. 39 ET configura una relación alternativa o subsidiaria entre las «categorías profesionales equivalentes» y el grupo³⁴³. La preferencia por el grupo profesional bien definido es clara en una lectura sistemática del Estatuto, y sólo en defecto de éste, es decir, cuando el grupo no esté definido conforme a una unidad de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación o no haya sido ese el elemento del encuadramiento sino la categoría profesional, es cuando puede tener lugar el juicio de la equivalencia entre categorías en la movilidad funcional accidental. Por ello expresamente el legislador se refiere a un tipo de grupo con un «nomen» dado, el grupo profesional definido, esto es, aquel que se ha negociado a través del convenio colectivo el contenido general de su prestación evitando que sea demasiado amplio y difuso para entender que puedan asignarse cualquier tarea potencialmente integrable bajo la clásica calificación nominal de grupo profesional; y ello no es novedoso, pues la jurisprudencia ya relegaba al grupo formal de las Ordenanzas laborales como ámbito de ejercicio de la movilidad funcional accidental recurriendo al parámetro de la equivalencia profesional entre las tareas de origen y destino como verdadero ámbito de la movilidad funcional accidental³⁴⁴, y en consecuencia, encauzando el ejercicio <regular> de las facultades directivas encomendar al trabajador las funciones comprendidas dentro de la movilidad accidental o no sustancial. De esta forma, la

³⁴² Además, esta postura jurisprudencial olvida otra anterior que había establecido como el grupo profesional «no definido» no tenía virtualidad para constituir el último círculo concéntrico delimitador de la prestación debida, en efecto, el art. 39 del ET/80 establecía como limitaciones al derecho empresarial del llamado «ius variandi» la pertenencia al grupo profesional y la titulación y los derechos profesionales del trabajador, sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales del trabajador.³⁴²

³⁴³ En contra, Alemán Paez, quien señala que entre el grupo y la equivalencia entre categorías existe una relación de complementariedad, puesto que la equivalencia ni opera sólo y exclusivamente entre categorías, ni tampoco lo hace «a falta de definición de grupos profesionales», tal como establece el art. 39, sino que entra en juego para todos los supuestos de movilidad (sobremanera, si es en sentido horizontal) y entre cualesquiera elementos clasificatorios que se utilicen para articular el encuadramiento (Alemán Paez, F., *El encuadramiento...*, cit. pág. 302).

³⁴⁴ Así, por ejemplo, la jurisprudencia anterior a la reforma laboral de 1994 circunscribía el ámbito de la movilidad funcional accidental bajo la siguiente casuística que muestra a las claras la idea de equivalencia: las calificaciones de «cajero» o «encargado» no son categorías profesionales en sí mismas sino puestos de trabajo o «cargos» aptos para circunscribir los cambios funcionales (STSJ Extremadura 28/9/90); que por el hecho de ostentar un trabajador la categoría de «oficial de 3ª» realizando labores de rectificación y reparación de troqueles ello no autoriza destinarle a labores de montaje de frenos por tratarse de dos «especialidades profesionales» diferentes (STSJ Madrid 20/3/91); y que el perjuicio a la formación y a la dignidad profesional, como presupuestos habilitantes para la resolución del vínculo, también pueden darse ante cambios de puesto de trabajo, como acontece al desplazara un trabajador del puesto de «contra maestre» a «capataz» (STSJ Aragón 13/11/91)

jurisprudencia anterior a la reforma de 1994³⁴⁵, señaló que la prestación debida por el trabajador no se corresponde exactamente con las funciones que contiene la categoría o el grupo profesional que prescribe las viejas Ordenanzas, sino que está más cercana a la equivalencia profesional, esto es, los cometidos y operaciones dentro de su competencia profesional. Y en lo que ahora nos interesa, nos permite interpretar restrictivamente de los elementos funcionales del «grupo profesional definido» y las «categorías equivalentes» para servir como límites objetivos a la movilidad funcional accidental.

Por otro lado y en relación a la correcta definición del grupo profesional, no hay que olvidar, como, en la actualidad, entre la definición legal del grupo bajo una serie de caracteres y que efectivamente éstos se encuentren en la agrupación de funciones, tareas, especialidades o categorías profesionales que puede contener un grupo, es un fenómeno disfuncional bastante común. Es decir, los propios negociadores se han dado cuenta que los contenidos técnicos-funcionales del grupo son excesivamente amplios aún siguiendo la descripción legal, de forma que es posible que entre ellos no reúnan un conjunto de tareas que muestran una equivalencia profesional. Así, determinados convenios establecen mayores precisiones en torno a la configuración interna del grupo —con divisiones técnicas denominadas áreas funcionales³⁴⁶— y, lo que es más importante, con el establecimiento de límites a la movilidad dentro del grupo: «la referida movilidad se producirá dentro del grupo, con el límite de la idoneidad y aptitud necesaria para el desempeño de las tareas que se encomiendan al trabajador en cada puesto de trabajo, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos simples de formación y adaptación»³⁴⁷. Estos límites —cuya fuente de atribución es el convenio colectivo— son límites internos a la movilidad funcional. Ellos justifican la propia aplicación de la figura del grupo y es extensible por unidad de razón a los demás

³⁴⁵ La doctrina jurisprudencial elaboró el concepto de «funciones equivalentes» como exigencia para respetar una movilidad accidental. De modo que, en realidad se exigía no sólo moverse dentro del ámbito del grupo profesional sino también respetar la equivalencia de funciones o categorías entre el antiguo y el nuevo puesto de trabajo. En este sentido, la STS 21 marzo 1989 (Ar 1905) -declara no ser equivalentes, no obstante pertenecer al mismo grupo, las categorías de peón de carga y conductor repartidor- debían respetarse «funciones profesionalmente equivalentes o que tengan el mismo nivel dentro del grupo», pues en otro caso estaríamos ante una movilidad vertical.

³⁴⁶ «Dentro de cada grupo profesional podrán establecerse divisiones funcionales u orgánicas sin que ello suponga un obstáculo a la movilidad funcional».

³⁴⁷ Acuerdo Estatal sobre Cobertura de Vacíos para el Sector Cementos, que tiene como finalidad la cobertura de vacíos derivados de la derogación de la Ordenanza Laboral de Construcción, Vidrio y Cerámica. BOE 22-12-1998,

supuestos de movilidad funcional accidental.³⁴⁸ En efecto, es la idoneidad profesional lo que subyace como límite definitivo al poder empresarial. De tal forma, que en los supuestos donde no se dude –por existir la homogeneidad funcional y la idoneidad profesional– de la existencia de un grupo y la pertenencia a él de las tareas encomendadas, la orden empresarial será una mera concreción de la prestación inicialmente acordada³⁴⁹.

—*Las categorías equivalentes como límite objetivo del art. 39.1 ET.*

La doctrina española importó el concepto de la doctrina italiana (si bien el concepto de equivalencia ya estaba incluido en el art. 13 ET), como aquellas tareas que le son exigibles al trabajador en el ejercicio de la facultad empresarial accidental³⁵⁰. Como indica Alemán Páez³⁵¹, Ciertamente, el Estatuto incorpora dos parámetros funcionales de gran versatilidad para canalizar la movilidad. Pero, inexorablemente, la realidad empresarial es compleja, mutable y rica en matices¹⁸⁴, siendo por ello preciso esclarecer los «criterios de adecuación funcional» que deben inspirar el ejercicio de esta facultad empresarial.

Efectivamente, el criterio base de adecuación funcional reside en la equivalencia. Esta se convierte en el límite definitivo del poder de organización empresarial¹⁸⁵. Pero, como ya se vio, no ha de ser un criterio circunscrito a uno ni a otro parámetro clasificatorio, debiendo ponderarse caso por caso y relacionarlo con la ordenación global de perfiles profesionales, con el modelo y con el sistema empleado a tal efecto. Su operatividad dependerá de cómo se haya configurado globalmente este último. En principio, tendrá un mayor juego si aquél sólo se ha articulado en base a grupos y si éstos se conforman internamente englobando niveles homogéneos de profesionalidad,

³⁴⁸ Conforme al art. 4 CC, la analogía vendría a establecerse bajo la idea siguiente: la *idoneidad profesional* del trabajador ocupa el lugar que la garantía del respeto por los derechos *profesionales* ocupaba antes de su eliminación con la reforma de 1994

³⁴⁹ En los supuestos donde se duda de la existencia de un grupo real; el ejercicio del poder directivo, aun desarrollado dentro del límite legal, podría significar una práctica abusiva, pues se permitía tal especificación dentro del grupo sin limitación alguna con respecto a la ocupación profesional que venía realizando, e incluso –en los sistemas mixtos- entre categorías profesionales. En estas situaciones, y sin perjuicio de la duda respecto a que exista realmente grupo profesional, estaríamos ante supuestos legales de «especificación» de la prestación debida cuando en realidad ocultan modificaciones sustanciales de las condiciones laborales del trabajador pues son existe la justificada pertenencia al grupo profesional entre dichas funciones

³⁵⁰ CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, op. Cit., pág. 50

³⁵¹ Alemán Paez, F., *El encuadramiento...*, cit., pág. 304

presentando, por contra, un margen menor de maniobrabilidad si se aplica entre categorías y especialidades notoriamente distintas y definidas. Pero en cualquier caso, es un criterio hermenéutico que operará para todos los supuestos de movilidad y sobre cualesquiera elementos clasificatorios empleados para vertebrar la clasificación. De esta forma, su aplicación pasa por una triple labor:

— Como paso previo, una primera labor deviene de la conveniencia por abandonar progresivamente las pautas interpretativas que hasta el momento se han seguido en la concepción de la movilidad. El fenómeno de «dislocación funcional» en que estamos inmersos y que presumiblemente seguirá caracterizando esta materia avoca a una labor identificativa más amplia que no debe circunscribirse a «elementos clasificatorios cristalizados». Desde ahora el problema no estriba tanto en la función, en el puesto, en la categoría, en el grupo, ni en la familia organizativa incluso, sino en la manera como debe entenderse la realización de la prestación a través de cualquiera de ellos y que parece convertirla en un «quid» subordinado a las exigencias de la organización. Se imponen así unos criterios hermenéuticos que deben estar en consonancia con nuevas necesidades productivas que avocan a un «mayor grado de informalidad» en la estructura organizativa y en las demarcaciones funcionales, que «permeabilizan» los niveles jerárquicos, que delinea un modelo de prestación dinámico, que conforma un modelo de profesionalidad integral y que, en definitiva, abandona progresivamente un sistema de clasificación fundado en posiciones precisas y definidas.

— Hecha la salvedad anterior, la aplicación del criterio de equivalencia pasa por una segunda labor de índole material. Deberá efectuarse un juicio técnico y comparativo entre las funciones (*a quo*) realizadas originariamente por el trabajador y las «prestaciones (*ad quem*) laborales básicas» encomendadas (art. 22.3 ET). Para ello deberá realizarse en primer lugar un análisis objetivo del contenido funcional de la prestación contratada. Ese análisis ni debe venir prejuzgado «de arriba a abajo», dilatando indefinidamente el tipo profesional en base a una calificación (p. ej. calificación grupal), ni estar predeterminado por parámetros formales. Lo verdaderamente determinante en esta primera labor no será la equivalencia «formal» sino la equivalencia «técnico-funcional», la cual puede o no darse pese a la nivelación de cometidos llevada a cabo por el convenio. El juicio, por tanto, deberá realizarse en sentido inverso, «de abajo hacia arriba», tomando como referencia el puesto de trabajo como primer punto de análisis técnico, al margen incluso de cualesquiera otros elementos clasificatorios si extrajese una ocupación o especialidad profesional bien

definida y si fuera, por ello, el principal elemento configurador de la clasificación contratada (STCT 8/10/86) ¹⁸⁶.

— Identificada la naturaleza técnico-funcional de los cometidos laborales deberá realizarse entonces una tercera labor de reenvío a la «aptitud profesional» del trabajador (art. 22.3 ET). Se impone una manera de concretar los perfiles profesionales que se desvincula de datos «objetivos» para atender cada vez más a datos «subjetivos», a la cualificación y al «encuadre» global de cada perfil en el organigrama profesional. Este enfoque de un sistema clasificatorio menos prescriptivo y formal y más interagente con otros factores contextuales no es sólo un criterio hermenéutico auspiciado en la regulación Estatutaria, sino que adquiere carta de naturaleza a todos los niveles. No es ajena la existencia de posiciones doctrinales que plantearan la conveniencia de arbitrar otros institutos clasificatorios, abandonando incluso los ya tradicionales, para llevar al sistema jurídico nuevos elementos y criterios de encuadramiento que permitan una mejor proyección de los cometidos en la estructura organizativa, como pudiera ser el «rol» que ostenta el trabajador en la empresa ¹⁸⁷. Es además una orientación seguida por la jurisprudencia más reciente; primero por no centrarse tanto en los institutos referidos y atender más al «status» del trabajador (STSJ Cataluña 22/7/91), a los factores de valoración de puestos, a la privación de autonomía, iniciativa, responsabilidad o dotes directivas (v. gr., STSJ Aragón 13/11/91); y en segundo término, por no circunscribirse a los parámetros funcionales para considerar en mayor medida la profesionalidad y el «contenido de la profesión» (STSJ Cataluña 12/6/92), lo cual se transgrede cuando se asignan cometidos «marcadamente distantes» de la cualificación pactada (STCT 8/10/86), aunque ello se ampare en la existencia de una misma cualificación grupal

En este contexto de búsqueda de los criterios de adecuación funcional de la movilidad funcional accidental se produce su positivación —con la reforma laboral de 1994— en los arts. 22.3 y 39.1 ET, si bien con algunas variaciones a la equivalencia entre categorías ya venía siendo estudiada por la doctrina y aplicándose como principio general del derecho por la jurisprudencia. El legislador con el criterio de la equivalencia entre categorías introduce un nuevo supuesto de movilidad funcional accidental. Su introducción no supone mayor problema que tener que reconocer el alcance de un nuevo

límite objetivo: el juicio de equivalencia entre las categorías³⁵². Sin embargo, si la movilidad funcional accidental se encuentra vinculada con su realización dentro del trabajo convenido, se plantea el problema de en qué medida cambiar la categoría no supone traspasar el trabajo convenido inicialmente y la prestación debida conforme establece el art. 20.1 y 22. 5 ET³⁵³. Es decir, dentro de esas referencias la movilidad que ejercita el empresario se corresponde con el trabajo convenido³⁵⁴, y, por tanto, supone llevar a cabo la especificación interna de la prestación con origen en el poder de dirección.

En efecto, la redacción del apartado primero del art. 39 ET supone una ampliación de las posibilidades de movilidad del trabajador, —unos por considerar que existe una ampliación del poder directivo, otros una flexibilidad de los requisitos para realizar una modificación funcional—.

En lo que ahora nos interesa, se tiene que reconocer que se ha producido una modificación respecto a como se venía entendiendo hasta ahora, en la fuente legal y sectorial, la prestación debida. La introducción de la equivalencia se realiza sin eliminar *la categoría profesional* como criterio de clasificación³⁵⁵, pero sí como criterio de movilidad funcional pero no como criterio de movilidad funcional accidental, es decir, el límite objetivo para apreciar que nos encontramos ante una movilidad accidental, no habrá que sobrepasar la categoría profesional equivalente. pues así lo impone el legislador pero a esta imposición hay que buscarle el fundamento jurídico o razón

³⁵² Montoya Melgar. Se entendería que el legislador establece en el apartado primero unos requisitos mínimos para realizar el cambio funcional dentro del poder de dirección empresarial, entre los requisitos objetivos definitivos se encuentran el grupo profesional y las categorías profesionales equivalentes.

³⁵³ Es decir, el traspaso será indebido o no según cuál sea el criterio objetivo respecto a la prestación debida que se adopte, bien la categoría profesional como hasta ahora, bien la categoría profesional. Según una u otra previsión, solo que llevaría a considerar que se ha producido una extensión y expresiones que parecen no encajar exactamente con el trabajo convenido y, por tanto, con ese marco originario. Ahora bien, una postura maximalista respecto a esta materia no conduce a una solución adecuada, es cierto que los límites y las fronteras que antes existían entre los supuestos de mera especificación respecto a los de modificación se han vuelto más difusos pero todavía existen caracteres de accidentalidad en la descripción de la figura que realiza el legislador en el art. 22.3 ET para entender este supuesto de movilidad accidental y la necesidad organizativa presupuesta para su utilización.

³⁵⁴ Del conjunto de actividades que le son exigibles al trabajador, el empresario puede optar por unas u otras según las conveniencias de la empresa. Al objeto de facilitar que la prestación debida sea idónea a las necesidades organizativas propias del funcionamiento de esa empresa.

³⁵⁵ La categoría será un criterio técnico-funcional puesto que no la puede eliminar, en el momento que se introdujo – 1994- pues todavía estaban algunas OOLL y las retenciones de los sectores de negociación.

jurídica que ayude a explicar la atribución que realiza el legislador de este criterio, es decir, buscarle el sentido normativo y también la interpretación del mismo que más se adecue a los caracteres de accidentalidad que ya vimos para el grupo profesional.

2.2.2. El límite específico «subjetivo»: respeto a la titulación académica y profesional.

1) Las titulaciones como límite específico «subjetivo». ³⁵⁶.

El segundo límite específico del art. 39.1 ET reside en las «*titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral*». Decimos que un límite específico y no genérico porque en la movilidad funcional accidental actúa en su forma más enérgica. Esta previsión legislativa plantea tres cuestiones: su función y significado, el porqué de la disyuntiva y la verdadera virtualidad del título como límite a la movilidad.

— *Función y significado*

El ejercicio de cualquier profesión con regularidad obliga a demostrar que se está en posesión de un grado suficiente de conocimientos o habilidades que socialmente se espera por parte de quien las ejerce. Un medio de prueba del dominio de una especialidad técnica reside en el título, el cual, además, se convierte en el eje del contenido de las profesiones y facilita su propia ordenación. Dado que el título vertebró el acto de encuadramiento profesional inicial, tanto de la denominada «categoría subjetiva»³⁵⁷ del trabajador como del criterio utilizado por los Convenios colectivos para graduar un organigrama de perfiles profesionales³⁵⁸, permitiendo conformar el organigrama de categorías profesionales.

³⁵⁶ Las titulaciones académicas o profesionales precisas para el ejercicio de la prestación (cruz pág. 58)

³⁵⁷ En cuanto que presupone que el trabajador está en posesión de un determinado nivel de cualificación.

³⁵⁸ En su virtud, se lleva a cabo una categorización horizontal (por materias) y vertical de las actividades (por niveles de conocimientos y capacitación en el seno de cada especialidad) tomando para ello como referencia la ordenación general del sistema educativo, soliendo así girar la clasificación sobre cuatro grandes parámetros: formación obligatoria, formación profesional de grado superior, formación universitaria y, en ocasiones, formación complementaria y de «postgrado».

El respeto de la titulación tiene un evidente interés público y seña de identidad de determinadas profesiones y empresas³⁵⁹, siendo un límite convencional o legal para el acceso al trabajo³⁶⁰, para solicitar el ascenso o la consolidación en una categoría³⁶¹. Por tanto, como resume Alemán Paez³⁶², su previsión normativa responde al doble objetivo de servir como instrumento delimitador de actividades profesionales y como requisito habilitante para su ejercicio (arts. 35 y 36 CE).

—*La disyuntiva titulaciones académicas-profesionales*

El art. 39.1 ET indica que las titulaciones pueden ser «*académicas o profesionales*». Lo cual ha llevado a plantearse la necesidad de identificar los rasgos de ambos tipos de titulaciones³⁶³. Pero la redacción de los términos legales (titulaciones «*académicas o profesionales*») permite incluir en ella todo el titulaciones laborales, como los «*certificados de profesionalidad*»³⁶⁴, las autorizaciones administrativas (carnet de conducir, de instalador, de manipulador de alimentos)³⁶⁵, o la formación académica por instituciones privadas (ofimática, masters...), pues lo verdaderamente importante para el art. 39.1 ET no es tanto la existencia de un respaldo oficial en la titulación sino la prueba y el respeto de la aptitud profesional del trabajador, en otra palabra, que en el cambio funcional accidental se pruebe que hubo un *criterio identificativo de la*

³⁵⁹ La Ley 4/2007 de sociedades profesionales será de aplicación a todos los profesionales colegiados que ejerzan profesiones en que la colegiación sea obligatoria y exija el requisito de titulación (universitaria) oficial.

³⁶⁰ Aparejando la nulidad del contrato, por dolo o por fraude de ley en caso de no llegar a ostentarse (STSJ Madrid 2/10/90)

³⁶¹ Siempre que la posesión de la titulación fuera una condición indispensable para ejercer una profesión (STSJ Madrid 19/4/91).

³⁶² Alemán Paez, F., *El encuadramiento profesional*. cit., pág. 308

³⁶³ Es una división tipológica que también se encuentra en recogida en la jurisprudencia, interpretando que las titulaciones académicas son «aquellas en las que se acredite haber superado los cursos propios de una determinada clase de enseñanza y sea expedido por un centro reconocido por el Estado a tal efecto», y, por exclusión, entendiendo por las segundas «aquellas que habilitan para el ejercicio de una determinada profesión» (Sentencia del TCT 3/11/87)

³⁶⁴ Regulados por la Orden TAS/470/2004, de 19 de febrero (BOE 27 febrero), por la que se desarrolla el Real Decreto 1506/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen las directrices sobre los certificados de profesionalidad, por la cual se establecen y regulan las pruebas de acceso al certificado de profesionalidad y condiciones para la realización de las mismas. Todo ello enmarcado de una política de formación profesional de competencia estatal regulada por el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre (BOE 17 septiembre), por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

³⁶⁵ Téngase en cuenta que, por esta característica profesional del carnet que habilita para el ejercicio de determinadas profesiones, el empresario está obligado a permitir, según la última jurisprudencia, la licencia para acudir al examen (art. 23 ET).

capacitación del trabajador para concretar las labores propias de una actividad profesional y que dicho criterio se escogió para su inicial encuadramiento profesional y para el posterior cambio funcional accidental.

— *Virtualidad del título como límite a la movilidad*

De esta forma el título puede ser una condición que facilita el juicio de la equivalencia profesional al servir como un requisito de ingreso y de pertenencia a una determinada categoría, pero igualmente el título es un límite a la movilidad funcional accidental. Pues como señala Alemán Paez, subjetivamente, la titulación supone un nexo de unión entre la cualificación poseída y la calificación conferida al trabajador, y objetivamente presupone una serie de actos típicos que configuran el contenido de las profesiones. Por ello, y en principio, se entiende que al asignar cometidos no correspondientes al título se han sobrepasado los límites de previsibilidad del trabajo contratado, sirviendo como presupuesto para resolver el vínculo en los términos del artículo 50 ET³⁶⁶.

No obstante, el título no es por sí mismo una regla suficiente de distribución de competencias. A la hora de concretar materialmente el trabajo convenido no suele haber una determinación clara del contenido funcional de la prestación laboral en base al título, ni en las normas sectoriales ni en las disposiciones administrativas reguladoras de su ejercicio. En muchos casos, los convenios colectivos no hacen distinciones, diferenciando a lo sumo entre «técnicos» (ora «superiores», ora de «grado medio»), «especialistas», «licenciados», «doctores» o «arquitectos», hasta el punto de reconocer expresamente el hecho de no ser un elemento determinante en la asignación de las categorías. Si a ello se añaden los conocidos problemas que originan las interferencias recíprocas entre algunas actividades profesionales y el incremento de aquéllas por la multiplicación de titulaciones y de surgimiento de nuevas especialidades dentro de un mismo área de conocimientos, es evidente que nos encontramos ante un límite canalizador de la movilidad pero demasiado abierto para vehicular por sí mismo los cambios funcionales.

³⁶⁶ Alemán Paez, F., *El encuadramiento...*, cit., pág. 309

2.3. Límites «específicos» convencionales a la movilidad del art. 39.1 ET.

En una parte anterior de este apartado se estudiaron los límites convencionales en una parte del poder de dirección (Donde nos referíamos a los cambios respecto de los que el empresario ostenta un poder originario para ordenarlos al trabajador, sin más limitaciones que las propias o comunes a cualquier ejercicio contractual del poder de dirección del respeto a los términos del contrato, a la legalidad vigente, a la moral y a las buenas costumbres. De hecho se tratan de cambios estrictamente accesorios que, sin embargo, no llegan a formar parte de la modificación funcional legal accesorio o no sustancial de la relación laboral, pero que son imprescindibles en nuestro estudio para llegar a delimitar la otra parte del poder de dirección en su faceta movilidad legal accidental)³⁶⁷, corresponde analizar ahora estos límites convencionales y su virtualidad dentro de la configuración legal de la movilidad funcional accidental del art. 39.1 ET, lo que obliga en un primer momento al estudio de la naturaleza jurídica del art. 39 ET y, posteriormente, los límites convencionales a las facultades de movilidad previstas por el legislador.

2.3.1. Introducción.

Las limitaciones convencionales a la presente facultad legal accidental no tendrían otra finalidad que la de introducir los intereses colectivos en la movilidad, reduciendo los excesos de los ambiguos límites legales garantizando así la verdadera accidentalidad del cambio funcional en un determinado ámbito productivo, con vistas a facilitar la movilidad funcional respetando la profesionalidad del trabajador y la utilidad a la empresa; por tal razón, en ningún momento se podrá alegar que tales previsiones convencionales pueda provocar una vuelta a las rigideces de la etapa anterior, precisamente porque aquella se debía en parte a la falta de convenio colectivo que se preocupase de adecuar el sistema de clasificación profesional y la movilidad funcional de acuerdo a las nuevas exigencias de la empresa y los trabajadores. Pero antes habrá

³⁶⁷ Véase, up supra, el punto 2.7,3 b) de este trabajo.

que analizar la naturaleza jurídica del art. 39 ET en relación con la regulación de esta materia por los convenios colectivos.

La doctrina³⁶⁸ ha apuntado tres corrientes doctrinales al respecto:

En primer lugar estaría la tesis que, basándose en la literalidad de la ley «*no tendrá otras limitaciones*», entiende que el art. 39 E.T. es una norma de derecho necesario absoluto no mejorable, en el sentido de limitar la movilidad funcional o garantizar la protección de la profesional en el cambio, por convenio colectivo³⁶⁹.

Frente a lo anterior, estaría la tesis que defiende el carácter dispositivo de dicho precepto, en base al apartado 5 del nuevo art. 39 E.T. que remite a las reglas establecidas en el convenio colectivo para un supuesto de mayor gravedad o intensidad en la modificación funcional³⁷⁰, bajo la regla lógica, pero no siempre correctamente aplicable en derecho, de que «quien puede lo más puede lo menos».

En tercer lugar, hay una tesis que aboga por el carácter imperativo mínimo del art. 39 E.T, de la cual debe destacarse de esta tesis, por ser la más ajustada a la interpretación global del art. 39 ET y en concreto del apartado primero que ahora nos trae su atención, que la remisión que realiza el apartado 5 del art. 39 ET lo es solamente al «procedimiento» que se prevea al respecto (de la movilidad a funciones distintas de las pactadas) en el convenio colectivo, siendo, por el contrario, el contenido «sustantivo» del precepto, ante una norma de mínimos, pues «cuando las leyes de la reforma han querido dispositivizar algún precepto de cara a la negociación colectiva, sencillamente, y como se constata leyendo el articulado de las mismas, lo han hecho expresamente»³⁷¹. Dejado aparte convenios que pueden dejar al trabajador liberto para negarse a la movilidad propuesta (Sentencia del TSJ de Aragón de 19 de noviembre de 1999), debe destacarse que por el cauce de la negociación colectiva podrán fijarse límites al

³⁶⁸ Un resumen de éstas puede verse en Fabregat Monfort., G., *El régimen...*, cit. págs. 274 y ss

³⁶⁹ Conde Martín de Hijas, V., «Clasificación profesional...» cit., pág. 231

³⁷⁰ Valdés De la Vega, B., «Individual y colectivo...», cit., pág. 129.

³⁷¹ Sala Franco, T., «La movilidad...» cit. págs. 77; Sala Franco, T., et al., *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva* MTAS 2001, págs.. 120-123. Y como señala en este punto Fabregat Monfort no nos encontramos ante una cuestión de orden público que justifica su regulación por medio de normas absolutamente imperativas, de ahí que el art. 39 E.T. no puede tener una naturaleza jurídica de derecho imperativo absoluto ni tampoco dispositivo. Y por consiguiente, aunque su régimen se puede negociar dicha negociación debe suponer siempre una mejora al trabajador (Fabregat Monfort., G., *El régimen...*, cit. págs. 275).

ejercicio de la movilidad funcional y ampliar los derechos laboral con respecto a lo establecido en la norma legal, pero no reducirlos³⁷².

Al entender el régimen del art. 39 ET como una norma de derecho necesario relativo, es decir, mejorable la regulación (para el trabajador) por convenio colectivo. En efecto, el respeto al art. 3.3 ET obliga a tener en cuenta a los convenios colectivos como fuente normativa³⁷³ cuando los mismos establezcan una regulación a mejor o en beneficio de las condiciones laborales del trabajador en la movilidad funcional³⁷⁴ –tanto en el supuesto de modificación funcional como de movilidad accidental-, así como, se entienden sin efecto, los convenios que establecen un régimen de movilidad funcional en condiciones para el trabajador peor al legal³⁷⁵. Otro tanto ocurre con las mejoras convencionales desde un plano individual, esto es, desde el contrato de trabajo, las mismas se consideran condiciones más beneficiosas a título individual, por tanto, de necesario respeto a un a pesar de cambiar el régimen convencional o incluso el empleador, y ello sin que ello suponga un obstruccionismo en el poder de dirección del empresario, que no desaparece sino un supuesto de autorregulación de sus condiciones de trabajo por el empresario y el trabajador³⁷⁶. De acuerdo con lo expuesto, por convenio colectivo se podrá modalizar la regulación de los límites y garantías de la movilidad funcional, así como señalar que, a pesar de su regulación convencional, se mantienen los límites legales³⁷⁷ manteniendo el status jurídico del trabajador, en este sentido, entiendo que resultan perfectamente ajustadas a la ley tanto disposiciones

³⁷² El Convenio Colectivo Estatal para las Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y para las del Comercio Exclusivista de los mismos materiales. (Resolución de 3 de septiembre 2002 [BOE de 24 septiembre]), en su art. 71 califica la regulación estatutaria como materia de derecho necesario.

³⁷³ Salvo aquellos escasos -que por respetar ciertas garantías- exige una regulación del ET en forma de norma imperativa o norma de derecho necesario absoluto.

³⁷⁴ Como mejora del régimen del ET o restricciones en los límites, se pueden citar, a título de ejemplo, la prioridad de permanencia de algún colectivo, exigencia de aplicación de criterios de equidad, procurando causar el menor daño y facilitando la rotabilidad entre los trabajadores. Véase el Convenio Colectivo de las empresas organizadoras del Bingo (BOE 20.11.1999).

³⁷⁵ De ahí la expresión inicial del art. 39 ET: «no tendrá otras limitaciones», es decir, el régimen de movilidad funcional no es dispositivo para la normativa colectiva, ésta se coloca en una situación inferior, lo cual no le impide mejorar al ET. En efecto, como señala Cruz Villalón *las modificaciones...*, cit. pág. 146, no era extraño, observar tras la entrada en vigor del régimen de movilidad funcional del ET/1980, algunos convenios que establecían el *ius variandi* en unos términos más laxos que los legales.

³⁷⁶ Estableciendo, por ejemplo, cargas en el ejercicio: la información por escrito de la medida y bajo qué criterios se ha identificado las funciones básicas de otra categoría a fin de entender que para las mismas se requiere la misma aptitud que la contratada.

³⁷⁷ Véase, como ejemplo del mantenimiento de los límites legales, el ACV de 1997 y el ANC de 2007.

convencionales que contienen especificaciones puntuales añadidas al régimen jurídico del E.T., como aquéllas otras que contienen nuevas limitaciones innovadoras cuya inobservancia puede convertir en ilícita la decisión empresarial.

2.3.2. El contenido de las previsiones convencionales: estudio de una casuística.

La intervención del convenio colectivo disponiendo, en favor del trabajador, de límites y garantías aplicables a la movilidad funcional, puede sistematizarse, siguiendo la tipología de Alemán Páez, en los siguientes cuatro bloques³⁷⁸: reglas de carácter técnico, subjetivas, procedimentales y de índole colectiva.

1-Reglas de carácter técnico. En este bloque debe destacarse lo siguiente: aquellas disposiciones convencionales que, al complementar las previsiones legales, vienen a limitar la movilidad del art. 39 E.T. El tema se reconduce a matizaciones relativas a la retribución, al plazo máximo de duración de la movilidad, sobre todo, de la que supone realizar funciones de categoría o grupo superior, a la causalidad, etc.

2-Reglas de carácter subjetivo: Dentro de este segundo bloque quedarían incluidas todas aquellas disposiciones que contienen reglas y preferencias para determinar la persona afectada por los cambios funcionales y para objetivar, en cierta medida, la manera de llevar a cabo los cambios funcionales. Es decir, disposiciones que, por ejemplo, circunscriben la ejecución de la movilidad en un den inverso a la antigüedad, prohíben reiterar los cambios en un mismo trabajador etc

3-Reglas procedimentales. En este tercer grupo estarían incluidas todas aquellas disposiciones que tratan de garantizar una mayor seguridad jurídica a la movilidad. Así, por ejemplo, disposiciones que obligasen a comunicar por escrito la orden de movilidad, o que condicionan la validez de la modificación a la notificación expresa al trabajador de la causa que origina el cambio de la función, etc.

4-Reglas de índole colectiva: En este último grupo podrían encuadrarse todas aquellas normas convencionales que tratan de otorgar una mayor, intervención y control

³⁷⁸ Alemán Páez, F., *El encuadramiento profesional*, cit., pág. 325

colectivo a las modificaciones funcionales. En este sentido, todas aquellas previsiones que tuvieran por finalidad la ampliación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, serían reconducibles a este cuarto tipo de limitaciones y garantías convencionales.

Junto a lo anterior debe igualmente señalarse la disponibilidad por el convenio colectivo del concepto de movilidad funcional accidental. Pues bien, bajo lo que se ha denominado disponibilidad del concepto movilidad funcional³⁷⁹, cabe plantearse hasta qué punto puede el convenio colectivo decidir el propio concepto de movilidad funcional accidental o, lo que es mismo, que un determinado cambio de funciones sea o no accidental.

Hay un sector doctrinal que avalado por cierta doctrina judicial³⁸⁰ viene a defender el carácter dispositivo del art. 41 E.T. Frente a lo anterior se puede igualmente alegar que, aplicando la regla lógica, pero no siempre correctamente aplicable en derecho, de que «quien puede lo más puede lo menos», también podría ser dispositivo el art. 39 ET, pudiendo los convenios colectivos establecer cláusulas sobre cambios de funciones definitivos que sobrepasan el ámbito del trabajo convenido no constitutivos de un supuesto de movilidad funcional accidental, y no reconducibles por lo tanto al apartado 1 del art. 39 E.T. Lo cual, por otra parte, como se ha señalado desde un punto de vista atento al papel de los agentes sociales³⁸¹, no sería tan grave si tenemos en cuenta que el convenio colectivo no es sino consecuencia del acuerdo de voluntades de los empresarios y de los representantes de los trabajadores, y que en nuestro ordenamiento se rige por el principio de protección novatoria³⁸².

Por otro lado, en relación al reconocimiento legal de la movilidad funcional y el alcance y significado del respeto de los derechos profesionales del trabajador en la actual

³⁷⁹ Fabregat Monfort., G., *El régimen...*, cit. págs. 275

³⁸⁰ La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre 1997 (AS 1998, 46) consideró lícito que por Convenio Colectivo se conceda al empresario la facultad de modificar el horario a una determinada clase de empleados, sin necesidad de acudir al art. 41 del E.T., al entender que los convenios colectivos pueden determinar qué modificaciones son o no sustanciales. Y de no serlo, es decir, de no ser consideradas como sustanciales, por el convenio, la modificación de las condiciones de trabajo de un determinado colectivo no precisará el trámite del art. 41 E.T., pues no constituirá un supuesto de modificación sustancial, sino el ejercicio empresarial de una facultad concedida por los interlocutores sociales.

³⁸¹ Fabregat Monfort., G., *El régimen...*, cit. págs. 276

³⁸² Sentencia del TSJ C de 21 de septiembre de 1994 (AS 1994, 3509)

regulación del art. 39.1 ET, ya se ha estudiado que, siguiendo la lógica de la movilidad funcional accidental, cuanto más sistematizada esté ésta, menor será el campo de actuación del empleador³⁸³. Siguiendo en la línea de este razonamiento, si convencionalmente se pacta un sistema clasificatorio conformado por grupos profesionales «definidos», es evidente que el número de modificaciones «cuyo contenido general de la prestación no sea homogéneo» que, por darse dentro del mismo grupo profesional, se esconden bajo la apariencia de movilidad funcional ordinaria, se reducirán, por no decir que desaparecerán. En ese sentido, en lugar de flexibilidad empresarial, lo que se logrará es que toda movilidad que al trabajador le suponga realizar funciones que, en lo que se refiere a las «aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación», no sean similares a las que hasta ese momento desempeñaba, estén siempre sujetas, por previsión convencional al respecto a temporalidad y causalidad³⁸⁴. Con importantes garantías de estabilidad laboral que, sin conducir a la inmovilidad, ello podría conllevar. Esta lectura parte de un error de base —ya que entiende aplicable la movilidad accidental dentro del grupo profesional «no definido», y no, en su lugar de la equivalencia profesional entre categorías como sería más correcto con una interpretación global del apartado 1 del art. 39 ET leído bajo el respeto a los derechos profesionales del trabajador— y por ello considera que en la actualidad a los convenios colectivos que siguen clasificando conforme al concepto de grupo profesional que las Ordenanzas laborales se les sigue aplicando el primer párrafo del apartado 1 del art. 39 ET, cuando en caso de falta de definición de grupo profesional el referente es la equivalencia entre esas categorías profesionales; hay que entender que la equivalencia entre categorías profesionales de igual forma que se aplica al sistema de clasificación profesional por categorías, también lo hace cuando el grupo profesional no se encuentre definido convencionalmente.

³⁸³ lo cierto es que las facultades modificativas del empleador podrían verse implícitamente limitadas y de forma similar a lo que ocurría con la clasificación profesional pactada convencionalmente, si en el momento de determinar cuál es la prestación laboral se definiesen de forma muy precisa las funciones que el empresario puede exigir al trabajador. Cuanto más concreta sea la prestación laboral pactada, menor será la posibilidad de que el empleador, amparándose en la especificación de la amplia prestación laboral pactada, pueda, sin modificar su contenido, exigir al trabajador el desempeño de funciones distintas a las que "habitualmente" realiza.

³⁸⁴ Fabregat Monfort., G., *El régimen...*, cit. págs. 278 quien señala que tan atentatorio para la dignidad profesional del trabajador es una movilidad no sujeta a causa ni temporalidad le suponga realizar funciones que siendo susceptibles de ser consideradas como de carácter superior, por pertenecer a su mismo grupo profesional, no le otorguen derecho a reclamar su retribución, estabilidad, y ascenso, que, por el mismo motivo, se le imponga la realización de funciones inferiores sin mantenimiento de la retribución de origen

2.4. Las garantías del trabajador en la movilidad funcional del art. 39.1 ET.

2.4.1. *La improcedencia del despido derivado de la ineptitud/inadptación*

La garantía se recoge de forma genérica en el art. 39 y de forma específica en el art. 22.3 ET cuando recoge la presunción de equivalencia.

Por lo que respecta al primer artículo (39 ET) Pero aún en el caso de la realizar de dichos procesos la garantía que posee el trabajador (art. 39.4 ET) frente a la invocación empresarial de la ineptitud del mismo, por desarrollar las nuevas funciones encomendadas, permanece

Esta función de garantizar un pre-calentamiento o entrenamiento se encuentra vinculada a evitar los despidos objetivos por inaptitud, en este caso, por inadaptación motivado al cambio de funciones. Así se expresa la memoria del proyecto de ley (de la futura ley de 11/1994) al señalar que “como contrapartida a la amplitud de la facultad de movilidad funcional que el la equivalencia otorga al empresario, se establece, en garantía de los derechos de los trabajadores, la cautela de que el empresario que ejercite dicha movilidad no podrá invocar la ineptitud del trabajador para las nuevas funciones encomendadas” .

El deber del empresario de realizar la formación o entrenamiento profesional del trabajador cambiado a otra categoría equivalente. Con ello se pretende por el legislador evitar que la equivalencia sea una fácil antesala para extinguir el vínculo por circunstancias objetivas, conectando así con la previsión del art. 39.3 ET que impide la invocación de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación cuando se realicen funciones distintas de las habituales.> (Se asimilaría la sustitución de la prestación que permitiría la equivalencia con la consideración de una función no habitual)³⁸⁵

La imposibilidad de cumplir la prestación pactada (y la equivalente)

Se trata de la única circunstancia que como tal es causa de resolución expresa del contrato de acuerdo con el Código Civil, sin derecho a indemnización por la otra parte. En las obligaciones de dar queda extinguido el deber de su cumplimiento cuando la cosa

³⁸⁵ Véase, Cruz Villalón, J., *Las modificaciones* pág. 108.

se perdiera o destruyera sin culpa alguna del deudor y antes de haberse constituido en mora (1.182 C.C.). Igualmente, en las obligaciones de hacer el deudor queda liberado cuando la prestación resultase legal o Físicamente imposible (art. 1.184 C.C.).

Se trata de una situación en la que concurre un hecho obstativo del cumplimiento de la obligación que, resumiendo la doctrina civil, debe reunir los siguientes requisitos imprescindibles, particularmente

El hecho de que deba tratarse de una imposibilidad intrínseca, en la que no exista culpa o negligencia del deudor, no es óbice para que se pueda configurar como imposibilidad objetiva o subjetiva. La imposibilidad objetiva en el sentido de que posee una referencia directa a la prestación en sí y por sí misma considerada, hecho que tiene su origen en acontecimientos que bloquean el cumplimiento de la obligación abstractamente considerada, independientemente de las partes concretas que se obligan (fuerza mayor propia, inexistencia de materias primas que abastezca la empresa, amortización o desaparición del puesto de trabajo, etc.). Pero además puede darse una imposibilidad «subjetiva» que deriva de condiciones personales del deudor que realiza la prestación (ineptitud del trabajador, falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas, etcétera); constituye una imposibilidad de especial incidencia en los contratos *Intuitu personae* como el del trabajo, donde la prestación no es susceptible de ser cumplida por otros³⁸⁶

En resumen, salvando lo dispuesto en el art. 52.1. 1.), EL, el empresario no podrá obligar al trabajador a realizar los cursos de formación a que nos hemos venido refiriendo. Este último será libre para aceptarlo o no, si bien correrá con el riesgo de que su no asistencia, a medio o largo plazo, le pueda llevar a una reducción en su rendimiento o le suponga una ineptitud sobrevenida que puedan justificar su despido procedente

En el ejercicio de la movilidad funcional equivalente la incapacidad se puede dar, puesto que con la reasignación incluso equivalente no puede exigir la misma diligencia y resultado que si estuviera prestando sus servicios en una situación de normalidad. Así, por ejemplo, el posible despido por ineptitud o falta de rendimiento únicamente será

³⁸⁶ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones* pág. 164

procedente respecto de sus funciones contractuales, pero no de otras que cumple temporal y accidentalmente.

Salvando las reglas especiales en materia de retribución, el resto de los deberes y obligaciones derivados de la relación laboral se mantienen inalterados; concretamente así lo establece

2.4.2. La garantía retributiva

El principal efecto derivado de la atribución legal al empresario para realizar un cambio en la prestación será el cambio de los deberes del trabajador en lo que se refiere a las funciones a realizar.

No obstante, en esta realización de nuevos deberes laborales el trabajador tiene legalmente garantizados derechos y prerrogativas. En efecto, como no se puede esperar del trabajador un cumplimiento de sus nuevos deberes perfectamente y con un mismo nivel de rendimiento, el ordenamiento laboral garantiza que el posible despido por ineptitud o falta de rendimiento únicamente será procedente respecto de sus funciones contractuales, pero no de otras que cumple temporal y accidentalmente, también prevé prerrogativas formativas que se convierten de deberes del empresario.

Por otro lado, salvando las reglas especiales en materia de retribución, el resto de los deberes y obligaciones derivados de la relación laboral se mantienen inalterados por previsión legal (art. 39.3 ET) en relación con el art. 25 ET.

No obstante suelen presentarse algunos supuestos excepciones. En ocasiones, la realización de la otra categoría profesional lleva necesariamente aparejado el cumplimiento de los servicios en otras condiciones o circunstancias, particularmente de horario, jornada, etc.; cuando se pasa a realizar una labor a otra área o sección, necesariamente el trabajador deberá adaptarse a los turnos, al horario, a los descansos y la jornada de trabajo. Sin embargo, como señala Cruz Villalón, en estos casos estamos

ante otros «efectos accesorios», que van unidos a la propia efectividad de la alteración funcional³⁸⁷ y que en nada contradicen el art. 39.3 ET

³⁸⁷ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 191

CAPÍTULO TERCERO CONCEPTO Y ÁMBITO DE EJERCICIO DE LAS CATEGORÍAS PROFESIONALES EQUIVALENTES

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Para conocer el significado de la institución objeto del presente estudio debemos partir de su positivación en el E.T. y de la determinación del concepto legal de «categoría profesional equivalente». Se trata de la institución de la movilidad funcional que permite variaciones ordinarias de las funciones de las categorías que realizaba el trabajador por otras equivalentes en cualificación presentes en otra categoría profesional distinta a la inicialmente asignada. Sin perjuicio de que con posterioridad en el capítulo IV se estudie con mayor detalle esta institución, se puede decir que ésta supone una situación en la que el empresario reasigna, haciendo uso del poder de dirección, funciones de otra categoría distinta pero equivalente en aptitudes profesionales a las que tenía el trabajador al inicio de su relación laboral. De esta forma, el ET otorga un mayor flexibilidad al contenido y ámbito de la prestación debida del trabajador al permitir que ésta contemple las funciones de categorías equivalentes a las iniciales, resultado ser una facultad empresarial de movilidad funcional que amplía los anteriores límites objetivos del poder de dirección, puesto que exige tareas no correspondientes a la categoría del trabajador, si bien equivalentes a ésta. Con su positivación en 1994 se trató de ampliar la posible rigidez de los anteriores límites de la movilidad funcional accidental o interna (el grupo y la categoría profesional), posibilitando la movilidad entre categorías profesionales previo juicio empresarial de la existencia de la equivalencia.

Por cuanto se amplía el límite objetivo del poder de dirección a través de un juicio de la equivalencia, cabe preguntarse por la validez del juicio de equivalencia que el legislador establece y a qué finalidad atiende su positivación. Hay que señalar inicialmente que el supuesto de hecho al que se aplica la consecuencia jurídica de la movilidad funcional accidental u ordinaria es un elemento referencial: la «equivalencia» de dos categorías; por lo cual, se hace preciso iniciar el estudio de esta referencia de la equivalencia por separado, a la luz de dos juicios relacionales básicos: el juicio de equivalencia en general, como una relación de elementos cuya naturaleza permite que sean intercambiables, y el juicio de equivalencia entre categorías profesionales equivalentes, como una relación de elementos impuestos normativamente a través de una presunción de equivalencia.

1.1. Significado y manifestaciones de <equivalencia> de dos instituciones jurídicas.

1.1.1 *El juicio de equivalencia en general*

El término «equivalente» refiere, en el lenguaje ordinario y jurídico, a una sustitución que da un resultado similar al anterior o la misma³⁸⁸. La equivalencia es, pues, una cualidad derivada de un juicio relacional entre dos situaciones que sustancialmente son idénticas en naturaleza o resultado. Por otra parte, resulta igualmente frecuente asociar «equivalente» con la idea sustituible, de tal forma que el cambio equivalente es, en el lenguaje jurídico, aquel cambio cuyo resultado es igual en hechos o actos, fundamentos, motivos, causas o efectos al inicial, y, por tanto, semejante en trascendencia jurídica al inicial³⁸⁹. Pudiéndose también utilizar dicho calificativo de «equivalente» para señalar la confusión entre dos o más acciones o cosas que tienen, si no un mismo distintivo común, datos o hechos que explican ciertas evoluciones semejantes. De ahí que la calificación de una tarea como «equivalente» a otra, en su acepción más común, designe a una tarea que mantiene o es del mismo valor o, el contravalor en igualdad, de la mencionada tarea.

No obstante, pese las múltiples aplicaciones del calificativo equivalente, la categoría profesional «equivalente» se puede sustituir por «intercambiable» con otra categoría con la que tenga en común naturaleza, causa o condición de sus elementos. Con lo que el problema se concreta entonces en delimitar cuáles son los elementos relevantes para apreciar la intercambiabilidad entre ambas categorías profesionales. Esta idea de inclusión de elementos comunes o sustituibles nos parece la vía más adecuada para emprender el estudio de la materia objeto de investigación. En esta acepción de la equivalencia, por lo demás, coinciden los autores que han abordado la determinación de la prestación laboral³⁹⁰ y el tratamiento jurídico del cambio funcional accidental³⁹¹.

³⁸⁸ Así, por ejemplo, en el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores (ET-95) se dice “Que se desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo”..

³⁸⁹ En este sentido, por ejemplo, se habla de «equivalencia gramatical» para designar la relación de igualdad funcional entre dos o más elementos de una oración que se pueden permutar o intercambiar en un contexto determinado, si bien se pueden producir diferencias estilísticas o semánticas

³⁹⁰ Véase, CUENCA ALARCÓN, M., *La determinación de la prestación de trabajo: Clasificación profesional y trabajo convenido* CES Madrid. 2006 pág. 236.

³⁹¹ González Ortega, S., «Clasificación profesional y movilidad funcional» En: *Reforma de la Legislación Laboral* (Jornadas organizadas por la Junta y Ilmo. Col. Abogados Málaga) Coord ESCUDERO RODRÍGUEZ, Sevilla 1997, pág. 68

Con todo, desde esta perspectiva, no hay que olvidar que esa intercambiabilidad entre elementos —en que consiste inicialmente el calificativo equivalente— lo es respecto a la materia o los elementos que son puestos en relación. En nuestro caso, los elementos son dos categorías profesionales, las cuales se asocian con la profesión y el oficio³⁹² y que engloban muchos referentes jurídico-laborales. En efecto, la dificultad para apreciar la equivalencia entre categorías no deriva sólo en la dificultad de la descripción de su contenido y naturaleza y la intercambiabilidad entre ellas; sino de que cada categoría profesional, por tradición, es en principio diferente de otra tanto en cualificación como en funciones o tareas, estando todas ellas niveladas en el convenio colectivo, con lo que cada una de ellas da lugar a un oficio o puesto de trabajo diferente. Por ello, hay que realizar, en esta labor de equivalencia, un juicio de descubrimiento de los elementos que constituyen un mínimo común múltiplo de ambas categorías profesionales³⁹³.

En nuestro caso, el ordenamiento positivo nos ofrece ese elemento mínimo común; y así, el elemento y requisito previo para el juicio de equivalencia es de la «aptitud profesional» requerida en dos categorías profesionales, con lo cual se convierten en categorías intercambiables. El art. 22.3 del ET-94 indica que “se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la *aptitud profesional* necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda”. Con esta previsión legal es fácil observar como se podrían calificar de equivalentes categorías con alto grado de incoherencia profesional, utilizando la figura de manera abusiva y consolidando situaciones profesionales de equivalencia que son ilógicas. Como observa ALARCON CARACUEL³⁹⁴, como “así, se daría el caso de que la categoría de jefe de negociado es equivalente a la de auxiliar administrativo porque, lógicamente, el primero (por la aptitud profesional requerida para el desarrollo de un puesto de jefatura) podrá hacer las funciones del segundo”.

³⁹² La categoría profesional es un elemento de la clasificación profesional del trabajador que señala la clase de trabajo a realizar por el trabajador, y los elementos que la integran: las funciones, tareas, cualificación, etc. Véase, infra. el punto 1.2.1.

³⁹³ Así, y realizando una analogía con las matemáticas, el *máximo común divisor* El máximo común divisor, se ponen uno debajo del otro, se sacan todos los divisores de los dos números y será el máximo. Así, El máximo común divisor de los números 100, 200, 300, es 100, pues no hay ningún número mayor de 100 que divida a 100, 200 y 300; por su parte, el mínimo común múltiplo («m.c.m.» o «mcm») de dos o más números naturales es el menor número natural (distinto de cero) que es múltiplo de todos ellos, El mínimo común múltiplo de los números 100, 200, 300, es 600, pues 600 es el número más pequeño que es múltiplo de 100, 200 y 300.

³⁹⁴ ALARCÓN CARACUEL, M., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, En VVAA Nuevo marco de las relaciones laborales. Institut d’Estuis Laborals. 1995. pág. 141

Ahora bien, aceptando siempre la ineludiblemente necesidad de aceptar la previsión legal, esta identificación legal de la equivalencia entre categorías profesionales, con ser clave: pues permite la descomposición del elemento cualificacional (la *aptitud profesional*) de dos categorías como paso previo a su juicio de equivalencia, no permite, pues, concluir que, en todos los casos, dos categorías profesionales por compartir una misma *aptitud profesional* son equivalentes³⁹⁵. En efecto, los problemas jurídicos implicados en el cambio equivalente entre categorías profesionales son más amplios y complejos que el análisis de la aptitud profesional requerida en ambas categorías y su posesión por el trabajador candidato a ser cambiado de categoría, reasignándole funciones de otra equivalente. Por ello, es preciso el estudio de otros elementos legales de la equivalencia (titulaciones de las categorías y contenido general de la prestación), previsiones convencionales (categorías de origen y destino incluidas en una misma área de actuación o actividad), los requisitos jurídicos previos y los límites genéricos y específicos a la facultad empresarial de movilidad funcional accidental³⁹⁶. En resumen, encuadrar la institución de la equivalencia en el marco contractual de la prestación debida y con la sistemática de instituciones que determinan la movilidad funcional en el ordenamiento laboral, aproximándonos a un concepto de «equivalencia entre categorías profesionales» puesto en relación con el ámbito normativo de aplicación y con los problemas de organización de la fuerza del trabajo que motivaron su positivación en el art. 22.3 ET

Por todo ello, vamos a analizar inicialmente el elemento de la prestación de trabajo, su determinación y desarrollo durante el transcurso de la relación laboral.

1.1.2 *Equivalencia entre categorías profesionales: Aspectos jurídicos.*

Diversos aspectos técnicos pueden dar origen a la necesidad del empleo de la equivalencia de puestos de trabajo en la empresa (dimensiones de la empresa, necesidades técnicas u organizativas de la producción, características y evolución de la

³⁹⁵ Como no es equivalente 100 a 200, a pesar de que 100 es el máximo común divisor de 100 y 200.; ni tampoco 600 a 300, a pesar de que 600 contempla a 300 y 200.

³⁹⁶ Dado que hay una inicial delimitación de la prestación laboral por las partes del contrato por referencia a una categoría o grupo profesional y que un cambio de tal referencia funcional afecta al objeto mismo del contrato, el cambio equivalente de categorías profesionales se presenta rodeado de una serie de peculiaridades, distintas de las que pueda tener un cambio equivalente o accidental del lugar de trabajo o del tiempo de trabajo, o de cualquier otra circunstancia laboral

categoría desarrollada por los trabajadores, la negociación de los trabajadores en convenios de franja, etc.) y permitirían justificar su empleo desde antes de la positivación de la figura en el ordenamiento laboral en 1994, pero hoy en día, la equivalencia se debe considerar en su aspecto jurídico. Los aspectos jurídicos-legales de la equivalencia se contemplan en el art. 39.1 ET, en relación a la movilidad funcional ordinaria en manos del empresario y de la ampliación de la obligación asumida por el trabajador en virtud del contrato de trabajo.

En cualquier caso, la preocupación del legislador por las cuestiones relativas a la movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes se explica gráficamente con una regla conforme a la cual: *cuanto más reducida o determinada legal o convencionalmente viene la prestación laboral “mayor necesidad” existe que el legislador reconozca al empresario la facultad para llevar a cabo una modificación del contenido de la prestación de trabajo.*

Dos son las posibilidades al respecto que marca la citada regla con relación a la movilidad funcional en los sistemas de clasificación profesional que determinan más o menos rígidamente la prestación laboral. Primera, la más común, cuando, en un entorno competitivo, cuanto más determinadas estén las condiciones de trabajo hay una mayor necesidad de reconocer y regular las circunstancias especiales organizativas³⁹⁷ que facultan al empresario para traspasar los límites objetivos del poder de dirección (el grupo y la categoría profesional), exigiendo nuevas tareas que no se corresponde con las propias de la prestación debida, a través de la figura del «Ius variandi». Segunda posibilidad, conocida como cuasi-indeterminación de la prestación que no respeta las normas laborales ni civiles al respecto, que exista una determinación inicial de la prestación con relación a un grupo profesional no definido legalmente muy amplia de tal forma que la relación de funciones debidas por el trabajador sea amplísima, en este caso, los cambios funcionales se realizarán al interno de ese grupo en base al poder directivo y formalmente como cambios «accesorios» de la prestación laboral³⁹⁸. En este panorama, ante circunstancias cambiantes del sistema organizativo, no habría necesidad de que el legislador reconozca al empresario facultades legales para traspasar los límites

³⁹⁷ En la actualidad, se considera pacífico que la medida que la «determinación sucesiva» de la prestación es un elemento fisiológico o normal de las relaciones laborales. A favor de esta concepción fisiológica o normal se presentaban GHEZZI G.,-ROMAGNOLI, U., “Il rapporto di lavoro”. Zanichelli. 1995. pág. 167ss

³⁹⁸ La prestación debida por el trabajador será las actividades contenidas en ese grupo o categoría profesional una vez especificadas por el empresario.

objetivos del grupo profesional, por cuanto la amplitud de ese marco de tareas es suficiente para exigir nuevas tareas al trabajador que puede o sabe hacer; nuevas exigencias de tareas que se corresponderían con las propias de la amplia prestación debida por el trabajador.

Para comprender el ejercicio de la equivalencia es necesario, pues, partir en un primer momento de la delimitación del referente funcional global (el grupo o la categoría profesional) que abarca las funciones debidas. Este referente, por previsión legal, está concretado por la negociación colectiva. Con la remisión al mismo por las partes del contrato de trabajo se respeta las normas laborales y civiles sobre la determinación del objeto del contrato de trabajo. Según, este referente sea mas o menos amplio funcionalmente hablando habrá —conforme a la regla antes vista— mayor o menor necesidad del reconocer al empresario facultades para modificar el contenido de la prestación. Así, tenemos, en este primer momento, las siguientes situaciones: (1) cuándo el referente global no está concretado o existe una indeterminación de la prestación —que abarcaría a todo tipo de funciones— por lo que se hace innecesario reconocer por vía legal al empresario facultades modificativas, al ya tener otorgado un uso indiscriminado de la fuerza de trabajo; (2) cuándo el referente global (grupo o categoría) abarca las funciones debidas con mayor o menor amplitud pero sin dejar indeterminada la prestación debida con la necesidad de que el ordenamiento jurídico reconozca al empresario la facultad de movilidad funcional, dentro de su poder de dirección o excediendo éste.

En un segundo momento es igualmente necesario distinguir: (1) cuándo hay un reconocimiento de circunstancias organizativas que facultan al empresario a sobrepasar los límites de la categoría profesional para realizar la movilidad funcional, sin sobrepasar la frontera del poder de dirección y, (2) cuándo se sobrepasa la frontera ejerciendo el empresario facultades directivas extraordinarias. Esta frontera es difícil de fijar por cuanto sus perfiles no están legalmente determinados y son variables según las regulaciones normativas.

Las claves normativas de esta regla se cumplen si comprobamos el ordenamiento laboral actual. Lo cual no significa que no esté exenta de problemas dentro de la sistemática requerida del sistema normativo laboral. Es más, la regla agranda los desequilibrios en el conflicto de intereses entre las partes del contrato en materia de determinación de la prestación de trabajo tal y como lo venía entendiendo, hasta la

actualidad y no sin cierta inestabilidad, el sistema de relaciones laborales y la cultura jurídica. Así, en la actual regulación del ET se constata la existencia de una amplitud del contenido funcional de los grupos o las categorías profesionales para primar los cambios realizados al interno de tales referencias funcionales. Con ello, se atiende a las situaciones urgentes del proceso productivo más comunes y normales en la organización el trabajo. Situaciones que reúnen las siguientes características: (a) No existe limitación legal a esta movilidad en el seno del grupo o categoría profesional más que el respeto a la titulación, que, por agrupar unitariamente funciones, se da por entendido que tendrán la misma. Así lo expresa el art. 39.1 ET “no tendrá otras limitaciones”. Si existen los límites comunes al ejercicio de los derechos y facultades legales (Buena fe, ejercicio regular del poder de dirección, no discriminación, etc.). (b) Un grupo profesional y una categoría multifuncional centran la mayoría de los cambios funcionales ordinarios reasignando una nueva de las plurales funciones comprendidas en el grupo o la categoría profesional, circunscribiendo las manifestaciones del *ius variandi* para solucionar, en circunstancias tasadas, las situaciones productivas excepcionales. Sin embargo, el grupo o la categoría con amplitud funcional que no abarquen de forma unitaria funciones supone una vuelta a la indeterminación de la prestación de trabajo y un desmesurado campo de actuación del poder de dirección empresarial. De igual forma, una regulación laboral que permitiera en cualquier circunstancia el ejercicio del *ius variandi* por el simple hecho de un sistema de clasificación profesional enmarcarse al poder de dirección a sus estrictos términos de especificación interna de la prestación debida, dejaría de presentarse el *ius variandi* como supuesto excepcional.

Por este doble motivo, la regla antes descrita es la clave para entender la introducción por el legislador laboral de 1994 de la institución de la categoría profesional equivalente. Esta institución reconoce al empresario la facultad para llevar a cabo la modificación del contenido de la prestación laboral en un sistema de encuadramiento profesional por categorías profesionales. En este encuadramiento profesional, y aplicando la regla antes enunciada, cuando la prestación laboral está muy determinada —con lo que suponía un rígido límite a la movilidad funcional interna—, o cuando hay un sistema de encuadramiento profesional por grupos profesionales conforme al modelo de las OOLL —donde la prestación laboral era amplísima o indeterminada— había necesidad de que apareciera, en el primer caso, un instituto de flexibilidad empresarial como es la categoría profesional equivalente, y en el segundo caso, un límite a la movilidad, con es la figura jurisprudencia de la equivalencia profesional. Por último, y porque nos será muy útil para explicar la función de la equivalencia, hay que destacar

que ni el reconocimiento al empresario de la facultad para realizar cambios entre categorías profesionales equivalentes ni la amplísima determinación de la prestación por los grupos profesionales de las Ordenanzas suponen prestación debida.

En estos términos, el poder de dirección y la facultad de movilidad funcional del empresario se proyectan sobre el objeto del contrato y consisten en un poder de especificación o posterior determinación unilateral por el empresario de la prestación laboral inicial y relativamente indeterminada con referencia a las tareas del grupo o categoría profesional.

1.2. Aproximación conceptual a la categoría profesional y a las categorías profesionales equivalentes.

El art. 22.3 ET al establecer el sistema de clasificación profesional, se refiere a la categoría profesional equivalente de la siguiente forma: una categoría es equivalente a otra “...cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda”. No se trata de analizar la previsión legal de equivalencia en cuanto elemento del sistema de clasificación profesional, como si de una semejanza de categorías que las partes el contrato pueden pactar la categoría profesional equivalente como determinación de la prestación debida, ni como una renovación de la categoría profesional en su componente subjetivo o cualificacional, sino desde una perspectiva distinta, acorde con la regla de flexibilidad antes enunciada³⁹⁹. De tal forma que en el art. 22.3 ET hay que ver el reconocimiento por el legislador al empresario de la facultad de llevar a cabo una modificación de la categoría profesional inicialmente asignada por otra equivalente. La categoría equivalente nace para hacer frente a las necesidades de flexibilidad de la fuerza del trabajo en un entorno económico muy competitivo y tecnificado en sistema de encuadramiento profesional por categoría profesionales⁴⁰⁰. De

³⁹⁹ Regla conforme a la cual: *cuanto más reducida o determinada legal o convencionalmente viene la prestación laboral “mayor necesidad” existe que el legislador reconozca al empresario la facultad para llevar a cabo una modificación del contenido de la prestación de trabajo*

⁴⁰⁰ En efecto, La exposición de motivos de la Ley 11/1994 señala que “una definición mas flexible, ya desde el ingreso al trabajo, del contenido de la prestación laboral pactada, superando los rígidos esquemas de la clasificación subjetiva de los trabajadores, y una mayor facilidad para adaptar dicha prestación a la variación de las necesidades, son los objetivos de

llevarse hasta sus últimas consecuencias, esta facultad implica que en aquellos sectores de actividad por categorías profesionales⁴⁰¹ el empresario puede llevar a cabo cambios funcionales entre categorías profesionales que sean equivalentes. Hay tanto una ampliación del trabajo debido por el trabajador, con la posibilidad del empresario de exigir ya no son las funciones de su categoría profesional sino también las de las equivalentes, como una ampliación legal de las facultades del poder dirección el empresario, con la posibilidad de traspasar el límite objetivo de la movilidad (la categoría profesional) fijado en el contrato de trabajo y en el convenio colectivo, por previsión legal expresa en el art. 39.1 ET-94. La categoría equivalente establece un nuevo ámbito “normal” del poder de dirección en su faceta movilidad funcional⁴⁰². Es éste el tema que se trata de desarrollar en el capítulo III y que, por ello, en este momento sólo anunciamos.

El Estatuto de los trabajadores acompaña dicha consagración de la ampliación del trabajo debido y del nuevo ámbito de la movilidad funcional ordinaria con el ensayo de definición legal. El nuevo ámbito “normal” de movilidad funcional derivada del poder de dirección requiere una formulación legal, estableciendo una noción legal de categoría profesional equivalente al objeto del mejor aprovechamiento de los recursos humanos en la empresa⁴⁰³. Esta referencia a las categorías equivalentes como límites a la

las modificaciones introducidas en los arts. 16, 22 y 34 del Estatuto de los Trabajadores, siempre en el ámbito de lo que constituyen las aptitudes profesionales del trabajador contratado"

⁴⁰¹ (donde no se ha acogido como referente del sistema de clasificación profesional el grupo profesional (más amplio en contenido funcional que la categoría profesional)

⁴⁰² Con ello se buscaba que indirectamente, y por vía legislativa, el empresario contara con las mismas posibilidades de reasignación de funciones al trabajador con independencia del sistema de clasificación (por grupos o categorías profesionales) de aplicación en la empresa, y, por eso mismo, porque se aplica con independencia del sistema de clasificación profesional, la categoría profesional equivalente es el nuevo límite a la movilidad funcional accidental. De ahí que, si bien es cierto que la categoría profesional (como el grupo) sigue realizando esta función de determinar la prestación inicial del trabajador, sin embargo, en la actualidad, ya no influye de forma única y directa en la amplitud de la movilidad funcional en manos del empresario, es decir, la categoría profesional ya no es el límite objetivo o jurídico-clasificacional a la movilidad funcional que lo constituye la categoría profesional equivalente

⁴⁰³ La introducción de las categorías equivalentes es el último instrumento legislativo para solucionar las disfunciones entre el sistema de clasificación profesional y las necesidades organizativas de las empresas en sistemas competitivos, llevando el respeto al máximo del encuadramiento profesional de determinados convenios colectivos a situaciones ineficientes en la empresa, por ello el legislador sin permitir que se produzca una indeterminación absoluta de la prestación, inicialmente autorizó el desplazando el núcleo de la clasificación profesional desde la categoría profesional al más completo referente funcional del «grupo profesional», admitió la polivalencia funcional cuando existe una causa justificativa y con el requisito de la asignación de la categoría profesional prevalente, finalmente, introduce la noción de la equivalencia como ámbito normal de la movilidad funcional ordinaria en el seno de la empresa

movilidad funcional y facultad empresarial para reasignar al trabajador las funciones de otra categoría equivalente es la que se reconoce por la jurisprudencia⁴⁰⁴ y se configura en los Convenios Colectivos que realizan formulación expresa de las categorías equivalentes, manifestando, por ejemplo, que la movilidad funcional en la empresa se realizará bien entre "otras funciones similares" a las iniciales, o bien con una extensión funcional más limitada: la movilidad funcional se realizará entre "categorías...anexas", "análogas" o "tareas "conexas" a la principal».⁴⁰⁵

A nuestro modo de ver, el art. 22.3 ET no ofrece una definición de lo que sea Categoría profesional equivalente, lo cual es ciertamente criticable. La formulación legal sólo ofrece unos elementos legales (objetivos y subjetivos) para que el empresario pueda realizar su juicio abstracto de equivalencia entre categorías profesionales, y se presuma que, basándose en dichos elementos, realiza un ejercicio regular de su poder directivo, traspasando debidamente la categoría profesional inicial por otras funciones que respetan, por similitud profesional, el trabajo convenido.

Esta formulación que realizamos, precisa de las siguientes concreciones.

a). La supuesta definición de equivalencia de categorías del art. 22.3 ET no es tal, sino una formulación cuyo destinatario es el empresario para dejar claro los elementos (objetivos y subjetivos) que puede y debe seguir para realizar el cambio funcional del trabajador y la reasignación de funciones de una categoría profesional equivalente. Esta singularidad no ha pasado desapercibida para algunos autores, habiendo manifestado al respecto que la equivalencia de categorías presupone la idea de inclusión o pertenencia de ambas categorías. Así, habrá equivalencia cuando las aptitudes requeridas o previstas en una de las categorías incluyan o presupongan las propias de otra categoría⁴⁰⁶; Sin embargo esta visión, la mayoría de la doctrina define la equivalencia como "un tipo de movilidad funcional horizontal, entendida en el sentido de similitud o semejanza y no de identidad, en cuanto categorías pertenecientes a una misma franja profesional y ubicadas en un parecido nivel jerárquico"⁴⁰⁷. Así, la equivalencia que desde un plano dogmático es la nueva, posibilidad de prestación que está *in solutione* dentro del

⁴⁰⁴ Sentencia del TS, de 13 de julio de 1999.

⁴⁰⁵ CC del sector de la Ferralla, y el CC de contratas ferroviarias, ambos con un sistema de clasificación profesional de grupos y categorías profesionales.

⁴⁰⁶ Cuenca Alarcón, cit. Pág. 236

⁴⁰⁷ González Ortega, S., Clasificación profesional y movilidad funcional, pág. 68

cometido laboral contratado⁴⁰⁸, siendo factible por el empresario su ejecución haciendo uso de la facultad de sustitución ante la afinidad técnica existente entre las labores *a quo* y *ad quem*, por razones de oportunidad y por el deber de buena fe caracterizadores de la relación laboral y al amparo de sus facultades organizativas.

b) la similitud profesional a enjuiciar en esta reasignación funcional que, fundamentalmente, supone la categoría profesional no es consecuencia de una situación de reconocimiento fáctico de la aptitud, sino de la «presunción» legal (art. 22.3 del Estatuto) de que la modificación basada en esos elementos no excede los límites del art. 39.1 ET. La presunción legal puede igualmente ser completada con la previsión al respecto de convenio colectivo⁴⁰⁹.

Independientemente de lo anterior, existe un tema de gran importancia y es que la flexibilidad laboral que introduce las categorías profesionales equivalentes, puesto que si bien amplía las facultades empresariales de movilidad funcional con fundamento en el poder directivo, no altera, sin embargo, el esquema general del sistema de clasificación profesional de los distintos convenios colectivos, cuyo encuadramiento podrá realizarse eligiendo el referente del grupo o la categoría profesional. De tal forma que si la modificación excede los límites de la equivalencia o el empresario utiliza los términos ambiguos de la equivalencia para modificar y alterar fundamente la prestación debida, esta modificación podrá ser impugnada por el trabajador por los cauces procesales oportunos. En efecto, la formulación legal del art. 22.3 ET tiene valor exclusivamente como referente de la accidentalidad del cambio, y no hay ni puede haber un sistema de

⁴⁰⁸ En la equivalencia, al igual que en la obligación facultativa, la nueva prestación equivalente no está *in obligatione* por no ser exigible sino en el caso de ser elegida; si está, en cambio, *in solutione*: como medio de cumplimiento de la obligación laboral.

⁴⁰⁹ Así el convenio de AENA el cual en su artículo 22, al definir el grupo y las categorías profesionales, dice que "Cada grupo profesional comprende las categorías que para cada uno de ellos se especifican seguidamente. *Estas categorías serán equivalentes entre sí dentro de cada grupo profesional con independencia de sus derechos económicos...*". Seguidamente enumera los grupos, figurando en el punto B) Grupo de mandos intermedios compuesto por las siguientes categorías: Encargado general; Subencargado general; Encargado o Inspector de Distrito o Zona; Encargado de segunda o Capataz y Encargado o Maestro de Taller. Con lo cual la movilidad entre dichas categorías goza de la presunción convencional de equivalencia, aunque sea dudosa desde cualquier óptica jurisprudencial o doctrinal que el poseedor de la categoría inferior (maestro de taller) pueda realizar las funciones de la categoría superior (encargado general) y viceversa. En sentido contrario, la Sentencia del TSJ de Madrid de 3/3/2008, sección 3ª, que considera que el trabajador de la categoría inferior «... tan solo no ha alcanzado aún "los conocimientos teóricos-prácticos para realizar su cometido con la perfección y eficacia exigidas a los Oficiales de segunda" (lo que no significa que no los tengan para realizar la labor en sí sino tan solo un escalón inferior en el nivel de dominio).

clasificación profesional por «categorías profesionales equivalente», porque el sistema debe ser por categorías y la movilidad funcional entre aquellas que presenten los rasgos legales de equivalencia.

2. PERIODOS NORMATIVOS DE LA CATEGORÍA PROFESIONAL EQUIVALENTE

2.1. Orígenes jurisprudenciales de la equivalencia.

Salvo casos muy aislados, los problemas relacionados con la movilidad funcional accidental u ordinaria, es decir, aquella movilidad que se ejercita en el marco del contrato de trabajo subordinado y que se concreta a la especificación de la prestación de manera unilateral por el empresario dentro del marco del trabajo convenido, no tuvieron demasiado interés hasta la crisis del empleo de finales de los años 70. Las funciones de la categoría inicialmente asignada correspondían al trabajador durante toda su vida laboral, cierto que el empresario, por el poder de dirección, puede concretar las funciones a lo largo de la relación laboral pero siempre limitada o circunscrita a ser una especificación de esa categoría y nunca superándola⁴¹⁰.

La atención comienza con la irrupción del concepto de grupo profesional, la consiguiente ampliación del poder de dirección en su faceta movilidad funcional, y las dificultades de quienes negocian los sistemas de clasificación profesional para eliminar las vaguedades del término legal grupo profesional llamado a sustituir a la categoría profesional. Y es que, efectivamente, en los años 80, la falta de definición del grupo profesional en los convenios colectivos originaba no sólo una indeterminación de la prestación, por la amplitud del referente funcional, sino también la consiguiente ampliación del poder de dirección, en su faceta movilidad funcional, a unos ámbitos similares al del “ius variandi”. En efecto, al no contar la movilidad funcional con un límite objetivo claro como era la categoría profesional o un grupo profesional bien definido que agrupara unitariamente aptitudes y contenido general de la prestación, la movilidad funcional no causal en manos del empresario era amplísima⁴¹¹. Nos

⁴¹⁰ La superación o ruptura de la función de la categoría con la nueva función asignada venía dada por la figura legal, tasada y causal, del “Ius variandi”, institución que concuerda con la movilidad funcional extraordinaria y que marca el límite o anverso de la movilidad funcional accidental que ahora estudiamos.

⁴¹¹ En efecto, dada la vaguedad de la redacción del art. 39 ET-80, los poderes empresariales aumentan muy considerablemente. No ya es que no se respeta el puesto de trabajo, sino tampoco la categoría. El trabajador dentro del

preguntamos entonces, ¿Fue esto (la indeterminación de la prestación y la ampliación del poder de dirección) lo buscado por el ET-80 al introducir la figura del grupo profesional?. No parece que así sea si acudimos a la redacción de los preceptos legales. Por un lado, el grupo profesional se contempla bajo las coordenadas de agrupación unitaria de aptitudes (art. 16 del ET-80) en razón a criterios lógicos de semejanza de tareas, nivel de cualificación, etc. Por contra, si se mantenía el grupo profesional ordenado bajo las coordenadas antiguas de agrupaciones de categorías con fines retributivos o meramente descriptivos, pero no jurídicos⁴¹². Por otro lado, la D.T. 2ª del ET-80⁴¹³ aun cuanto efectuaba una remisión a los grupos de las Ordenanzas con ello imposibilitaba identificar la categoría y el grupo profesional legal, ámbitos y límites de la movilidad funcional del art. 39 ET. Para solucionar cualquier problema de indeterminación y estableciendo un límite a la movilidad funcional se creó la noción jurisprudencial de la “equivalencia profesional”.

La jurisprudencia consideró que había datos suficientes en el propio art. 39, como en el E.T. en general (habida cuenta que existía la expresión «derechos profesionales» en el art. 39 ET-80), para concluir que el límite inferior a la movilidad funcional estará formado por el conjunto de tareas de su puesto de trabajo, así como todas aquellas otras tareas que se puedan considerar como similares desde el punto de vista profesional⁴¹⁴. En efecto, para aproximarnos a las categorías profesionales equivalentes, resulta imprescindible además de acudir a la noción legal de las mismas (art. 22.3. ET-94) acudir a la construcción teórica de la noción de equivalencia profesional, como supuesto autorizado por la jurisprudencia de cambio funcional accidental e indirectamente como

concepto de grupo profesional no definido, se convierte en un todo terreno, aunque sea con las limitaciones enumeradas de respeto a la titulación y a los derechos profesionales. Véase, Cruz Villalón, J., Las modificaciones ..., cit. Pág. 57.

⁴¹² Así el grupo profesional de las Ordenanzas Laborales no cumplía función alguna en la determinación de la prestación debida, ni se podía equiparar a la categoría profesional, ni permitía, por su amplitud, ser un límite a la movilidad funcional ordinaria

⁴¹³ a tenor de la cual a efectos de la definición de grupo profesional en los términos del art. 39ET, se estará a lo dispuesto en las Ordenanzas, mientras que en los Convenios Colectivos no se pacte expresamente otra cosa

⁴¹⁴ En un sentido negativo, y aun formalmente de un grupo profesional de la Ordenanzas laborales, se pueden excluir dos grupos de actividades de la movilidad funcional del art. 39 ET-80. En primer lugar, aquellas funciones encuadradas dentro de una ocupación profesional distinta, esto es, aquellas que exigen unos conocimientos y aptitudes o habilidades que no permiten la conexión de funciones efectivamente desarrolladas utilizando los oficios tradicionales. En segundo lugar, deben quedar también excluidas las funciones que dentro de la ocupación sean superiores o inferiores, que por este motivo implicarán un ascenso o devaluación del trabajado

noción de grupo profesional, que englobaría tareas que muestran todas ellas una equivalencia profesional⁴¹⁵.

En efecto, los tribunales ante la contradicción legislativa (art. 39 y DT2ª ET-80) y citando los “derechos profesionales” del trabajador como base jurídica (art. 39 ET) señalaron un requisito o límite complementario para garantizar un correcto ejercicio de la movilidad funcional dentro del grupo profesional de las reglamentaciones laborales denominado “equivalencia profesional”⁴¹⁶. El concepto de «equivalencia profesional» exigía, «no sólo moverse dentro del ámbito del grupo profesional, sino también respetar la equivalencia de funciones o categorías entre el antiguo y el nuevo puesto de trabajo», o en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 1989⁴¹⁷ -que falló no ser equivalentes, no obstante pertenecer al mismo grupo, las categorías de peón de carga y conductor repartidor- debían respetarse «funciones profesionalmente equivalentes o que tengan el mismo nivel dentro del grupo», pues en otro caso estaríamos ante una «movilidad vertical»...”.

La característica principal de esta noción jurisprudencial de la «equivalencia profesional» es su limitada utilidad, puesto que estaba llamada a actuar ante la evidente contradicción del grupo que fijaba la DT 2ª ET-80 y el previsto en el art. 39 ET-80. De tal forma que, una vez derogada la D.T. 2ª se aplicaría el único límite legal (el grupo profesional del art. 39 ET) con todas sus consecuencias. En efecto, la aparición de la «equivalencia profesional» fue una solución puente o transitoria⁴¹⁸ hasta que los

⁴¹⁵ Cruz Villalón, J.: *Las modificaciones...cit.* pág. 46. La jurisprudencia entendió la necesidad de desprenderse de la concepción tradicional de Grupo profesional como agrupación de categorías con una finalidad de homogeneidad meramente retributiva tal, y entenderla como agrupación de funciones profesionalmente semejantes que clara equivalencia profesional. Sólo de esta forma se engloba en grupo profesional --igualmente que con la categoría profesional-- la idea de clase de trabajo objeto del contrato.

⁴¹⁶ Así, por todas, la STSJ Galicia 7/06/96 (AS 1996\1770): “...En efecto, como ha señalado esta Sala en Sentencia de 28 marzo 1996 (rec. número 4364/1993) el art. 39 del ET -nos referimos a la redacción anterior a Ley 11/1994- resultaba un tanto contradictorio al referirse a la movilidad dentro del grupo profesional, teniendo en cuenta que la Disposición Transitoria 2.ª del propio Estatuto, obligaba a estar, en cuanto a la definición del grupo profesional, a lo dispuesto en las Ordenanzas, o en su caso en el Convenio Colectivo que las sustituyese, la movilidad jugaba realmente, no en función del grupo profesional, sino de la categoría profesional, dado que se regulaban grupos muy amplios, comprendiendo diversas categorías a las que se asignaban funciones muy dispares

⁴¹⁷ (RJ 1989\1905)

⁴¹⁸ La explicación de la aparición de la equivalencia profesional como solución jurisprudencial a la falta de coordinación normativa entre el art. 39 ET y la D.T. 2ª ET-80 ha sido señalada por la doctrina laboral. García-Perrote Escartín, I., “El poder de dirección y movilidad funcional...”cit. Pág. 256 y ss. Román de la Torre, Mª D., *Poder de dirección y contrato de trabajo* cit. Pág. 150 y ss.

convenios colectivos diseñasen un sistema de clasificación profesional basado en grupos profesionales que, como indicaba el apartado 2 del art. 39 ET-80 (y, en iguales términos, el actual art. 22.2 ET-95), agrupasen «unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación».

Ahora bien, muchos de los problemas terminológicos de las categorías profesionales equivalentes tienen como punto de partida una configuración jurisprudencial de la «equivalencia profesional» y de la que el concepto legal de equivalencia entre categorías equivalentes no puede sustraerse, aunque como podemos apuntar aparecen para solucionar problemas distintos, con una vigencia de aplicación diversa y un alcance diferente; otra cosa es que su esquema pueda seguir siendo utilizado “ex-lege ferenda” para solucionar algunos problemas aplicativos de la equivalencia entre categorías profesionales⁴¹⁹, si bien jurisprudencia constante es reacia a la aplicación de un límite a la movilidad funcional fundado en la idea la equivalencia profesional dados los actuales términos el art. 39 ET⁴²⁰.

2.2. Periodos normativos en la idea de equivalencia entre categorías

Aunque la idea de la categoría profesional y el grupo profesional como límites a la movilidad funcional accidental ha estado presente en los textos legales y la Bases de trabajo, siendo tradicionalmente posible la especificación de tareas dentro de tales

⁴¹⁹ Santos Fernández señala que la construcción jurídica apuntada de la «equivalencia profesional» continúa estando vigente. Tras la reforma de 1994, los criterios normativos se encuentran concentrados en dos artículos del ET, el art. 22.3 y 39.1 ET. (Santos Fernández, M^ºD., *El contrato de Trabajo...* cit. Pág. 223.

⁴²⁰ En la jurisprudencia se señala reiteradamente que la noción jurisprudencial anterior de la «equivalencia profesional» que suponía un nuevo límite legal no es aplicable en la actualidad donde se debe acatar el régimen de movilidad funcional del art. 39.1 ET. En efecto, tal y como señala la Sentencia de 30/05/06 del TSJ Navarra [AS 2006\2025] “...desaparecida la prevención de la disposición transitoria segunda del Estatuto de los Trabajadores, y derogadas las Ordenanzas Laborales por la Ley 11/1994 no hay razón que permita desconocer el mandato del art. 39.1. Y conforme a él, es el denominado grupo el marco delimitador de la movilidad funcional que examinamos, pues sólo a falta de definición de los grupos podrá realizarse la movilidad entre las categorías profesionales equivalentes..”. En iguales términos se pronuncia la Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha de 3/09/98 [AS 1998\6890] “...Actualmente hemos de tener en cuenta que, desaparecida la prevención de la disposición transitoria segunda del ET, y derogadas las Ordenanzas Laborales por la Ley 11/1994 no hay razón que permita desconocer el mandato del art. 39.1. Y conforme a él, es el grupo el marco delimitador de la movilidad funcional que examinamos, pues sólo a falta de definición de los grupos podrá realizarse la movilidad entre las categorías profesionales equivalentes..”.

referentes funcionales —LCT, DLRT, ET—, en la utilización que se hace del término no se efectúa ninguna precisión acerca de su significado. Esta circunstancia no ha pasado desapercibida para la jurisprudencia, la cual, consciente de que el legislador no proporciona una imagen suficientemente clara sobre el contenido de la facultad empresarial de mera especificación funcional, se ha esforzado en suplir las insuficiencias legales, construyendo la doctrina de la equivalencia profesional.

En efecto, el grupo profesional propicia un uso flexible de la mano de obra y sienta los presupuestos para la formación de una profesionalidad de corte polivalente, y que aprovechan los Convenios colectivos para vertebrar, de más a menos, el encuadramiento profesional, si bien con un mismo contenido general de la prestación. La categoría profesional, sin embargo, no propicia la misma flexibilidad de la mano de obra que el grupo, la profesionalidad que recoge está estancada en la idea de oficio y escalafón profesional, y pocos Convenios colectivos enriquecen los contenidos profesionales de las categorías en su sistema de encuadramiento profesional. De ahí que el legislador laboral, para un uso flexible de la fuerza de trabajo, da un paso más allá que la jurisprudencia e introduce la “categoría profesional equivalente” como instrumento de movilidad funcional. Esta figura legal aprovecha el referente funcional de la categoría profesional —aún elemento de clasificación arraigado en muchos Convenios colectivos que no precisan de un encuadramiento por grupos profesionales— para flexibilizar su referencia como límite a la movilidad funcional accidental e, indirectamente, fomentando la operatividad como instrumento clasificatorio, de tal forma que los negociadores colectivos vayan enriqueciendo las tareas y cometidos de las categorías profesionales.

Lo más frecuente, sin embargo, es seguir encontrando en los actuales convenios colectivos categorías profesionales con una única función y cometido. Sobre ello nos detendremos más adelante, dejando para el momento presente el estudio de la primera regulación de la Categoría profesional equivalente en el Estatuto de los trabajadores de 1994.

2.2.1 Antes de la reforma de 1994 del Estatuto de los Trabajadores

a) La doctrina española importa el concepto de la categoría equivalente de la doctrina italiana.

La razón de esta división se debe a que con anterioridad a su tipificación legal sólo la doctrina científica mencionaba la necesidad de trasladar la noción de categoría profesional equivalente del ordenamiento italiano al español, como solución institucional para lograr así un marco más flexible y potenciador de la profesionalidad.

En efecto, la particular posición de la doctrina científica respecto a un marco normativo más flexible de la fuerza de trabajo tras la crisis económica de 1993, abre nuevas perspectivas para el tema del cambio funcional entre categorías profesionales, o en otras palabras, en aquellos sectores que por mantener un sistema de clasificación profesional por categorías profesionales limitan enormemente la movilidad funcional y llevan a la amenaza del desempleo a los trabajadores con marcos laborales poco flexibles.

En el derecho italiano, de forma similar a nuestro ordenamiento, la prestación del trabajador debe estar desde el inicio adaptada a la categoría profesional para la cual ha sido adscrito (art. 2103 código civil italiano)⁴²¹. La novedad para la doctrina española venía del segundo párrafo del art. 2103 CCI, el cual señalaba los límites del poder de movilidad funcional ordinario en manos del empresario, y que, en el derecho italiano, quedaba limitado a: «... *aquellas funciones correspondientes a la categoría superior que había sucesivamente adquirido, incluso a categorías equivalentes a la última efectivamente realizada, sin ninguna disminución salarial..*». Esta idea de categoría equivalente era más amplia que la noción de «equivalencia funcional» que empleaba de nuestra jurisprudencia, permitía sobrepasar la categoría profesional como límite objetivo de la movilidad funcional accidental, y garantizaba un grado de flexibilidad y garantía de los derechos profesionales semejante en nuestra legislación. La movilidad entre categorías equivalentes constituye una fórmula empleada en el derecho laboral italiano⁴²², habiendo recurrido nuestra doctrina científica al auxilio que ofrece el derecho comparado, donde existen figuras similares a este tipo de movilidad funcional, para comprender el alcance de esta manifestación del poder de dirección⁴²³. La categoría

⁴²¹ El art. 2103 CC establece: “*El trabajador debe ser asignado a la categoría para la cual ha sido contratado (...). ?*”.

⁴²² Así, por ejemplo, en Italia, Statuto dei Lavoratori, en su artículo 13, de forma semejante al art. 2103 CCI, señala que el trabajador debe ser asignado a la categoría por la cual ha sido contratado o a la correspondiente a una categoría superior que ha adquirido sucesivamente o a categorías equivalentes a la última efectivamente realizada.

⁴²³ Cuando se dice que en el Estatuto del Trabajo español no era aplicable esta tesis acerca de la sustitución de la prestación (la categoría) por su referente equivalente (categoría profesional equivalente) no se está excluyendo 'a priori' su posible aplicación en la relación laboral. Por ello, y en resumen, importa más la idea de la equivalencia tornada en su

equivalente es, pues, un criterio importado del ordenamiento italiano, en el que cuenta con refrendo legal desde 1971, desde la aprobación del Statuto dei Lavoratori y que fue preconizado e incorporado por nuestra doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la Ley 11/1994 dentro de un contexto normativo específico en materia de movilidad funcional, tanto respecto del contexto normativo del ordenamiento italiano como respecto del que instaura la reforma de 1994⁴²⁴.

La importación a nuestro ordenamiento de la figura italiana, sin embargo, debe tener en cuenta el sistema de clasificación profesional y la realidad empresarial que es compleja, mutable y rica en matices, siendo por ello preciso indicar que la importación no es completamente adecuada, por cuanto el encuadramiento profesional resulta diverso al de Italia⁴²⁵ y porque son en último lugar los «criterios de adecuación funcional» los que deben inspirar el ejercicio de esta facultad empresarial.

b) La idea de la categoría equivalente presente en el art. 13 del ET-80.

El Estatuto del Trabajo español de 1980 no era aplicable la tesis acerca de la sustitución de la prestación (la categoría) por su referente equivalente (categoría profesional equivalente) salvo situaciones específicas como en el trabajo a domicilio (art. 13 ET).

En efecto, para esta situación particular, se preveía por el ET-80 la necesidad de comparar categorías profesionales para otorgar una semejante condición laboral; si bien, se preveía la equivalencia, la finalidad de esta previsión se refería a la equivalencia de las condiciones salariales a igualar entre las diversas categorías, al fin de obviar el elemento locativo (trabajo en casa o en la empresa) y dar primacía a la categoría como modulo retributivo.

estado puro, tal como han sido concebidas por la doctrina científica, que la configuración concreta que reciba en el Derecho positivo comparado la noción de categorías equivalentes.

⁴²⁴ Camps Ruiz, L. M., La modificación..., cit., págs. 22 a 25. También, del mismo autor, «El nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional», RTS núm. 43/1994, pág. 54. En esta línea, más recientemente, Cuenca Alarcón, La determinación ..., cit. Pág. 236.

⁴²⁵ la normativa italiana de determinación de la prestación laboral y de encuadramiento de un trabajador en una categoría profesional es más rígido y legalista que nuestro sistema de clasificación profesional. El art. 2095 código civil italiano (en su última reforma que conocemos dada por la Ley 180/1985), el empresario debe asignar una de las cuatro categorías previstas (obrero, cuadro, dirigente y empleado); es decir, un sistema similar a los grupos profesionales de nuestras vetustas Ordenanzas laborales.

En otras palabras, la equivalencia de categorías no se realiza con fines funcionales o de sustitución de prestación sino que su finalidad consistía en obligar a las partes, a la hora de fijar el salario, a observar la «*categoría profesional equivalente*» dentro de una empresa, para asociarle al trabajador a domicilio igual salario que el que actúa en la empresa⁴²⁶. Como decimos, este referente legislativo indicaba⁴²⁷ en su apartado tercero del artículo 13 del ET-80⁴²⁸ la garantía de la misma retribución entre categorías equivalentes independientemente a la localización geográfica del puesto de trabajo. El artículo 13.3 ET-80 introduce un principio de paridad de tratamiento entre quienes ejecuten el mismo trabajo con independencia del lugar de realización, dicha paridad (que no identidad total) puede presentar ineficiencias, así es posible reconocer un perjuicio salarial del trabajador a domicilio ya que aportar su propia maquinaria..., o resultar impracticable en empresas descentralizadas o en empresas con jornada a tiempo parcial⁴²⁹.

Y de ahí se desprende que la noción de equivalencia entre categorías profesional en un determinado plano o condición laboral no sólo es una noción compleja en sí misma por la necesidad de relacionar sino también una noción de suma relevancia en relación con las condiciones laborales o materias jurídicas que está llamada a equiparar u ordenar⁴³⁰.

c) Virtualidad de la movilidad funcional entre categorías equivalentes en el ET-80.

⁴²⁶ Debe entenderse que se iguala el salario como mínimo, mejorable por convenio o pacto individual y que se inserta por la menor capacidad de negociación o por la previsible falta de información (falta de representantes de los trabajadores) del sector que tiene del trabajador a domicilio.

⁴²⁷ La referencia de este dato debe tomarse como mera curiosidad, pues aunque la equivalencia ya se encontraba en el estatuto desde antes de la reforma laboral de 1994, ésta tenía finalidad distinta de configurar la prestación debida artículos 22.3 y 39.1 ET. Por otro lado, al no darse una definición ni unos parámetros para establecer la equivalencia considera ese ejercicio como fácil o sobrentendida.

⁴²⁸ El Art. 13.3 ET establece: “El salario, cualquiera que sea la forma de su fijación, será, como mínimo igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate.” (sus precedentes se encuentran en los artículos 114 a 121—en concreto en el art. 118— de la Ley de Contratos de Trabajo de 1944)

⁴²⁹ Véase SANCHÍS GÓMEZ, E., (tesis) el trabajo a domicilio en el País Valenciano 1982., DE LA VILLA GIL, L. E. y GARCÍA NINET, I., En *Comentarios al estatuto* EDERSA. 1985 p 495. Recientemente CRUZ VILLALÓN, J. En REDT nº 100 .

⁴³⁰ Hay que volver a recordar que la movilidad entre categorías profesionales equivalentes, en este plano de prestación debida o *qualitum* del trabajo, sirve como criterio de delimitación del ámbito funciones que pueden ser encomendadas por el empresario en el ejercicio de las facultades que integran el poder directivo, o los supuestos de movilidad funcional ordinaria ex art. 39.1 del ET, lo que anticipa que aquella asume o puede asumir una relevancia jurídica nada desdeñable.

La inicial regulación del ET sobre las modificaciones funcionales no citaba entre ellas a las modificaciones por movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes. Este hecho imposibilitaba el ejercicio de la reasignación de funciones de una categoría profesional equivalente en base a la ausencia de regulación expresa, sin la cual la categoría profesional (o mejor de la prestación debida inicialmente) se constituía como límite a tal facultad empresarial. Las posibilidades de razonar la exclusión de la equivalencia entre categorías en el ET-80 como supuesto de movilidad accidental son evidentes y en base a las siguientes:

En cuanto a la facultad empresarial de reasignación de funciones de otra categoría profesional equivalente dentro del marco del poder de dirección, ésta choca con la afirmación del artículo 20, número 1 de la disposición que se examina: «*El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue*». Conforme a esta previsión, el trabajador se encuentra obligado a realizar, bajo la dirección del empresario, el «trabajo convenido»; o como señala Cruz Villalón⁴³¹, el trabajo a prestar en cualquier momento debe ser del tipo (categoría profesional) y características (a la cualificación contratada y prevista en la categoría profesional) descritas genéricamente con esa referencia al trabajo convenido, sin poder traspasar tal límite, por cuanto sería una modificación de la relación laboral o, de una forma más perfecta técnicamente el objeto de la relación obligacional (la categoría profesional).

Otra cosa es que ese poder empresarial (las facultades empresariales para ordenar y organizar el trabajo), se legaliza y regula sistemáticamente en el ET y en el resto del Ordenamiento laboral, de tal forma que se convierte en “poder de dirección”. Y que, en atención a esa regulación, se pueda ejercitar el poder de dirección en el marco del grupo profesional o entre categorías profesionales equivalentes como «trabajo convenido».

En efecto, dentro de la multitud de facetas del poder de dirección (ordenar, vigilar, sancionar, etc...) la reasignación de funciones de otra categoría equivalente, por previsión legal expresa, se concibe, no sin alguna dificultad dogmática, como una facultad empresarial de conformación interna de la prestación debida o el trabajo convenido.

⁴³¹ Cruz Villalón, J., *Las modificaciones...*, cit. Pág. 21

Por lo demás, al calificar el propio ET, en su artículo 5.º, f), también como deberes básicos, «*cuantos se deriven en su caso de los respectivos contratos de trabajo*», nada impide que las partes, en el ejercicio de la libertad contractual así reconocida, acuerden introducir expresamente entre tales deberes la de mejorar su cualificación profesional empleando la misma en la realización de funciones de categorías profesionales equivalentes a la inicialmente asignada, los cuales resultarían exigibles a tenor de lo pactado. Y sin que esa previsión acerque la equivalencia a la cláusula contractual de polivalencia funcional.

2.2.2 Estatuto de los Trabajadores con la reforma de 1994

Reformado por la Ley 11/1994, los preceptos que en el ET hacen referencia de algún modo a la materia estudiada son dos, y precisan ponerse en conexión para no llegar a conclusiones equívocas sobre su ubicación y su función.

El art. 39.1 ET-94 ha previsto que dentro del poder de dirección del empresario en su faceta movilidad funcional se encuentran las decisiones de reasignación de funciones de otra categoría profesional equivalente, al establecer que: «*La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y (...) entre categorías profesionales equivalentes*»

El legislador de 1994, con la reforma del art. 39.1 ET, orienta el nuevo rumbo de la movilidad funcional accidental, contemplando la equivalencia como un nuevo supuesto para el encuadramiento profesional basado en categorías profesionales, en lugar de por grupo profesional, y rompe con la idea anterior que fijaba la «categoría profesional» como límite objetivo a la movilidad funcional en un sistema de clasificación profesional por categorías profesionales. El margen concedido al empresario para conformar el trabajo es muy amplio, puesto que alcanza a las funciones del grupo profesional o/y a las categorías profesionales equivalentes a la inicialmente asignada, respetando, en todo caso, la titulación del trabajador. Es tan amplio que incluso, sin una interpretación sistemática y correctora, podría pensarse que posibilita la inconcreción del trabajo a prestar por el trabajador, el cual está al juicio de equivalencia que realice el empresario para conocer su prestación, así como la superación definitiva de la categoría profesional, y el trabajo convenido, como límite a la movilidad funcional por la subjetiva y ambigua fórmula de la equivalencia entre categorías profesionales.

La nueva regulación ofrece además una noción de la equivalencia entre categorías, para su aplicación a la movilidad funcional, en el art. 22.3 ET, en los términos siguientes: «*Se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación*»; en el art. 22.3 ET observamos, pues, como una vez que el legislador ha establecido el ámbito de la movilidad funcional, dentro del cual se encuentra la movilidad entre categorías equivalentes, se ofrece, con evidente error sistemático, una noción de la equivalencia. Y lo hace el legislador al entender que no hay elementos suficientes en la jurisprudencia y doctrina para este nuevo ámbito de movilidad funcional, coincidente con la nueva orientación de la movilidad accidental que ofrece. Más en concreto, el legislador ofrece una presunción de equivalencia entre categorías de cumplirse con determinados requisitos y condiciones objetivos y subjetivos que expresamente expone.

En resumen, la equivalencia entre categorías supuso, al menos en términos generales, una alteración de los criterios de adecuación funcional y de la categoría profesional como último límite, o límite objetivo, a la movilidad funcional ordinaria o accidental. La modificación de los límites de la movilidad funcional accidental con la inclusión de la equivalencia no debe afectar, creemos, a la esencia de la misma, esto es, a la idea de especificación de la prestación dentro del programa prestacional inicialmente determinado por las partes y encuadrado dentro del poder de dirección y el fundamento del contrato de trabajo.

Junto a las anteriores observaciones, cabe objetar que el legislador, de forma asistemática y con carencia de una noción técnico-jurídica de lo que es la principal obligación laboral, realiza varias referencias a la categoría profesional equivalente en la regulación de algunas condiciones de trabajo, permitiendo así la confusión de lo que es el objeto de la obligación (el trabajo debido, con referencia al grupo o categoría profesional) con lo que es un ámbito de movilidad funcional: las categorías profesionales equivalentes. Para ejemplificar esta idea, puede verse la regulación de la figura del contrato a tiempo parcial⁴³², el contrato de relevo⁴³³, la movilidad geográfica⁴³⁴, o la excedencia⁴³⁵.

⁴³² En concreto la preferencia que tiene los trabajadores que cambiaron a un puesto a jornada completa o parcial para volver a la situación anterior o acceder a un puesto de trabajo vacante a tiempo completo o parcial que exista en la

2.2.3 Estatuto de los Trabajadores post reforma 1994: la regulación consensuada con los Agentes Sociales

Aunque no tan notables como las referencias legales, las menciones a la categoría profesional equivalente en los convenios colectivos merecen especial atención, pues con ellas se quiere modalizar el ejercicio de la facultad empresarial de movilidad funcional. Se ha alegado que esta facultad, la de movilidad funcional, no puede estar condicionada por el convenio colectivo, al no citarse al regulación convencional como límite. Es más, incluso el art. 39.1 ET habla en términos tajantes que «*La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones y la pertenencia al grupo o categoría profesional equivalente*». Sin embargo, a nuestro modo de ver, hay argumento de peso para concluir la virtualidad del convenio para regular aspectos de la movilidad funcional. Tradicionalmente el Convenio ha regulado aspectos de la movilidad funcional (incluso el *ius variandi*) entendiéndola como modalización de los derechos y deberes de las partes dentro de la relación laboral, y también los cambios de funciones. Lo que sí desea reflejar el legislador con la mención a “no otras limitaciones” es que la categoría profesional no será un límite objetivo a la movilidad accidental, precisamente porque ha contemplado la equivalencia entre categorías. Esto se aprecia con más nitidez en las regulaciones post-reforma 1994, con las siguientes manifestaciones jurídicas.

La mayoría de los convenios sólo realizan referencias y remisiones al art. 39.1 ET, pero entre las que realizan formulación expresa las más típicas referencias a la equivalencia se encontrarían bajo expresiones como las siguientes: movilidad entre "otras funciones similares", la retribución “a la categoría equivalente” O con una extensión funcional más limitada: “movilidad entre categorías...anexas", "análogas" “tareas "conexas" a la principal” Así, los convenios con referencia expresa al cambio funcional entre categorías equivalentes adoptan el modalizador de concretar el referente de la profesionalidad del trabajador a la hora de realizar el juicio de equivalencia. Así, y

empresa correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente, de acuerdo con los requisitos y procedimientos que se establezcan en los Convenios Colectivos sectoriales (art. 12.4 e) ET)

⁴³³ El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente (art. 12.6 ET)

⁴³⁴ El art. 40.3 bis) ET señala que la trabajadora tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo

⁴³⁵ Transcurrido dicho plazo (de un año), la reserva al trabajador excedente quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente (art. 46.3 ET).

bajo esta finalidad de respetar la profesionalidad, los convenios colectivos fijan que los cambios funcionales deben ser realizados dentro de la «misma especialidad» o especialidades análogas. En el ámbito sectorial sólo podemos destacar el más actual CC del sector de la Ferralla, o el CC de contratas ferroviarias con un sistema mixto. Entre los convenios de empresa, el más avanzado era el XVI- Convenio colectivo de ENDESA donde en su artículo 7 establecía la nueva configuración “por categorías equivalentes” a la hora de realizar el sistema de clasificación profesional, si bien a la espera de un desarrollo que sólo se produjo respecto de dos categorías . También hay que hacer resaltar los Convenios de la ONCE (1999) puesto que definen las Categorías Profesionales Equivalentes presentando un sistema de valoración de puestos de trabajo. También es importante por la extensión que tiene al sector Nacional de prensa y agencias de información, el Convenio de empresa “El Norte de Castilla” donde se clasifica conforme a categorías profesionales equivalentes.

3. CARACTERES Y NATURALEZA DEL CAMBIO ENTRE CATEGORÍAS EQUIVALENTE

3.1. La categoría equivalente como condición unificante del cambio funcional accidental

Junto a la consagración en nuestro ordenamiento del criterio de la equivalencia entre categorías al objeto de limitar el ámbito de ejercicio de la movilidad funcional accidental (art. 39.1 ET-95) el Estatuto de los trabajadores acompaña dicha consagración con un ensayo de definición legal. Así, el vigente art. 22.3 ET señala que «se entenderá que una categoría es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación». A pesar de que en el art. 22.3 ET no ofrece una definición de lo que sea Categoría profesional equivalente —lo cual es ciertamente criticable—, sí, en cambio, toda al empresario de unos elementos legales para realizar su juicio abstracto de equivalencia entre categorías profesionales al objeto de realizar el cambio funcional. A estos elementos se deben añadir los elementos definitorios del ejercicio de la movilidad funcional accidental —complementarios a los apuntados en el apartado 3 del art. 22 del ET— como son la ausencia de causa legal y no sobrepasar la titulación o cualificación contratada (art. 39.1 ET). La ubicación de la

movilidad entre categorías profesionales equivalentes en primer apartado del art. 39 ET determina el supuesto contemplado como de movilidad funcional relativo al poder de dirección empresarial. El legislador no exige para su ejercicio causa legal expresa y, por ello, se deduce la presunción legal de que el cambio funcional entre categorías equivalentes es siempre una movilidad accidental. La jurisprudencia lo ha entendido así, desatendiendo las demandas por cambios de funcionales de carácter sustancial cuando se producen entre categorías equivalentes⁴³⁶.

En los supuestos donde la causa del cambio no se halla explícita⁴³⁷, se le suele denominar movilidad funcional ordinaria o accidental. El régimen jurídico del art. 39.1 ET determina que se presupone o presume que la causa existe y que es lícita mientras el trabajador no pruebe lo contrario. Y por el contrario, en los casos donde la causa se halla plenamente expresada (independientemente que en la realidad sea real o no) no será de aplicación ninguna presunción o regla por resultar éstas innecesarias.

⁴³⁶ Así, por todos, la STSJ Galicia 7/06/96 (AS 1996\1770) señala el requisito o el límite complementario de la equivalencia profesional para garantizar una correcto ejercicio de la movilidad funcional dentro del grupo profesional de las reglamentaciones laborales: “...En efecto, como ha señalado esta Sala en Sentencia de 28 marzo 1996 (rec. número 4364/1993) el art. 39 del ET -nos referimos a la redacción anterior a Ley 11/1994- resultaba un tanto contradictorio al referirse a la movilidad dentro del grupo profesional, teniendo en cuenta que la Disposición Transitoria 2.ª del propio Estatuto, obligaba a estar, en cuanto a la definición del grupo profesional, a lo dispuesto en las Ordenanzas, o en su caso en el Convenio Colectivo que las sustituyese, la movilidad jugaba realmente, no en función del grupo profesional, sino de la categoría profesional, dado que se regulaban grupos muy amplios, comprendiendo diversas categorías a las que se asignaban funciones muy dispares. Por ello la doctrina jurisprudencial elaboró el concepto de «categoría profesional equivalente», de modo que en realidad se exigía, «no sólo moverse dentro del ámbito del grupo profesional, sino también respetar la equivalencia de funciones o categorías entre el antiguo y el nuevo puesto de trabajo», o en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 1989 (RJ 1989\1905) -que declara no ser equivalentes, no obstante pertenecer al mismo grupo, las categorías de peón de carga y conductor repartidor- debían respetarse «funciones profesionalmente equivalentes o que tengan el mismo nivel dentro del grupo», pues en otro caso estaríamos ante una «movilidad vertical»...”. Pero, por lado, supondrá que una vez eliminada dicha contradicción, es decir, una vez derogada la D.T. 2ª se aplicaría el único límite legal con todas sus consecuencias (el grupo profesional del art. 39 ET), Así lo señala la STSJ de Castilla la Mancha de 3/09/98 (AS 1998/6890) al señalar que: “...Actualmente hemos de tener en cuenta que, desaparecida la prevención de la disposición transitoria segunda del ET, y derogadas las Ordenanzas Laborales por la Ley 11/1994 no hay razón que permita desconocer el mandato del art. 39.1. ET...”.

⁴³⁷ Todo cambio funcional en la empresa ha de ser causal, en el sentido de que ha de tener causa (función económica, dar utilidad a la prestación laboral) porque, como regla general, no se admite el negocio abstracto, pero puede ocurrir que la causa no está indicada o lo esté solamente de forma genérica (art. 39.1 ET) con lo que no resulta perfectamente conocida la fuente u origen de la obligación y la función negocial a que responde.

Así, en el caso del cambio entre categorías equivalentes y dentro el grupo profesional la similitud profesional entre tareas resultante no necesita ser previamente probada, de tal modo que corresponde la prueba a quien sostenga su inexistencia⁴³⁸.

3.1.1. *Cambio funcional accidental: regla especial de prueba de la necesidad organizativa*

Nos encontramos ante una abstracción procesal, por la cual se dispensa de probar al empresario la causa para ejercer el cambio funcional y se hace recaer el «onus probandi», en cambio, sobre el trabajador obligado a realizar la nueva función equivalente. En la técnica procesal se razona que se produce una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba como consecuencia de la presunción legal (de naturaleza «iuris tantum»), ahora bien, al no concurrir en la construcción legal todos los elementos estructurales que configuran la presunción, sería más correcto hablar de regla especial de prueba.

Siguiendo la línea de razonamiento de determinados autores, que no entienden posible la presunción o la regla especial de prueba señalada por cuanto el supuesto legal supone una alteración sustancial de la prestación, se entiende que el cambio funcional entre categorías equivalentes (al igual que la movilidad dentro del grupo) se debería corresponder con las facultades de concreción interna de la prestación en atención al poder de dirección del empresario, por ejercerse dentro del marco originario del trabajo convenido: la categoría profesional. Y por ello una vulneración de principios civiles relacionados con la autonomía de las partes o el respeto a lo pactado⁴³⁹ (art. 1203, 1255 y 1256 CC). Marco que se pone en duda, si la movilidad se produce entre categorías profesionales y ellas son el *tipo de trabajo convenido*, pues un poder que sobrepase ese marco y se proyecta sobre trabajos que no siempre han sido previamente pactados, produce un desajuste entre las facultades de individualización del empresario y la dimensión donde se ejercen tales facultades accidentales de modificación funcional.

⁴³⁸ Y ello es así porque se entiende con carácter general que únicamente los cambios fuera del grupo profesional asignado constituyen un hecho impositivo del nacimiento del derecho a la movilidad funcional ordinaria que, por consiguiente, incumbe probarlo a quien lo afirma y ejercita

⁴³⁹ Martínez Abascal, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional ...*, cit. pág. 66; Santos Fernández, M.D., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario...* cit. Pág. 227

Desde este punto de vista, no se considera que exista esa regla especial de accidentalidad y de causa en el cambio, ya que se sobrepasa el marco del trabajo inicialmente convenido que es el límite a cualquier ejercicio ordinario del poder de dirección⁴⁴⁰. En otras palabras, lo que existe con la categoría equivalente es una ampliación del poder de dirección⁴⁴¹, y una determinación parcial normativa de la prestación laboral: la nueva categoría profesional asignada al trabajador. Esta lectura del apartado 1 del art. 39 ET y de la movilidad funcional accidental es plenamente consecuente con la verificación del cambio dentro del grupo profesional o de la categoría profesional al ser éstos el círculo del trabajo convenido.

3.1.2. Cambio funcional accidental: importación de esquemas civiles

Desde este punto de vista de lege ferenda se puede importar los esquemas civiles de las obligaciones alternativas para expresar la idea de la movilidad entre categorías equivalentes como facultad empresarial de sustitución de la prestación inicial por otra equivalente⁴⁴². La idea es sugestiva y supondría enmarcar la prestación resultante dentro del trabajo convenido conforme determinación inicial por las partes. En efecto, la obligación con facultad alternativa (u obligación facultativa), concede el derecho de sustitución a favor de una de las partes del contrato respecto de la prestación debida inicialmente⁴⁴³. Los caracteres y los efectos jurídicos que produce esta facultad de

⁴⁴⁰ López Gandía, J., *Comentarios al art. 39* cit. Pág. 191

⁴⁴¹ Así, según Valdés de la Vega, El marco de la accidentalidad objetiva, válida para las tres facultades (especificación, concreción, y sustitución de la prestación) del poder de dirección en el marco laboral puede resumirse de la siguiente forma: “Se trata del poder de dirección, reconocido en los arts. 20.1 y 5 c) ET, y que extiende su ámbito de actuación al trabajo convenido. Nacido con el contrato de trabajo, en él encuentra su título jurídico. Se manifiesta como una ejecución del propio vínculo contractual, como un mero desarrollo y aplicación del mismo, por lo que no resulta con ello, el contrato transformado” (Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad*. Cit., pág. 197-8)

⁴⁴² Como se conoce, junto a las obligaciones genéricas existen igualmente otros tipos de obligaciones donde el programa de prestaciones no se encuentran totalmente identificado desde el inicio de la relación si bien técnicamente sí se encuentra determinado, estos dos tipos de obligaciones son las *obligaciones alternativas* y las *obligaciones facultativas*

⁴⁴³ Reguladas en la Sección III del código civil (las obligaciones alternativas) del capítulo III “De las diversas especies de obligaciones” del Título I de las Obligaciones, en los artículos 1131 a 1136 del CC, en el art. 1131 se establece que: “El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra”; en el art. 1132 del CC se prevé que: “La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor. El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación”; en el art. 1133 se indica como “La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada”; y en el art. 1134 que “El deudor perderá el derecho de

sustitución permiten aplicarla para la equivalencia. En concreto esta idea de la categoría equivalente como facultad de sustitución aporta un esquema dogmático-civil que permite hallar una lógica en el contenido práctico-interpretativo del ámbito de ejercicio de la facultad empresarial de movilidad funcional⁴⁴⁴, puesto que se podrá utilizar dicho concepto para dar soluciones jurídicas adecuadas a la problemática aplicación del Derecho⁴⁴⁵.

El esquema civil de las obligaciones facultativas aplicado a la posibilidad legal de la movilidad accidental entre prestaciones sustituidas, nos ofrecería el siguiente esquema⁴⁴⁶:

- Todos los elementos están completamente determinados desde el momento mismo de su constitución. De esta forma, cuando el empresario ejercita esta facultad de

elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable; por su parte el art. 1135 concreta que “El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible”; y finalmente, el art. 1136 señala que “Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor. Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1ª) Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera. 2ª) Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido. 3ª) Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio. Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que alguna o todas las prestaciones resultaren imposibles” RAMS ALBESA, “De las obligaciones alternativas” Comentario del Código Civil, Vol. II M. Justicia, 1991 pág. 111. Entre las sentencias que reconoce las obligaciones facultativas, las sentencias del TS (sala 1ª) de 13 de marzo 1990 (RJ 1990\1691), 23 octubre 2002 (RJ 2002\9305) y de 11 mayo 2004 (RJ 2004\2735).

⁴⁴⁴ Se trata de utilizar la construcción dogmática de una institución para hacer valoraciones de la flexibilidad que la introduce en el ordenamiento jurídico. Véase, Rodríguez de la Borbolla Camoyan, J., *De la rigidez al equilibrio flexible..cit.*, pág., 97

⁴⁴⁵ Así, este mismo fenómeno de la concreción que ofrecen las obligaciones alternativas se ha trasladado al plano laboral para explicar no sólo la movilidad entre categorías equivalentes sino también para negar la causa del despido por ineptitud cuando ésta es parcial y afecta sólo a funciones contractuales no fundamentales de su categoría⁴⁴⁵, puesto que cuando deviene una inutilidad para realizar unas tareas, pero no otras de su profesión se puede afirmar “mutatis mutandi” que se ha producido el mismo fenómeno que se da con la concreción de las obligaciones alternativas por el art. 1134 CC, si algunas de las funciones englobadas por la prestación debida se convierte en imposible por ineptitud del trabajador, simplemente se limita o concentra el poder de elección, de especificación, pero no es motivo de despido. Véase, González Ortega, S., *La Ineptitud como Causa del Despido*. Aranzadi 1981, pág. 214

⁴⁴⁶ Véase Rams Albesa, J., *Las obligaciones alternativas* pág. 143

«sustitución» de una categoría por otra equivalente se encuentra con un trabajador que ya estaba realizando una prestación individualizada, su categoría inicialmente asignada, por lo que no existe la inicial indeterminación relativa, ni la necesidad empresarial de ejercitar la elección de individualizar o especificar la prestación de las obligaciones genéricas precisamente porque la categoría inicial tiene escaso contenido funcional que hace preciso, al agotarse éste, su sustitución.

- En el esquema de las obligaciones facultativas, por extensión analógica, la atribución de la facultad corresponde a ambas partes, si bien, la doctrina se inclina por un reconocimiento principal a favor del deudor, y al acreedor de forma excepcional (como sucede igualmente en las alternativas y las genéricas)⁴⁴⁷. Ahora bien, en la legislación laboral, de acuerdo con el principio de subordinación, se realiza una valoración preferente de los intereses del empresario correspondiéndole a éste la facultad de sustituir la categoría profesional en ejercicio de la movilidad funcional. Variación del esquema civil en el marco laboral que es producto de la sujeción jurídica del trabajador al empresario que el Derecho del Trabajo establece —y que no consagra el Derecho Civil—. Por este motivo, esta facultad de sustitución se reconoce y atribuye sólo al empresario.

- Por último, en lo referido a las consecuencias jurídicas de cambio funcional, en la «sustitución» equivalente -al igual de las obligaciones genéricas-, la idoneidad en cuanto a la individualización sólo se conoce en el momento del cumplimiento; esto es, en momento *solutorio*. Tanto la ejecución práctica del juicio abstracto de equivalencia como la obligación de realizar las funciones de otra categoría equivalente, sólo aparecen en un determinado momento: momento solutorio. Éste se reconoce porque tal ejecución de la prestación equivalente se observa como la única vía para cumplir y mantener el objetivo del contrato de trabajo, de tal forma que sólo realizando las funciones equivalentes se mantiene el programa prestacional inicialmente acordado por las partes. Este dato es relevante y limita cualquier ejercicio abusivo, por cuanto que no existe esta facultad de sustitución sino va a acompañada de su real, efectivo, e inmediato cumplimiento.

⁴⁴⁷ Entre otros, De Cossio y Corral, A., *Instituciones de derecho Civil* cit. Pág. 306 “En las obligaciones alternativas y genéricas la elección de la cosa que ha de ser entregada corresponde, salvo pacto en contrario, al deudor por la aplicación del principio *favor debitoris*”

Ahora bien, los esquemas de las obligaciones alternativas, al igual que los de las obligaciones facultativas, exigen una serie de adaptaciones para su aplicación a la obligación laboral (tipo de obligación duradera o de tracto sucesivo que corresponde a la deuda de trabajo) que hace muy difícil su aplicación⁴⁴⁸.

Sin pretender agotar el tema de la presencia de las normas civiles en el derecho del trabajo lo que nos llevaría a otro tema de estudio, es preciso señalar que la aplicación supletoria, o en segundo grado, de la normativa común (art. 16 CC) debía ser tenida en cuenta incluso cuando existe una limitación por el derecho laboral perjudicial para el trabajador⁴⁴⁹, puesto que en dichos casos hay que replantearse la labor de las normas laborales, las cuales se utilizan indebidamente en particular con ocasión de reformas laborales a través de interpretaciones interesadas de la flexibilidad laboral, puesto que no han sido suficientemente explotadas en su carácter protector o en beneficio del fin social del Derecho del Trabajo⁴⁵⁰. Ahora bien tampoco la solución a los excesos de la flexibilidad laboral o contrarreformas de los derechos laborales está en aplicar los esquemas civiles, puesto que ya con anterioridad al Estatuto se pregunta Gaspar Bayón Chacón sí, en todo lo no regulado específicamente en las normas laborales, sería adecuado acudir al derecho común como supletorio del derecho laboral, ¿No convendría, por el contrario, procurar reducir al mínimo esa supletoriedad por exigencia de la necesidad dogmática de una legislación laboral más social y más justa que la de la dogmática capitalista y decimonónica de los Códigos Civiles?, (...) desconocedor de los problemas sociales o de impávido frente a los mismos; pero incluso en los casos en los cuales la legislación laboral sea menos “social” que la aplicación de las normas sociales,

⁴⁴⁸ Así pues, ni bajo el esquema del objeto del contrato determinado de forma genérica ni bajo el esquema de las obligaciones alternativas ni las facultativas se puede explicar el cambio entre categorías profesionales equivalentes que postula el art. 39.1 ET, por cuanto que: (a) no se invierte la regla civil según la cual corresponde al deudor la elección de una de las varias prestaciones que han de ejecutarse, (b) la prestación debida queda en un segundo plano a favor de la voluntad del empresario, (c) el poder empresarial está facultado para una modificación que, aunque sea equivalente, sobrepasa la obligación genérica inicial, cual es la categoría profesional inicialmente asignada con referencia a una categoría del convenio colectivo de aplicación.

⁴⁴⁹ La aplicación del Derecho común queda en la práctica circunscrita a la no existencia de norma específica en el ordenamiento laboral, así, al no existir en norma expresa habrá de acudirse a lo expuesto en los artículos del Código Civil, en razón a lo establecido en el art. 16 del Código Civil.

⁴⁵⁰ Alemán Páez, F., «Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo?». Revista de derecho social, N° 17, 2002, pags. 62 a 64.

hay que preguntarse hasta qué punto las normas laborales son siempre más avanzadas que las del Derecho común⁴⁵¹.

Por todo lo anterior, se debe concluir este análisis de la equivalencia entendiendo, desde consideraciones globales actuales de promoción de la cualificación del trabajador —tal y como debe ser leído el art. 39.1 ET—, los cambios funcionales equivalentes a los comprendidos dentro de la facultad empresarial cuyos datos esenciales legalmente configurados presuponen una regla de accidentalidad del cambio y de causa legal implícita para el cambio. Así, aun dentro del trabajo convenido nacido del contrato de trabajo, el cambio entre categorías equivalentes se corresponde con otro tipo de concreción de la prestación laboral a posteriori: la reconocida legalmente al empresario.

Hay que tener en cuenta que las modificaciones de la obligación nacida del contrato no impide la injerencia de una disposición legal modificativa que sustituya al acuerdo de los contratantes. Lo que vendría a ser la movilidad entre categorías profesionales equivalentes, como variaciones no novatoria (aún cambiando la categoría del trabajador) por pertenecer al ámbito de potestades de dirección del empresario, y así evitar un intervencionismo hipertrófico que agostarí la iniciativa y espontaneidad de la vida de la empresa⁴⁵².

El propio ET ha querido establecer esa regla de prueba de la accidentalidad y causa implícita completándola con la noción de equivalencia (art. 22.3 ET) que es vinculatoria al empresario, y referencia para el trabajador. Se está limitando tanto el uso abusivo del empresario como las referencias que adopte el empresario para contemplar las funciones de categorías equivalentes. Por lo que se ha de admitir que indirectamente se trate de un supuesto de poder de dirección y de equivalencia profesional que excluye funciones de categoría diversa al trabajo convenido, por no ser ámbito de la prestación debida. El legislador laboral va a configurar los datos esenciales de la prestación debida en relación a la noción que se ofrece en el art. 22.3 ET. Noción expresa de categoría equivalente en el Estatuto al objeto de evitar conflictos de trascendencia en el entendimiento de la equivalencia, salvando así lecturas casuísticas que se produjeron con la noción de equivalencia profesional la cual constituía, por corrección

⁴⁵¹ Bayón Chacón, G., *Prologo*, al libro de Molero Manglano, Carlos *La supletoriedad del Derecho común en el Derecho del Trabajo* Instituto de Estudios Políticos 1975 Madrid

⁴⁵² Molero Manglano, Carlos *La supletoriedad del Derecho común en el Derecho del Trabajo* Instituto de Estudios Políticos 1975 Madrid pág. 172.

jurisprudencial, desde mediados de los años ochenta el ámbito de la prestación debida. De tal manera que el objeto contractual que va a quedar corregido e integrado, por previsión legal, por todas las tareas de categorías profesionales equivalentes, comparables correspondientes, afines, similares, homogéneas al cometido principal contratado⁴⁵³, y bajo esa corrección o ductilidad de la institución, el objeto contractual seguirá siendo el límite del actuar del poder directivo⁴⁵⁴, y el contrato de trabajo mantendrá como instrumento para canalizar los intereses de ambas partes del contrato⁴⁵⁵

3.1.3. Cambio funcional accidental: regla de presunción

El art. 22.3 ET, el relativo a la consideración legal de las categorías profesionales, contiene una presunción legal de equivalencia al objeto de realizar y lograr el cambio accidental que asegura el art. 39.1 ET.

De acuerdo con el conocimiento general de la doctrina científica, la presunción es un medio de prueba para introducir hechos probados en el proceso, mediante la afirmación de un hecho a partir de la afirmación de un hecho distinto con el cual guarda alguna relación⁴⁵⁶. Las presunciones constituyen, pues, una prueba indirecta por la que se deduce de un hecho base (acreditado por los otros medios de prueba) y un hecho consecuencia, es decir, la averiguación de un hecho desconocido deduciéndolo de otro conocido.

Si la operación lógica o deducción la hace la Ley, la presunción es de derecho o legal (presunciones «iuris»); y si la hace el juez, la presunción es judicial (presunciones «hominis»)⁴⁵⁷. En definitiva los hechos favorecidos por una presunción legal de

⁴⁵³ Alemán Páez, F., «Autonomía individual, determinación y determinabilidad del objeto del contrato de trabajo» *Los protagonistas laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo (coord. por Jesús Cruz Villalón), 1995, pags. 360-1.*

⁴⁵⁴ Román de la Torre, MD. *Poder de dirección y contrato de trabajo* pág. 84;

⁴⁵⁵ Se llega a señalar por Fernández Santos que la ruptura del equilibrio contractual obedece al desconocimiento de que todo acto de determinación del trabajo pasa por su conformación con los requisitos civiles que el objeto de un contrato debe cumplir, entre los que se halla implícita la valoración de los intereses de las dos partes y no solamente la necesaria ductilidad del mismo con el fin de permitir al empresario un flexible ejercicio de su poder de dirección (Fernández Santos, D., *El contrato de trabajo como límite al poder..* cit. Pag. 230).

⁴⁵⁶ Sobre esta idea procesalista o destinada al juzgador que vienen a realizar las presunciones, veáse, Rodríguez-Piñero Royo, M.C., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Cívitas. 1995, pág. 28

⁴⁵⁷ En relación con las presunciones judiciales, la jurisprudencia señala dos requisitos, acordes con lo establecido en los anteriores artículos 1249 y 1253 del Código Civil (hoy, art. 386 LECiv/2002). El primer requisito consiste en la

existencia no precisan de prueba alguna aunque si pueden ser contradichos por una prueba contraria o distinta, a través de documentos que, por otra parte, son hábiles a efectos probatorios.

En el artículo 22.3 del TRLET tenemos que el hecho o afirmación base vendría integrado por la situación de aptitud profesional de un trabajador para realizar las tareas de su categoría de origen, y el hecho presumido por el cambio funcional, eligiendo el legislador de entre los posibles referentes que normalmente se derivarían del hecho base aquél que merece una especial característica de similitud funcional. Nos hallamos ante una presunción «iure et de iure», si bien con un alcance limitado y de ahí que aunque no se pueda prescindir de lo imperativamente dispuesto en el art. 22, núm. 3.º, sobre la valoración de la aptitud profesional del trabajador para la existencia de la equivalencia, de manera que su falta, dada la configuración legal de la figura, sería determinante de un supuesto de movilidad funcional extraordinaria, una vez destruida por cualquier medio de prueba la presunción que el art. 22.3 ET establece sobre la objetiva aptitud.

En efecto, con tal presunción (iure et de iure) se pretende exonerar al empresario de la prueba de la accidentalidad del cambio —y no afectación esencial del mismo así como de previsible ejecución sin necesidad de contar con la homologación que siempre ofrece la negociación colectiva en la configuración de las categorías y la cualificación requerida en las mismas— derivada de la orden de movilidad funcional entre categorías profesionales únicamente a efectos *formales, formativos, procedimentales* y a efectos del reconocimiento de su facultad y ejercicio regular del poder directivo, con objeto de asegurar la efectividad de la medida empresarial.

Y ello sin perjuicio de que el empresario deba probar, en el caso de que el trabajador niegue la concurrencia de la equivalencia⁴⁵⁸, la existencia del hecho base, esto es, la

necesidad de que el hecho base esté «completamente acreditado», de lo contrario no habría indicio, sino simple sospecha (STS 27 julio 1990). Y, el segundo requisito, supone la existencia de un enlace o conexión lógica y congruente entre el hecho base o indicio y el hecho conclusión o presunto, de manera que la realidad de uno conduzca al conocimiento del otro. Esta técnica está sujeta a las reglas del criterio humano o de la sana crítica, y resulta oportuno (ahora, sin duda, necesario según el art. 386.1 segundo párrafo LECiv/2000) que se haga explícita la motivación o el raciocinio por el que partiendo del hecho base o indicio se llega al hecho deducido o presunto

⁴⁵⁸ Según Manresa Navarro, el perjudicado por la presunción legal tiene derecho indiscutible para probar que el hecho base no ha tenido lugar, y eso puede hacerlo aunque la presunción pertenezca al grupo de presunciones “iuris et de iure”, porque a lo que estas presunciones se oponen es a que se intente contrariar la deducción que la ley ha formulado, atribuir

objetiva aptitud del trabajador para poder realizar las tareas básicas de la categoría de destino. A efectos prácticos una cualificación y aptitud profesional del trabajador amplia o de elevado nivel permite este juicio respecto de tareas básicas de categorías con menos cualificación o nivel profesional dentro de la misma titulación requerida, bajo el principio de quien, por su cualificación y especialización, puede realizar la tarea más complejas puede realizar las más simples, aunque ello, desde un punto de vista objetivo no pueda considerarse el principio de una equivalencia.

El análisis cambia su punto de referencia si estudiamos las consecuencias o efectos de la presunción legal de equivalencia con la regla de accidentalidad del cambio del art. 39.1 ET antes vista. La idea de equivalencia por su misma estructura choca con la posibilidad de solicitar efectos compensatorios por el cambio. Sin embargo, por la aplicación de la presunción se va a exigir de una similar aptitud profesional a efectos del juicio de equivalencia viene contemplada asimismo en las normas convencionales que, tributadas de la conceptualización de los límites de la movilidad funcional efectuada por la ley, sólo establecen la garantía de mayores notas de equivalencia funcional para los supuestos de un sistema de clasificación por categorías profesionales

Consiguientemente, el elemento de la similitud aptitudinal en relación con la categoría de destino debe ser analizado desde una doble perspectiva, a saber: (A) formal /causal / procedimental, y (B) compensatoria.

A) La apreciación de cuándo nos hallamos ante una movilidad funcional que presupone la semejanza de funciones entre la categoría profesional de origen y la de destino se lleva a cabo por parte del empresario —unilateralmente o mediante acuerdo, a menos que la negociación colectiva haya establecido parámetros objetivos para calibrar la referida necesidad y estableciendo las equivalencias profesionales—. (Todo ello sin perjuicio de una eventual impugnación posterior de tal calificación por el trabajador). Pues bien, con el objeto de iniciar o no el procedimiento de cambio entre categorías profesionales equivalentes, el empresario no toma en consideración el hecho de que la exigencia de realizar la nueva categoría equivalente de destino indefinidamente aboque al trabajador a un efectivo cambio profesional de su carrera, sino que, de acuerdo con las previsiones legales, tal cambio se presume.

otra significación al hecho base, mas no impiden que se afirme y acredite la falta de realidad de dicho hecho base (Manresa Navarro, J.M^a *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VIII, vol. 2^o Ed. Reus, Madrid, 1967 pág. 275).

B) De otro lado, a efectos compensatorios, y atendiendo a la garantía de indemnidad retributiva por el cambio del art. 39.3 ET exclusivamente descendiente, que se pueden prever por el empresario o contemplar en el convenio para el caso de categorías equivalentes menos enriquecedoras profesionalmente, es posible sostener que el elemento decisivo no puede ser otro que el de la efectividad de la reducción de las posibilidades de ascensos o de cambios funcionales equivalentes a otras categorías profesionales por el cambio de categoría profesional.

Pues bien, la distinción a efectos formales/ causales/ procedimentales y compensatorios del elemento del cambio funcional ha sido acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, por cuanto que en las sentencias que versan sobre dos tipos de supuestos:

- Reclamación de cantidad —abono de nuevos gastos y compensación por las funciones de la nueva categoría— se exige, a los efectos de conceder o negar tal petición, un efectivo e indefinido cambio de categoría con repercusión en la aptitud del trabajador (plano subjetivo),

- Pretensiones relativas al incumplimiento de los trámites formales y/o procedimentales previstos o al reconocimiento de derechos derivados de la figura del cambio entre categorías profesionales equivalentes, fundamentalmente, se exige el referido cambio de forma presuntiva, esto es, se analiza el supuesto de hecho desde una perspectiva objetiva obviando el plano subjetivo y, por tanto, se enjuicia la necesidad del cambio de categoría con semejante aptitud con independencia de que el trabajador haya alterado o vaya a alterar efectivamente su promoción profesional, y se haya recibido o no procesos simples de formación o adaptación a la nueva categoría.

Partiendo de las premisas expuestas, parece oportuno «revisar» desde la perspectiva de la necesaria optimización de la libertad del trabajador en la empresa el elemento de la objetiva aptitud profesional en cuanto criterio de distinción básico entre la movilidad funcional ordinaria entre categorías profesionales y la movilidad extraordinaria⁴⁵⁹,

⁴⁵⁹ La existencia de este hecho base (la aptitud profesional semejante) y su efectos, viene a ser igual que el régimen de movilidad geográfica que establece el criterio cronológico de un año de residencia obligada para indicar la diferencia entre el desplazamiento (para el cambio geográfico inferior al año en un plazo de tres) y el traslado (cambio geográfico que sobrepasa dicho criterio cronológico). Serrano Olivares, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES Madrid. 2000 pág. 237.

poniéndolo en relación tanto con la exigencia del cambio funcional como con las compensaciones fijadas para un descenso funcional y profesional.

3.2. La reasignación de una categoría equivalente: naturaleza jurídica

El esquema civil de las obligaciones alternativas garantiza que el fundamento o razón jurídica de esa facultad empresarial de sustitución alternativa de una categoría por otra equivalentes es un supuesto dentro del contrato de trabajo y por tanto de naturaleza contractual⁴⁶⁰. Ahora bien, la previsión legal es más completa que el esquema que ofrecido por las obligaciones alternativas (art. 5, 20 y 39.1 ET)⁴⁶¹ y sólo por previsión legislativa y bajo unos requisitos legales es posible traspasar la prestación debida. Por tanto, esta posibilidad de sustitución no realiza un supuesto de mejor comprensión del fenómeno de la reasignación de una categoría equivalente⁴⁶². Una vez rechazado el fundamento para poder otorgar al trabajador la facultad de sustituir la prestación para realizar otra equivalente en base al propio contrato de trabajo, debemos buscar la tesis que ampara esa atribución en el empresario.

⁴⁶⁰ La teoría de la sustitución equivalente encuentra su fundamento en el poder de dirección, es decir una sustitución sin alterar el contenido de la obligación contractual. De forma tal que, como ocurre con la facultad de especificación de las obligaciones genéricas, el poder de dirección también contendría esta facultad de sustitución. Puesto que ambas facultades estaban previstas y proyectadas de antemano en el contrato de trabajo que dio vida a la prestación individualizada o sustituida. Por tanto, en la medida que la necesidad o la posibilidad de dichas facultades es algo consentido y conocido *ad initio* por las partes del contrato de trabajo, y previsto de antemano por la propia fuente de la correspondiente obligación (el propio contenido del contrato y el Estatuto de los Trabajadores) y la falta de autonomía de las partes conduce a su carácter de modificación accidental propio del ejercicio del poder de dirección.

⁴⁶¹ De esta forma el trabajador no puede exigir la realización de los trabajos correspondientes a sus cualidades profesionales si con ello se traspasa la categoría convencional, es decir, aquella prestación a la cual se obliga inicialmente el trabajador no puede ser sustituida por aquellas prestaciones o que sabe hacer y que considera que puede ser una prestación más útil que la acordada.

⁴⁶² Estas corrientes pueden hacernos pensar que existe un interés de la empresa misma que condiciona los derechos de las partes, interés de empresa como la productividad, que no hace remontar a viejos momentos del derecho del trabajo y a entender la empresa como un todo orgánico que subordina otros intereses. Como cita Cruz Villalón, pág. 122 “no es el contrato quien nace funcionalmente dirigido a la empresa y plegado a su principio jerárquico, sino que es más bien la regulación de interés contrapuesto la que, debiendo satisfacer entre los intereses diversos un interés a la inserción del trabajador en un organismo jerárquico preexistente, es particularmente idónea al funcionamiento de la empresa” Cita de Pessi R., , *Il Podere Direttivo dell’ Imprenditore* 1973

Fundamento de la facultad empresarial unilateral de sustitución equivalente es de origen legal y no en la propia obligación laboral. Por ello, la posibilidad de la sustitución impide ciertas actuaciones de las partes y se encuentra condicionada por su régimen legal más estricto que deja un estrecho margen a la autonomía de la voluntad. Así el ámbito de aplicación legal de la equivalencia no es disponible para las partes, ya que el artículo 39.1 ET lo concreta a la falta de definición del grupo profesional. Igualmente, este margen estrecho a la autonomía negocial, se muestra, a través de los conceptos jurídicos, a la hora de describir la equivalencia en la previsión implícita en el Estatuto (como la exigencia de períodos simples – corta duración-- de formación para adaptar al trabajador), que indican la inmediata ejecución de la movilidad.

El carácter unilateral de la sustitución que llevará a cabo el empresario nos lleva a plantearnos la necesidad o no de una colaboración del trabajador. Estatuto de los Trabajadores señala la necesidad de realizar unos curso formativos para “un mejor acoplase” a la nueva categoría, sería una previsión respecto de una obligación de hacer del trabajador, obligación como la de recibir enseñanza profesional que necesita de la colaboración del trabajador. Por tanto, además de la tolerancia por la orden empresarial⁴⁶³.

Por todo ello el cambio entre categorías profesionales equivalentes es una facultad jurídica del empresario por su regulación jurídica encuadrable dentro del poder de dirección específicamente regulado⁴⁶⁴. El fundamento para ellos ya lo hemos visto, porque lo dice el propio Estatuto (art. 39.1 fine) y porque se deriva así de la propia configuración de la obligación laboral tendente a un resultado económico útil.

3.2.1 *La categoría equivalente: función y respuesta jurídica*

Esta figura de la equivalencia cumple la función de transmitir los riesgos ante la pérdida de la utilidad de la función de la categoría profesional asignada al trabajador en

⁴⁶³ Tolerancia por la presunción de legalidad de la orden empresarial que no permite un *ius resistendae* sino en casos extremos previstos por la jurisprudencia: a) daño, b) vejatorio sin desobediencia, c) ilegalidad manifiesta, d) técnica

⁴⁶⁴ Vide *supra*, pág. 55 sobre la naturaleza del poder de dirección.

relación con las nuevas necesidades organizativas del empresario a la que no da respuesta el sistema de clasificación profesional. De esta forma, el empresario podrá transmitir el riesgo, de la extinción o novación modificativa por la ineficiencia económica de seguir recibiendo una prestación conforme a la categoría asignada, encomendando otra prestación semejante.

En efecto, atender a las necesidades técnicas de la empresa encomendando (con la facultad de especificación) nuevas funciones sin dañar la profesionalidad del trabajador es posible dentro del ámbito del grupo profesional pero resultaba más difícil en la categoría profesional al estar ésta dotada de una única función. La equivalencia entre categorías es el fenómeno nuevo, se puede considerar como una reacción del Estatuto de los Trabajadores ante unos sistemas de categorías profesionales que no se adaptan a variación de puestos de trabajo, es decir, no poseen un contenido multifuncional, que permita al empresario variar, ante sucesos organizativos posteriores, entre las funciones de la categoría asignada.

Puede pensarse que para paliar la pérdida de valor (en sentido organizativo) de la prestación, se puede realizar

- Una modificación de la prestación conforme el *ius variandi* pero esta es una solución coyuntural y no estructural como la que prevé resolver la figura de la equivalencia; una categoría con una función que ha quedado inutilizada.

- Una determinación del trabajo mediante la polivalencia funcional, (lo que supondría llevar toda la carga del trabajo total de la empresa a la individualidad) pero esto supondría perder la ayuda que presta el estándar funcional de una categoría profesional negociada. Estándar que debería permitir al empresario cambiar cuando surjan nuevas necesidades técnicas sobrevenidas en su empresa que exijan que el trabajador controle gran parte del proceso productivo y, por tanto, la categoría describa las tareas o actividades precisas para permitir realizar la ocupación sucesiva de varios puestos de trabajo.

Por tanto, la sustitución equivalente intenta dar una respuesta normativa flexible a la demanda organizativa del empresario, de forma tal, que permite, llegado dicho momento, la sustitución de la prestación debida por otra de mayor utilidad para el empresario y que realiza el trabajador conforme a su aptitud profesional. Con la figura

de la equivalencia se pone en manos del empresario un mecanismo de sustitución de la prestación ante el riesgo de una negociación colectiva que no describa y enuncie categorías multifuncionales capaces de permitir llevar a cabo la movilidad funcional del trabajador entre varios puestos de la cadena productiva sin alterar su categoría o tipo de trabajo convenido (que esa categoría sirva para adaptar los puestos de trabajo bajo una cualificación y autonomía en su ejercicio) . El mecanismo puesto en manos del empresario es la opción de sustitución (que corresponde en exclusiva al empresario evitando que se considere la posibilidad de una clasificación subjetiva por el trabajador) que exige que la sustitución se realice conforme a una real situación de necesidad organizativa, pues si se demora entre el anuncio al trabajador y la ejecución se estaría produciendo una re-asignación unilateral de categoría profesional que iría en contra de los sistemas de clasificación y del papel de las partes a nivel colectivo para fijar el trabajo en la empresa o sector.

3.2.2 La categoría equivalente: significación jurídica

Deberemos acudir a la crisis de la categoría profesional como tipo de trabajo convenido y a la nueva organización del trabajo regulada por la negociación colectiva como los factores desencadenantes de la característica de la equivalencia.

La categoría profesional tal y como se entendía en la OOLL no conducía sino a la realización de tareas monótonas y de difícil adaptación a los cambios organizativos de la empresa, esta situación, lejos de proteger la profesionalidad del trabajador impedía el desenvolvimiento de las potencialidades del trabajador y la mejor organización de la empresa. La empresa necesitaba recurrir a la movilidad funcional que indirectamente fue flexibilizada por la jurisprudencia y por las propias OOLL al describir los supuestos de cambios funcionales que no suponían cambio sustancial en la relación laboral. Este desbordamiento de la idea de la categoría profesional, tiene su principal punto de apoyo con la introducción de un nuevo término (y contenido funcional) para el grupo profesional legal, alejado de los tradicionales grupos de las OOLL, y contemplando una mayor dimensión y contenido funcional. Pues bien, el legislador laboral de 1994, si bien no pretende acabar con la categoría profesional como objeto del contrato de trabajo si influye estableciendo un margen de movilidad en torno a ella de las mismas características que la ofrecida para el grupo profesional. Algunos incluso han querido

ver en esta reforma una forma de condicionar la negociación colectiva para que adopten el concepto de grupo profesional en sus sistemas de clasificación.

En este sentido, conforme indica la doctrina⁴⁶⁵, existen dos razones que confieren un mayor grado de institucionalización a la equivalencia: el fenómeno transformativo de la estructura profesional con nuevos perfiles profesionales que permiten que el trabajador abarque el ciclo de la producción, y principalmente, la nueva conformación de los grupos profesionales, que crean <familias> o <divisiones orgánicas funcionales> conformadas internamente por factores homogéneos de responsabilidad, autonomía, iniciativa y niveles de formación y de conocimientos.

La equivalencia adquiere un significado concreto en relación con el concreto lugar que ocupa dentro del poder de dirección en su facultad de sustitución de prestación, así como indirectamente para fijar la prestación debida⁴⁶⁶. La asignación de una categoría enunciada por el convenio colectivo de forma uni-funcional limita las posibilidades de desarrollo funcional, en un contexto de mutación de la estructura profesional. Por este motivo, la facultad de sustitución se constituye la ejecución del contenido de la obligación adaptada a la necesidad funcional del empresario y conforme a la profesionalidad del trabajador.

3.2.3 *La categoría equivalente: dilatación de los contenidos laborales*

Según se encuentra descrita, la opción por una prestación equivalente que describe nuestro Estatuto de los Trabajadores, gira en torno a una presunción respecto a la relación de compatibilidad funcional entre la prestación que se venía realizando y aquella otra que se encomienda. El problema reside en la manera de efectuar dicho juicio comparativo por el empresario, pues en definitiva dependerá de los parámetros utilizados para tal efecto por el legislador o la previsión convencional. En efecto, para ello se pueden adoptar parámetros contractuales o cualitativos, según se extraiga,

⁴⁶⁵ ALEMÁN PAEZ, F., “*El encuadramiento profesional*”. pág. 240-241

⁴⁶⁶ Con base en la reforma anterior, a criterio de Martínez Garrido (Act. Lab. 38-94) entiende que, lo que ha llevado al legislador a establecer tras la reforma la movilidad entre categorías profesionales equivalentes, se mantiene (evitar práctica abusiva) de ahí la exigencia de mantener ambos requisitos (dentro del grupo profesional y categoría profesional equivalente).

respectivamente, de datos objetivos (ya sean de tipo funcional, retributivos o estrictamente clasificatorio –v. gr., composición formal de la plantilla y escalafones--), o de datos subjetivos (conocimientos, titulaciones y cualificación del trabajador) ⁴⁶⁷. El papel que juega la aptitud profesional del trabajador --como primer componente de la profesionalidad del trabajador-- es la de ser el criterio base sobre el que decidir y resolver la ejecución de la nueva prestación, así lo expresa el propio legislador al conformar la equivalencia sobre un juicio más amplio, no sólo objetivo sino subjetivo, de forma que, se obtenga la máxima potencialidad a la prestación laboral (utilidad al empresario) sin alterar cambiar su objeto y sin dañar la profesionalidad del trabajador, sin necesidad de recurrir a procesos extraordinarios para tal tipo de cambio funcional, y con el objetivo de realizar el propio contenido de la obligación laboral.

Un juicio bajo los parámetros anteriores puede encomendar correctamente una nueva prestación equivalente, pues ella conforme el propio contenido de la obligación laboral que ni pasa a ser otra distinta ni se ve modificada. Entendida de esta forma, la figura de la equivalencia se encontraría cercana tanto a conseguir el logro del fin del contrato como garantizar la razón del contrato para las partes, acercándose, con las salvedades en su traslación al plano laboral, a la *teoría de la base del negocio*, tanto objetiva como subjetiva ⁴⁶⁸, es decir, es la desaparición de la base del negocio la que da origen a la figura de la equivalencia como intento de reconstruirla, de esta forma, cuando la relación de equivalencia entre la prestación y contraprestación que del contrato laboral se haya destruido en la medida que no pueda hablarse de “contraprestación”. Así como, cuando la finalidad objetiva del contrato, expresada en el propio contenido de la obligación de trabajar haya resultado inalcanzable, aun cuando la prestación del trabajador es todavía posible.

La ampliación de cometidos laborales por ejecución empresarial del poder de dirección de movilidad entre categorías equivalentes requiere para su efectividad la recepción por el trabajador de la orden de reasignación ⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Entre los parámetros cuaiqual sentido ALEMÁN PAEZ, F., “*El encuadramiento profesional*”. MTSS 1995 pág. 247

⁴⁶⁸ Cruz Villalón, J., (pág. 115). Según Larenz, C, *La base del negocio*. PÁG. 35. La base subjetiva entra en el campo de los motivos por los que se firmó el contrato de trabajo. La base objetiva se pregunta si todavía puede realizarse el fin del contrato y la intención conjunta de las partes contratantes

⁴⁶⁹ Según la teoría civil, un acto es recepticio cuando la declaración de voluntad debe dirigirse a una persona determinada, y debiendo llegar a su conocimiento dicha declaración para que puedan producirse sus efectos

En la facultad empresarial de reasignación de categoría equivalente es fundamental que el empresario haga llegar al trabajador la nueva prestación que le corresponde realizar, debiéndose inmediatamente llevar a cabo, pues de lo contrario, es decir, si se produce una demora se estaría indicado una voluntad por modificar el objeto del contrato. Desde que tiene conocimiento el trabajador del ejercicio de la sustitución se deben realizar dichas labores al ser la prestación debida, pues la negativa provocaría una situación de incumplimiento.

Respecto a la obligación de comunicar esta sustitución al propio trabajador y a los representantes legales de los trabajadores, en la forma que convencional o legalmente se establezca es una cuestión de carga u obligación modal que debe respetar el empresario teniendo la consideración de ilegal aquella ejecución donde falte estos requisitos.

En principio, esta facultad aun correspondiendo a un supuesto de poder de dirección y dada la especial movilidad funcional que significa, es posible aplicar el requisito general de la movilidad funcional de comunicar la medida a los representantes de los trabajadores que señala el art. 39.3 ET. Respecto a la comunicación individual el art. 2.2 del RD 1658/1998, establece la necesidad de informar por escrito al trabajador de aquellas variaciones esenciales en la prestación. Si bien, esta facultad no significa sino el propio cumplimiento del objeto de la prestación, nada impide que se pacte en el contrato (colectivo o individual) tal previsión informativa, siendo entonces una obligación modal.

Respecto a la forma de la declaración de voluntad, el Estatuto de los Trabajadores no establece nada al respecto por lo que rige la libertad de forma. En todo caso es posible que el contrato (colectivo o individual) tal previsión informativa, siendo entonces — como señalamos arriba— una obligación modal.

Como resume la doctrina, con esta figura recogida en el art. 22.3 ET “se sustituye el ámbito de la categoría profesional como objeto del contrato por el más amplio de categorías equivalentes”⁴⁷⁰, la ampliación funcional que supone la figura de la equivalencia produce lógicas reacciones en la doctrina que ven en ella un indeterminación indirecta y a posteriori de la prestación por orden del empresario. Pero

⁴⁷⁰ Las categorías equivalentes sería un nuevo mínimo (legal) en la determinación del objeto del contrato. Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad* pág. 200

esta visión reticente de la figura, como explicaremos, se apoya sobre una visión antigua de la categoría profesional y en su función como objeto de la obligación laboral.

En la actualidad, y tras la previsión del legislador de la equivalencia, el contenido de la obligación de trabajar se encuentra en un primer momento concretada por todas las funciones que componen la categoría profesional que ha sido asignada, pero una vez se ha individualizado la prestación, y conforme a la finalidad de la obligación laboral, sino existe la posibilidad de reportar utilidad a esa prestación se puede sustituirla por otra prestación equivalente. Tal facultad directiva se encuentra enmarcada, antes y después su ejercicio, bajo los parámetros de la aptitud profesional semejante del trabajador para realizar las tareas que conforman esa prestación laboral y ante un homogéneo contenido general de la prestación, es decir, ante una prestación idónea con ese objeto del trabajo.

Entendida de esta forma, cualquier cambio funcional en estos dos ámbitos se realiza conforme al su facultad de especificación (para el grupo profesional y la categoría en el primer momento) y de sustitución (una vez la prestación se encuentra determinada y agotada) de la prestación. Con el objetivo de adaptar las situaciones organizativas ordinarias o cotidianas de la empresa, sin necesidad de explicitar la causa o informar con antelación o concretar temporalmente la medida, puesto que se realiza dentro de los parámetros de la obligación laboral contratada. Como resume Aleman Paez, es aquella tarea que, en un determinado momento, se precisa realizar, aunque no se encuentren en la enunciación o descripción convencional, para el <correcto cumplimiento de la obligación laboral básica convenida>⁴⁷¹.

En resumen, cualquier cambio de la categoría profesional bajo las previsiones del art. 22.3 ET se comprenden como variación fisiológicas, es decir, cambios funcionales meramente operativos y encaminados a racionalizar más eficazmente la ordenación del factor trabajo. Pero además, en sus efectos, al no desnaturalizar la cualificación contratada ni desvirtuar los cometidos y finalidad básica de la obligación laboral, no supone modificación sustancial del elemento cualitativo de la prestación. De forma que, evitar la pérdida de competitividad de las empresas en un entorno estructuralmente variable y, que de seguirse un criterio formalista exigiría poner en marcha el

⁴⁷¹ Alemán Paez, F., *El encuadramiento* pág. 242. Para este autor, se tratan de labores implícitamente en la ocupación contratada salvo que menoscaben la dignidad y formación del trabajador o se encuentren manifiestamente fuera de la propia categoría.

procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo cuando la misma, en esencia no es una modificación sustancial.

La propia configuración de la relación laboral, a la que se complementa la previsión del Estatuto de los Trabajadores, es la que, llegado un determinado momento en la prestación laboral, origina el juicio de equivalencia entre categorías.

Para explicar dogmáticamente se podría utilizar la *teoría de los riesgos* de los negocios jurídicos⁴⁷², pues nos da una visión resumida de los efectos de la prestación que deviene imposible y que es, con precaución, aplicable a la figura de la equivalencia. Así, se traspasa el riesgo de la obsolescencia de la función de la categoría e incluso de la categoría misma (del tipo de trabajo descrito en los sistemas de clasificación) al trabajador, motivado por razones de conservación de la obligación y por necesidades organizativas o técnicas, se le encomienda una nueva prestación. Por tanto, no estaríamos ante un interés superior de la empresa que subordina al mismo la prestación del trabajador, sino a una situación de disvalor actual y real donde la prestación debida sólo da un se cumple realizando otra prestación equivalente. Las labores mecánicas que conforman su prestación serán sustituida por otra por la **que el** empresario obtenga una misma utilidad que la ideada al momento de convenir el objeto del contrato, traspaso que se realiza sobre la garantía de respetar la aptitud profesional del trabajador.

La facultad empresarial de reasignación de otra categoría profesional para la que el trabajador tiene, por lo menos en sus rasgos principales, semejante aptitud profesional para realizar las funciones básicas de la misma es la solución del legislador que acrea el cambio del resto de derechos laborales vinculados a la categoría de destino o reasignada. El asignar una nueva categoría se realiza con todas las consecuencias laborales anejas a la misma: periodo de prueba, jornadas, salario. Para más detalle remitimos al último apartado del capítulo IV. Si bien, hay que volver a recordar que la reasignación no da lugar a una obligación nueva entre los contratantes pues lo único que cambia es el cumplimiento hacia una prestación equivalente. De hecho, su objeto es único y está perfectamente determinado cuando la relación laboral nace⁴⁷³.

⁴⁷² Según Albadalejo, M, Derecho civil T. II Vol. 1 (ed 10) Por la especificación se *crean* los riesgos, pues antes de ella no hay prácticamente riesgo de que puedan hacerse imposibles todas las prestaciones del género.

⁴⁷³ La sustitución (o cambio funcional equivalente) existe en relación con el objeto del contrato, con el fin de evitar que se alteren con su ejercicio los presupuestos básicos del contrato de trabajo. Véase VALDÉS DE LA VEGA, B., *Cit.*, 200

El art. 39.1 ET parece ampliar la prestación debida por el trabajador a la decisión discrecional del sobre la equivalencia en la prestación, sin más limitación que garantizar la titulación profesional y un ejercicio no arbitrario. Sin negar que existe un acto de voluntad del empresario en su interés acerca de cual sea la prestación equivalente, sin embargo, podremos conseguir reducir dicho ámbito de acuerdo con el esquema de ejercicio de la obligación facultativa y según los límites expresos que ha impuesto el legislador en la figura así como en el resto de instituciones laborales dedicadas a regular la movilidad funcional.

Como se sabe, en el art. 39.1 ET no existe previsión alguna del límite temporal en la movilidad por lo que la sustitución de la prestación puede ser provisional o permanente, sin embargo, cuando nos referimos al momento de la aplicación de la equivalencia nos estamos refiriendo a la existencia de alguna previsión respecto a la fase de llevar a cabo la sustitución. El motivo de prestar atención a este momento temporal es su relación directa con la causa de la sustitución⁴⁷⁴, en efecto, establecer hasta qué punto es posible un acto del empresario previo y distinto del de la mera exigencia, agotada la función de la categoría de origen de continuar con la obligación laboral, de una prestación equivalente.

Este ámbito de opción en el plano laboral supone que de existir una separación entre la necesidad organizativa y la sustitución tendría el empresario una facultad más amplia que la de sustituir la prestación, cual sería la de novar la obligación o transformar la obligación de manera que la función de la categoría que actualmente realiza el trabajador quedaría sustituida por otra categoría distinta, y no por otra prestación semejante e incluida en la deuda laboral contraída. Es decir, de llevarse a cabo la decisión en momento anterior a la puesta en ejecución, estaríamos convirtiendo lo que debe ser un acto de decisión de sustitución en uno cercano a la asignación unilateral de una categoría profesional, donde el empresario selecciona la nueva categoría a asignar al trabajador y se dirige a exigirla posteriormente como parte de la obligación laboral. Cambio unilateral por el empresario del objeto del contrato, y convertir la obligación laboral en una novación unilateral de la relación obligatoria o en obligación alternativa o con dos prestaciones a elección del empresario.

⁴⁷⁴ Que nosotros entendemos conforme a la teoría del riesgo por la pérdida de la prestación. De producirse ésta (en términos de inutilidad técnica) el trabajador realizará una nueva prestación equivalente a la anterior como componente de su obligación laboral.

a) *Desde un punto de vista de derecho procesal.* Esta idoneidad del momento de ejecución, así como el desajuste con los requisitos de la decisión, a discrepar el trabajador con el entendimiento del empresario, respecto de la equivalencia o no atendiendo a los criterios legales o convencionales establecidos, se acudiría al proceso ordinario de reconocimiento de derecho. Su tramitación por el art. 81 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, pues lo que busca es la corrección de la medida y no una clasificación o reasignación profesional correcta.

b) *Desde un punto de vista de derecho colectivo,* para saber si esta figura de la equivalencia tiene su finalidad limitada a decidir si la prestación debida se va a sustituir por otra equivalente, y no la de establecer cuadros de equivalencia o elección de categorías con iguales elementos que permitan la sustitución posterior entre ellas, en la realización de la prestación laboral, debemos acudir a la expresión legal de la equivalencia y a la relación con el resto de instituciones jurídicas que conforman la movilidad funcional.

La variación entre las tareas del grupo o la sustitución de la prestación el ejercicio de la facultad de movilidad funcional constituye una *potestad de elección* propia del poder de dirección de especificar o sustituir las prestaciones a realizar del trabajo convenido. En la propia definición de la figura encontramos datos que nos indican la exigencia de períodos simples – corta duración-- de formación para adaptar al trabajador, así la simpleza en la formación como garantía para un cumplimiento semejante y en el preciso momento que se demanda, y la mención a la prestación básica para resolver la equivalencia final son datos esclarecedores en este sentido. El empresario tiene en el art. 22.3 ET unos criterios de decisión, estos no los puede utilizar para prever una futura equivalencia en abstracto, para pretender realizar procesos formativos complicados con el fin de acercar y posibilitar la ejecución de la nueva prestación de forma equivalente; realizarlo supondría, en el primer caso, se tendrían dos prestaciones equivalentes a realizar y acercaría la figura a un supuesto de obligación alternativa con facultad empresarial de concretar una de las dos prestaciones equivalentes previstas de antemano no por el empresario sino por la negociación colectiva⁴⁷⁵. En el segundo caso, faltaría la nota de necesidad organizativa y utilidad organizativa. La selección de la prestación o posibilidad de prestación sólo es posible cuando así expresamente lo indica y se señala el procedimiento para llevarla a cabo por el convenio colectivo, pues de esta forma no

⁴⁷⁵ Véase el XII convenio colectivo de la empresa Endesa.

se lesiona por el empresario la autonomía colectiva, es decir, el empresario lleva a cabo la selección de otra categoría distinta a la inicialmente asignada; conforme las prescripciones realizadas en la negociación colectiva⁴⁷⁶.

4. ÁMBITO DEL CAMBIO FUNCIONAL ENTRE CATEGORÍAS EQUIVALENTES

Si hay un aspecto sobre el que la doctrina se ha detenido a estudiar y analizar la figura de la equivalencia este, sin duda, es el ámbito de movilidad funcional entre categorías equivalentes. Ámbito que se entiende como límite a la facultad empresarial de especificación o de movilidad accidental.

No existe consenso sobre el ámbito que le corresponde a la figura pues este depende de la visión que se tenga respecto al grupo y la categoría equivalente como objeto del contrato. De esta forma, el ámbito de especificación empresarial —e indirectamente la prestación debida— «a falta de definición de grupos profesionales» (art. 39.1, *in fine*) recae sobre una prestación de una categoría para la que el trabajador que posea una aptitud (cualidad subjetiva) equivalente a la inicial prestación que venía realizando, según la indicación que establece el art. 22.3 ET.

4.1. La sustitución de la prestación en el sistema profesional por categorías.

De forma directa se descubre como el ámbito donde se ejecuta la prestación equivalente es, precisamente, el sistema de clasificación bajo el criterio de ordenación de las categorías profesionales⁴⁷⁷. De esta forma, solamente en el caso de que el trabajador se encuentra adscrito a un sistema basado en categorías profesionales, la

⁴⁷⁶ STS 5/5/1997 relativa a la creación de la supuesta categoría de vendedor dentro de la empresa Tabacalera. El puesto de trabajo de vendedor no se correspondía con ninguna categoría profesional y sólo estaba incluida en los niveles profesionales a efectos retributivos.

⁴⁷⁷ Un estudio que resume la doctrina anterior, véase: Rodríguez Pastor, G., *movilidad funcional y negociación colectiva* Tirant lo blanch nº 105 (2000) .

consideración de categoría equivalente realiza la función de servir como límite frente a las exigencias funcionales del empresario, éste tiene la facultad de sustituir la prestación cuando se agote la realización de funciones de la prestación de origen.

Consecuentemente, la equivalencia opera, inicialmente, si la clasificación se conforma exclusivamente basándose en una ordenación categorial⁴⁷⁸. En esta situación, a primera vista, el juego de la figura de la equivalencia tiene lugar de forma alterna a la del grupo profesional; si el grupo no aparece el empresario puede realizar la sustitución equivalente. Sin embargo este ámbito debe ser matizado pues, el Estatuto de los Trabajadores primero estableciendo la “falta de definición del grupo” y la propia estructura de la sustitución equivalente que impide su realización bajo un contenido multifuncional (pues en este caso correspondería la especificación y la individualización de funciones en lugar de la sustitución de la prestación). Sin embargo todos ellos tienen una nota en común, supone que nos encontramos ante un acontecimiento fisiológico dentro de la empresa, y por eso no requiere justificación. Pero, es precisamente esa superación de la prestación de origen lo que requiere un especial análisis y distinción respecto del que se puede realizar del grupo⁴⁷⁹. En principio, esta facultad no debía sobrepasar el objeto de la prestación fijada en el contrato de trabajo, pues sólo consistía en especificar el contenido funcional de acuerdo con el desenvolvimiento de la organización, como ocurre dentro del grupo profesional —puesto que la obligación asumida consiste en realizar las funciones de ese grupo profesional—⁴⁸⁰, y por este motivo sería preciso que el ejercicio de esta facultad se realice en atención a la mejora de las circunstancias organizativas de la empresa, es decir, que contemple una justificación menor, su razonabilidad y proporcionalidad.

Si queremos conocer en términos cualitativos y cuantitativos cómo son esos dos ámbitos donde se puede realizar la sustitución de la prestación, encontramos como entre los convenios de ámbito *superior a la empresa* en los que se mantienen de forma expresa las categorías profesionales como criterio de clasificación son mayoría los

⁴⁷⁸ *CC de Pizzas y productos cocinados para venta a domicilio* (BOE 15.9.97) sigue el concepto tradicional de categoría debido al escaso número de funciones y que las mismas están perfectamente delimitadas entre sí.

⁴⁷⁹ Así, cuando la facultad se realiza sobre las funciones que componen el *grupo profesional* se encuentra dentro de lo contratado, mientras que, los cambios entre las *categorías profesionales* que son equivalentes produce una *modificación* de la categoría inicialmente asignada con respecto a la categoría nueva.

⁴⁸⁰ En este supuesto se produce una alteración del parámetro funcional inicial (categoría asignada) pero el legislador quiere que se realice conforme al normal acto de especificación funcional y no, como sería más correcto dentro de la esfera del *ius variandi* y con sus requisitos.

convenios de ámbito sectorial provincial⁴⁸¹ y, más en concreto, de sectores productivos que no plantean la necesidad de definir de forma amplia e interrelacionada las prestaciones de trabajo. Integran funciones perfectamente delimitadas entre sí o que no precisan —por su escaso número— ser agrupadas por su proximidad⁴⁸². Dicho lo anterior, tampoco es extraño encontrar convenios estatales sectoriales⁴⁸³. El criterio de la categoría profesional se mantiene en cerca del 40 % de los *convenios de empresa*. Es posible que bajo la aplicación supletoria del ACV, la empresa decida continuar con el criterio de categorías profesionales de la vieja OOLL⁴⁸⁴. Como resumen, indicar que en términos cuantitativos, cerca de la mitad de los sistemas de clasificación tienen como límite a la movilidad accidental y como posibilidad de adecuar la prestación laboral los cambios del proceso productivo en la sustitución equivalente⁴⁸⁵.

Por último y sin posibilidades de entrar en su análisis, la falta de previsión en la negociación colectiva de mención alguna respecto a los sistemas de clasificación, se prevé en el art. 22 ET cuando realiza un llamamiento al *acuerdo de empresa*⁴⁸⁶. Pero al no añadirse nada más que la referida remisión, al acuerdo entre los representantes de los trabajadores y empresarios, nos encontramos con el problema de la eficacia jurídica de estos acuerdos o la concurrencia de éstos con otros acuerdos supraempresariales⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ En el ámbito sectorial provincial rige el criterio de clasificación por *categorías profesionales* (véase el Convenio provincial de «aparcamientos, garajes y estaciones de lavado y engrase»; «manufacturas de productos abrasivos»; «peluquerías de señoras»; «fábricas de chocolates, bombones y caramelos»; «locales de exhibición cinematográfica»; «actores de teatro» o «agencias de aduanas»

⁴⁸² Véase Román de la Torre, M. D., 1998

⁴⁸³ *CC Interprovincial para Comercio de Flores y Plantas* (BOE 2.4.1998) sigue el concepto tradicional de categoría debido al escaso número de funciones y que las mismas están perfectamente delimitadas entre sí. Otros estatales como el «Convenio para Administraciones de Lotería»; y los más actuales y renovados «II Convenio Colectivo Nacional para el sector de Autotaxis. (BOE 30.3.00)»; «C-C Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas» (BOE 25-10-2000)

⁴⁸⁴ De este tipo es el Convenio Colectivo de la empresa metropolitana de aguas residuales, S.A. (BOPV, de 31 de julio de 1999), en el que a pesar de partir de la derogación de la Ordenanza que regulaba el sector Orden del Ministerio de Trabajo, de 27 de enero de 1972, por la que se aprueba la Ordenanza de Trabajo para las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de agua, en lo relativo a clasificación profesional, se sigue preservando la vigencia de la definición de categoría profesional de la Ordenanza.

⁴⁸⁵ Informe Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral 1999 CES Madrid 2000 pág. 357

⁴⁸⁶ Inseguridad jurídica respecto a la eficacia de esos acuerdos pues al no ser publicados su aplicación judicial no queda asegurada. Del Rey Guanter y Serrano Olivares *Consideraciones en torno a la experiencia negocial a nivel empresarial* En Veinte años de negociación colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial. XIII jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva. MTAS, 2001 pág. 147

⁴⁸⁷ *Acuerdo 24.6.98 (BOE) del sector de embotellado y conservación de vino*, Realiza la clasificación profesional conforme a grupos profesionales, sin embargo anuncia que la movilidad funcional se realizará en torno a categorías equivalentes.

4.2. La sustitución de la categoría a falta de definición del grupo en el sistema de clasificación.

Una “condición” de un negocio es aquella limitación impuesta por el sujeto a su declaración de voluntad o aquel acontecimiento incierto del que se hacen depender los efectos del negocio.

Pero también una condición es la causa de algo, aquella que señala los presupuestos (legales o convencionales) previos, o aquella que indica cuales son las circunstancias obligatorias (extrínsecas) al negocio que se califica. Conforme a esos sentidos, el análisis de las condiciones de aplicación de las categorías equivalentes puede dar las siguientes respuestas.

De esta forma, si bien, la búsqueda de la condición o causa para la aplicación de la equivalencia entre categorías nos puede llevar a un entrecruzamiento de causas y motivos, podemos indicar como sería la existencia de una inicial de una categoría que enuncia o contiene una única función o especialidad profesional. Esta función consistía en la prestación debida que venía realizando el trabajador hasta que, en un determinado momento, deviene obsoleta para las necesidades cotidianas u ordinarias de la empresa, lo que motiva que el Estatuto de los Trabajadores ofrezca cierta flexibilidad en la ejecución de la prestación debida al permitir sustituir esa prestación que venía realizando por otra que el trabajador pueda realizar sobre la base de su equivalencia profesional. La condición en las categorías equivalentes es tanto los términos en que se ha producido la enunciación por la negociación colectiva del contenido de esa categoría como el acontecimiento que permite poner en ejecución el desarrollo por el trabajador de otra prestación⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Un mayor detenimiento que el prestado para señalar la razón justificativa o causa, exige la presentación de los presupuestos o parámetros (legales o convencionales) previos al negocio jurídico de la equivalencia. Pues, entre otras circunstancias, suponen la limitación del ámbito de aplicación e indirectamente los supuestos de exclusión de la institución. En efecto, el primer presupuesto (legal) sobre el que descansa la figura es la categoría profesional (se encuentre esta como criterio único del sistema de clasificación o dentro de un grupo profesional conformando un sistema mixto) como ha señalado la doctrina. El segundo presupuesto (dogmático) sería el momento de la insuficiencia del elemento jurídico-clasificador asignado o vinculación entre la imposibilidad de la prestación originaria y la ejecución de la nueva prestación equivalente

La expresión del art. 39.1 ET “a falta de definición de grupos profesionales” permite modificar la operatividad de la figura de la equivalencia que habíamos limitado a los supuestos de clasificación por categorías. La modificación supone que la figura no sólo opera de modo alternativo (y subsidiario) al grupo, sino que también como criterio complementario al mismo en aquellos sistemas de clasificación denominados “sistemas mixtos de grupos y categorías no homogéneas”.

Como requisito previo o condición de aplicación de la equivalencia, y, en cierto modo, su existencia depende de un hecho negativo: la no definición del grupo profesional. El art. 39.1 ET lo expresa con claridad: la movilidad funcional a falta de definición del grupo profesional podrá realizarse entre categorías equivalentes. Hay, por tanto, dos condiciones que parecen hacer referencia a la misma realidad “la falta de definición del grupo profesional” y la consiguiente existencia de “un sistema de clasificación por categorías profesionales o mixto de grupos y categorías no homogéneas”.

El referente funcional del grupo profesional quedaría de la siguiente forma⁴⁸⁹:

- Si el trabajador se encuentra adscrito a grupo profesional definido por el convenio según los términos del Estatuto de los Trabajadores, el empresario tiene la facultad de realizar cambios funcionales dentro del mismo y entre sus divisiones funcionales⁴⁹⁰.

- Si el trabajador se encuentra adscrito a un grupo profesional y, dentro de él, a una de las “variadas categorías” profesionales que lo componen, la facultad alcanzaría a cualquier cambio funcional dentro del mismo, al establecer el art. 39.1ET un mínimo en la determinación del objeto del contrato, el grupo profesional. Entendiendo, claro, que el grupo definido en la norma colectiva cumple con los requisitos del art. 22.2 ET, es decir, que es adecuado para fijar el objeto del contrato, puesto que reúne la homogeneidad entre las categorías que lo componen⁴⁹¹. Sin embargo es posible que exista alguna deficiencia en cuanto a la cualificación del trabajador para realizar otra de las categorías que conforman el grupo, pues no coincide la profesionalidad de la

⁴⁸⁹ Valdés De la Vega *Cit.*, pág. 198

⁴⁹⁰ En este caso, coincidirá la facultad empresarial con el ámbito correspondiente al grupo asignado.

⁴⁹¹ El grupo no pierde su función delimitadora del objeto del contrato y, de ser el ámbito idóneo de movilidad funcional ordinaria. Igualmente RODRÍGUEZ PASTOR, G., «La movilidad funcional en la negociación colectiva» Aranzadi Social 2000 cita como ejemplo el *CC General del Sector de Derivados del Cemento* (BOE 27.8.96 –revisado febrero 99)

categoría inicialmente acordada con la facultad empresarial de movilidad dentro de todas las actividades o tareas del grupo profesional, en estos supuesto se pueden introducir límites convencionales de “adecuación funcional” a dicha movilidad⁴⁹².

La práctica negocial describe una estratificación grupal con categorías no equivalentes (pues aquí, o bien no exista un grupo con una mínima identidad entre las categorías, o bien donde haya una mera agrupación de categorías de dispar contenido funcional, titulación y aptitudes).

Tras la reforma de 1994, la interpretación que hay que realizar respecto a la referencia expresa de “falta de definición de grupo” es más compleja que entender un supuesto de “la falta de grupos profesionales”⁴⁹³. En efecto, el sistema de clasificación profesional establecidos en las normas sectoriales, aparte del sistema por grupos y por categoría profesional contemplan lo que la doctrina denomina el sistema mixto⁴⁹⁴. La importancia de encontrarnos ante un grupo definido deriva de ser el supuesto excluido de la aplicación de la equivalencia, la existencia de un convenio o acuerdo de empresa donde se realice la clasificación por grupos definidos conforme al el número 2 del artículo 22 ET significa un supuesto de inaplicación de la equivalencia. Mas dudas existen respecto al supuesto del sistema mixto de clasificación donde la doctrina se muestra dividida⁴⁹⁵, por un lado se encuentran aquellos que entienden que el radio de aplicación del grupo es atrayente y principal, y, por otro, aquellos que consideran que al no encontrarse definido se aplicará la movilidad entre categorías equivalentes.

Algunos autores, enfrentados con este sistema mixto, han dado la siguiente condición de aplicación: si el trabajador se encuentra adscrito a un “grupo” no definido (o que

⁴⁹² . De esta forma, la movilidad funcional será posible sólo entre aquellas funciones (o categorías) del grupo que tengan una aptitud profesional equivalentes. (Véase el AICV y el XII Convenio de Químicas 1999).

⁴⁹³ Se ha estudiado lo que se entiende por grupo definido y no definido y, así, son corrientes en la actualidad los cuadros legales de los distintos ámbitos de movilidad: RODRÍGUEZ PASTOR, G., «La movilidad funcional en la negociación colectiva» Aranzadi Social 2000 LAHERA FORTEZA, J., «La regulación de la clasificación y promoción profesionales» En “Balance material del proceso de sustitución de las ordenanzas laborales: continuidad y crisis de sus contenidos normativos” Dir. VALDÉS DAL-RE MTAS 1999, pág. 103 ss VALDÉS DE LA VEGA, p. establece el régimen legal de determinación (indirecta) del objeto del trabajo.

⁴⁹⁴ Conforme a las reglas que establece el art. 22 ET el sistema de clasificación profesional puede ser de categorías profesionales, de grupos profesionales o mixto. Véase ALONSO OLEA (18ª ed) pág. 306

⁴⁹⁵ Por todos, VALDÉS DE LA VEGA, pág. 198, considera que en un sistema mixto, es decir aquel donde el contenido profesional acordado fuese una categoría profesional pero dentro de un sistema de clasificación por grupos, las facultades del empresario se moverán dentro del grupo al cual pretende la categoría asignada. (Idea que reitera en la pág. 200)

reproduce le contenido del grupo de las OOLL) y, dentro de él, a una de las heterogéneas categorías profesionales que lo componen, aunque el convenio colectivo permita la movilidad dentro del grupo, la mayor parte de la doctrina indica que⁴⁹⁶, el empresario posee sólo la facultad de realizar —si es posible— cambios funcionales en un nuevo mínimo en la determinación del objeto del contrato; la categoría profesional equivalente. El límite sería la *categoría profesional equivalente*, a pesar que el convenio reitera el tenor del art. 39.1 ET, pues se entiende que el grupo perderá su función delimitadora. Los convenios deben respetar los límites mínimos establecidos, lo que se producirá si los grupos profesionales se ajustan al concepto y finalidad señalado por el ET⁴⁹⁷.

Entre los convenios de ámbito *superior a la empresa* en los que se deduce un sistema de encuadramiento mixto⁴⁹⁸, es decir, los que establecen provisiones referidas a viejas *categorías* (técnicos, empleados, operarios y subalternos), y que pasan a ubicarse en determinados *grupos* profesionales y sus correspondientes «subdivisiones orgánicas» por áreas (administración, comercial, técnica...)⁴⁹⁹, si bien, en ellos existe una “renovación” y se insertan nuevos elementos de clasificación⁵⁰⁰, el grupo se encuentra sin definir o con un contenido funcional basado exclusivamente en categorías

⁴⁹⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Clasificación ...» pág. 19. Señala que cuando los grupos profesionales tengan la única virtualidad de organizar o agrupar categorías, su existencia es «puramente formal», y no a efectos de movilidad funcional. En igual sentido VALDÉS DAL- RÉ, F., «la movilidad...», pág. 30. AGUILERA IZQUIERDO *Cit.*, pág. 127 “...El contenido de los arts. 22 y 39 ET se condiciona recíprocamente, y en la definición de los grupos profesionales habrá de respetarse los criterios que la ley establece para su configuración, de manera que sólo así podrán delimitar el ámbito de la movilidad funcional.

⁴⁹⁷ De realizarse el cambio, no sólo no estaríamos fuera de la condición de aplicación del art. 39.1 ET que exige grupo DEFINIDO sino que dudosamente se respetará la titulación ni los derechos profesionales (a la formación y promoción) y económicos del trabajador.

⁴⁹⁸ Este sistema mixto combina la categoría y el grupo como criterios de la organización funcional. No es difícil descubrir el difícil acople entre ambos criterios porque el sistema de categorías profesionales expulsaría al grupo; las categorías tienen una función real o sustantiva mientras que el grupo es meramente formal. Así, pese a reproduce los clásicos 5 grupos de las OOLL (I. Técnicos.II. Administrativos.III. Mercantiles.IV. Obreros.V. Subalternos) «*CC Nacional para Pastas Alimenticias* (BOE 16.12.99) posteriormente, dentro de los grupos las distintas categorías son definidas.»

⁴⁹⁹ Véase el estudio «La negociación colectiva en las pymes valencianas: flexibilidad laboral y promoción del empleo» Universidad de Valencia noviembre 2000. También, confeccionan el sistema de clasificación en grupos y categorías, pero construyendo el sistema atendiendo a diversos factores de encuadramiento —conocimientos y experiencia, iniciativa, autonomía, responsabilidad, mando, complejidad— Véase Convenio de las industrias Salineras, concesionarios de aparcamientos de vehículos, empresas de desinfección, telemarketing (véase en Rodríguez Pastor, G., *La movilidad funcional...* nota a pie nº 23.)

⁵⁰⁰ Esos elementos de clasificación nuevos que se adicionan son el nivel retributivo, el puesto de trabajo, o el área.

profesionales. Respecto a los *convenios de empresa* con sistemas mixtos, se define la categoría por su pertenencia al grupo o área funcional y recoge de manera no exhaustiva las actividades propias de las mismas, de acuerdo con la organización y ordenación de procesos de trabajo⁵⁰¹.

Como presupuesto de eficacia, de existir un *grupo definido* de acuerdo con los caracteres del art. 22.2 ET la facultad de sustitución que contempla la equivalencia se hace ineficaz o innecesaria, pues existe una amplia posibilidad funcional para adaptar la prestación a las necesidades de la empresa conforme a la sucesiva individualización o especialización. Sin embargo, en la actualidad, se ha ofrecido por los convenios colectivos la necesidad de que el empresario tenga que resolver acerca de la idoneidad del puesto a la aptitud del trabajador previa a la especialización en el interior del grupo. Así, las reglas del AINC, permiten señalar, que, aun estando dentro de un grupo, si en un cambio de funciones el trabajador no posee la idoneidad y aptitud necesaria para el desempeño de las nuevas tareas que se le encomiendan, ese cambio debería ser considerado, como fuera de grupo y, por tanto, con el régimen de jurídico para este tipo de movilidad funcional⁵⁰².

4.3. La sustitución de la categoría para la que está cualificado el trabajador.

Esta condición incluida en el art. 39.1 ET realiza una objetivación de las necesidades en cuanto a conocimientos y habilidades precisos para el ejercicio de las actividades del puesto de trabajo concreto. En particular, su finalidad se concreta en resolver si la prestación que se va a realizar requiere oficialmente ser ocupada por personas con una situación académica o profesional concreta. De ser así, la titulación se debe considerarse como condición para realizar la aplicación de la equivalencia.

Como ha indicado Cruz Villalón, el requisito de la titulación, considerado en estos términos, no posee grandes efectos (como regla o garantía) para el conjunto de los

⁵⁰¹ Como ejemplo véase el art. 55 el Acuerdo modificativo del- Convenio colectivos de Personal laboral de Agencia Estatal de la Administración Tributaria de 1999.

⁵⁰² Rodríguez Pastor, G., *La movilidad funcional...* pág. 53

trabajadores. Queda reducida su virtualidad a las categorías profesionales más altamente cualificadas⁵⁰³ y que exigen la posesión de un título oficial⁵⁰⁴.

Si la titulación fuera el único límite a añadir a la pertenencia al grupo o la decisión respecto si la nueva prestación es equivalente, podría concluirse que el ET no sólo ha ampliado las facultades empresariales de movilidad, sino que, además, sólo protegería la profesionalidad de determinados trabajadores; los titulados. De ahí que se sea el reconocimiento de la profesional en general del trabajador el dato último delimitador de la prestación exigible al trabajador.

⁵⁰³ Cruz Villalón, J., Las modificaciones de la prestación, cit., pág. 60

⁵⁰⁴ En la actualidad los títulos profesionales se han ampliado con el certificado de profesionalidad contemplado inicialmente por el RD 797/1995, y los siguientes Reales Decretos que desarrollan el conjunto de profesiones con tales títulos, y reformado por el RD 34/2008. Véase, up infra, apartado 3.3 del capítulo IV.

CAPÍTULO CUARTO REGIMEN JURIDICO DE LAS CATEGORÍAS EQUIVALENTES: JUICIO DE EQUIVALENCIA Y EFECTOS

Con la introducción de la figura de la sustitución de categorías equivalentes, el legislador no hace sino constatar una realidad: la disfunción de la categoría profesional como límite objetivo de la movilidad funcional accidental en un contexto de pluriactividad técnica del trabajador y de búsqueda de su mayor empleabilidad, todo ello dentro de un ámbito empresarial cada vez más tecnificado y competitivo que exige una mayor flexibilidad en la fuerza del trabajo. Se trata así de utilizar un nuevo criterio objetivo, aplicable a todos los trabajadores y todos los sectores, constituido por la posibilidad de reasignar al trabajador, junto a las prestaciones propias de la categoría asignada, el ejercicio aquellas funciones básicas de otras categorías que son semejantes a la suya desde un punto de vista de aptitud profesional. A nuestro juicio, si existe tal realidad, la introducción de la figura de la sustitución equivalente de las funciones entre categorías se justifica plenamente, a pesar de que se amplíe parcialmente el ámbito de la movilidad funcional del trabajador concreto. Y, en sentido contrario, la institución puede ponerse en duda, cuando del juicio de sustitución equivalente tenga como consecuencia una indeterminación en la prestación a realizar por el trabajador, fruto de la falta de un marco claro de semejanza profesional o de aptitud equivalente entre las categorías.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL JUICIO DE LAS CATEGORÍAS EQUIVALENTES

El juicio de equivalencia es el límite objetivo establecido por el legislador reformista de 1994 en la movilidad funcional del trabajador cuando en la empresa rige un sistema de clasificación por categorías profesionales, de tal forma que bajo el respeto a dicha presunción legal de equivalencia el empresario puede ordenar la realización de las funciones de otra categoría, que por ser esta equivalente a la inicialmente asignada no presupone una movilidad funcional sustancial. En efecto, al situarse como ámbito de ejercicio de la movilidad funcional accidental —desplazando a la categoría profesional—, se produce una ampliación en igual medida de la prestación debida por el

trabajador (todas las equivalentes a la categoría asignada al trabajador). Circunstancia que debe condicionar la interpretación de la presunción legal de equivalencia entre categorías, de forma tal que permita entender que bajo su ejercicio se realiza un verdadero cambio funcional accidental y no un ejercicio abusivo de las cualificaciones del trabajador para encomendarle sucesivas categorías profesionales, puesto que si se alteran las condiciones principales de la relación laboral afectando al objeto del contrato de trabajo, sería preciso la apreciación de las causas legales para el ejercicio empresarial del *ius variandi*, o, en su caso, para la voluntad expresa del trabajador y empresario (*animus novandi*) para novar la relación laboral⁵⁰⁵.

La aplicación de los límites propios de la movilidad funcional accidental y los genéricos logran que el ejercicio empresarial se lleve a cabo de manera adecuada; concretamente así lo establece para la movilidad dentro del grupo profesional y entre categorías equivalentes el apartado 1 del art. 39 ET.: «La movilidad funcional (...) no tendrá otras limitaciones que las exigencias académicas o profesionales y la pertenencia al grupo profesional o, en su defecto, a la categoría profesional equivalente». Límites que estarán en consonancia con el *plus* prestacional que en atención a la profesionalidad dinámica del trabajador y su cualificación. Puesto que, a salvo de los cambios de particulares de determinadas condiciones de trabajo vinculadas con las funciones que se modifican, en el cambio entre categorías profesionales equivalentes el trabajador ve respetada su profesionalidad así como el resto de condiciones laborales inicialmente pactadas, que dado el carácter equivalente de la nueva categoría será la gran mayoría.

Normalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia⁵⁰⁶, vienen afirmando acertadamente que la mención del apartado 1 del art. 39 ET respecto a que la movilidad funcional accidental no tendrá otras limitaciones que la titulación y el respeto al grupo profesional y la categoría profesional equivalente no es exhaustiva, sino que ésta debe

⁵⁰⁵ Se entiende que la novación se refiere a una novación extintiva por la entidad del cambio del objeto de trabajo en la relación laboral que obliga, por la incompatibilidad total entre las nuevas funciones y los anteriores derechos y obligaciones laborales, a la extinción de ésta. Véase, Ojeda Aviles, A., *La Renuncia...*, cit. 241.

⁵⁰⁶ Pues como recuerda la Sentencia del TSJ Galicia, de 7 junio 1997 (AS 1997\1869), la movilidad funcional no está sin embargo exenta de límites, que se concentran fundamentalmente en el respeto a los derechos profesionales y económicos de los trabajadores (art. 39.3 del ET). No es nada nuevo el establecimiento por la jurisprudencia de límites adicionales que garantizan la movilidad accidental u horizontal, como pudo verse cuando la jurisprudencia interpretó que los límites de la facultad empresarial de cambiar de puesto de trabajo a un empleado, con fundamento en el artículo 39 del ET, eran, por un lado, el no desbordamiento del ámbito del grupo profesional bien definido por el Convenio colectivo y, por otro, en su defecto u en todo caso, la equivalencia profesional.

ser leída en clave sistemática. Así la movilidad funcional accidental (poder de dirección) respecto a la sustancial o extraordinaria (*ius variandi*) muestra su separación y especialidad precisamente en la presencia de límites contractuales junto a los límites legales (sean estos específicos o genéricos⁵⁰⁷).

En estos términos, pues, como afirma la práctica totalidad de la doctrina⁵⁰⁸, desde el momento en que se recoge en el Estatuto de 1994 la figura de la movilidad funcional entre 'categorías profesionales equivalentes' el tema se reduce —en un primer momento— a un problema de límites legales, y a la presencia de una serie de exigencias que, si bien no aparecen expresamente reseñadas en los artículos 22 y 39 ET, en relación con el art. 20.1 ET, deben de acompañar siempre al ejercicio de una decisión empresarial encuadrada dentro del poder de dirección. Exigencias que aparecen reseñadas dentro de otros preceptos del Estatuto (art. 4, 17, 39.3y5, 41 y 50 ET)⁵⁰⁹.

1.2. Análisis de los criterios legales de equivalencia: elementos objetivos y subjetivos.

La equivalencia por propia naturaleza es semejanza, igualdad de los elementos del objeto cambiado; al propio tiempo que es conservación o mantenimiento inalterable de lo que es principal. La relación jurídica se somete a un intercambio, si bien no sufre una transformación en su objeto o condiciones esenciales, se mantiene como una sola y única relación (en este caso, relación laboral).

⁵⁰⁷ Por la Jurisprudencia Constitucional, por citar la última, la STC 185/2004 PTE. Casas Baamonde; por la jurisprudencia ordinaria, por todas, la Sentencia del TSJ Asturias (AS 2004\2706) que nos recuerda que el poder directivo tiene un límite en el respeto a los Derechos fundamentales del trabajador.

⁵⁰⁸ Valdés Dal-Re, F., «La Ruptura...» cit. Pág. 9; por su parte, Cruz Villalón afirma que la especialidad de los límites legales del *ius variandi* —causalidad, temporalidad y comunicación a los representantes de los trabajadores—, y su relativa rigidez constituye en definitiva la muestra más palpable del punto en el que se sitúa la separación entre estas facultades modificativas —extraordinarias— y el poder de dirección. (Cruz Villalón, J., *Las Modificaciones de la prestación...*, cit. Pág. 137).

⁵⁰⁹ Entre ellas se encuentran desde aquellos elementos que vienen a asegurar que no se produzcan actos discriminatorios al llevar a práctica el juicio de equivalencia, hasta la idoneidad física y la forma de elección de los trabajadores concretos a los que se les ordena el cambio entre categorías profesionales, pasando por la prohibición de perjuicio grave a la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador.

Pero sucede precisamente que en determinadas ocasiones los elementos que se deben poner en relación para apreciar la igualdad de la relación o la intercambiabilidad de las situaciones jurídicas son tantos y tan variados que el legislador necesita fijar un padrón o referencia, propiciando el juicio de equivalencia entre la situación previa y la posterior; se produce la presunción legal de prestación equivalente dentro de una relación jurídica que conserva con la otra semejanza e igualdad.

Aparecen así los elementos principales o configuradores del juicio de equivalencia, aquellos que permiten al empresario identificar las situaciones de semejanza profesional y el ejercicio, en su caso, de la movilidad funcional accidental entre categorías profesionales equivalentes. Sucede que además estos elementos se configuran en el Estatuto de los trabajadores de una determinada forma para conseguir unos efectos jurídicos inmediatos y fehacientes, de tal forma que pueden declarar que, jurídicamente, presentes los mismos en una y otra prestación hay un orden de equivalencia legal entre ambas prestaciones o categorías profesionales.

Aceptada la forma de presentarse en el Estatuto de los Trabajadores la presunción legal de equivalencia, corresponde ahora entrar en el tema que conllevará mayores consecuencias prácticas para la modificación equivalente. La cuestión se puede plantear en los siguientes términos: ¿cuáles son los elementos que conforman dicha presunción legal de equivalencia? Tales elementos vienen dados por el propio art. 22.3 ET : «la prestación propia de la categoría profesional de origen y la básica de la de destino » el primero de ellos, o «una aptitud profesional del trabajador sea de todo punto compatibles con ambas prestaciones», el segundo.

Conforme a la visión más corriente⁵¹⁰, la lectura de la descripción de la equivalencia realizada por el legislador en clave de semejanza profesional, propone realizar tres tipos de labores: una labor técnica: representar idealmente los perfiles profesionales; otra <relacional>: comparar la naturaleza de los cometidos *a quo* y los cometidos *ad quem*, y una tercera ponderativa: efectuar un reenvío a las aptitudes profesionales el trabajador en el sentido de compatibilizar las funciones potencialmente análogas con el nivel y con el tipo de cualificación poseída.

1.2.1. *Análisis y distinción de elementos importada de la doctrina italiana.*

⁵¹⁰ Aleman Paez,F., *El encuadramiento...*, cit., pág. 249.

En la doctrina científica y jurídica italiana es común preguntarse por el juicio de equivalencia como elemento básico para diferenciarlo de otros poderes empresariales. En concreto, del juicio sobre su mérito realmente equivalente⁵¹¹.

La jurisprudencia construye este juicio de equivalencia a partir de dos pilares, el uno subjetivo y el otro objetivo. Desde el punto de vista *subjetivo*, el juicio de equivalencia debe tener en cuenta el bagaje de experiencia y pericia adquirida por el trabajador en la fase previa del contrato (*pregressa del rapporto*), de tal forma que consiente que ese perfeccionamiento también en el ejercicio de las nuevas tareas⁵¹².

Desde un punto de vista *objetivo* se exige que las tareas de destino sean aquellas del mismo nivel de encuadramiento profesional o al menos en la misma área profesional de las originales⁵¹³. Éste requisito fue el que, en un inicio, sustentaba el juicio de equivalencia⁵¹⁴, y hasta la actualidad esta interpretación objetiva es la considerada fundamental y viene a afianzar más esta base objetiva como el índice presuntivo de la equivalencia⁵¹⁵.

Con esto no se quiere decir que el otro pilar, el subjetivo, no se tenga en consideración por la jurisprudencia, sino que no tiene la misma posición o relevancia⁵¹⁶. La consideración del pilar subjetivo de la noción de equivalencia por la jurisprudencia se realiza al objeto de

⁵¹¹ Resulta por esta razón necesario recordar, el supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia. Contratada una mujer para el ensamblaje, con posterioridad la cambian hacia labores de limpieza. Para el primer tribunal (Pretore di lavoro), existía una equivalencia entre ambas categorías; para el segundo tribunal (Tribunal laboral de Milán), no hay tal equivalencia por lo que obligó a FIAT auto a asignar a la trabajadora a labores de ensamblaje “u otras equivalentes”. Se interpuso recuso de Casación por la empresa FIAT, que dio lugar al debate en el tribunal sobre el concepto de equivalencia rígidamente interpretado y aplicado por la doctrina jurídica desde comienzos de los años 70 (Sentencia nº 2691 de 24 de junio 1977 del Tribunal de Casación).

⁵¹² La Sentencia del Tribunal de Casación de 9 de julio de 1984 no sólo atribuye importancia a la profesionalidad previa, sino también a la experiencia y pericia del trabajador, sea potencial o sea en grado de adquisición.

⁵¹³ Para una evolución del principio de equivalencia desde la perspectiva de la modificación objetiva, Broglio, M., “Le modificazioni oggettive: il mutamento di mansioni” en *Diritto del Lavoro. Commentario* (Dir. Carinci, F.) Torino 1998 pág. 1090. Igualmente, Pasani, C., *La modificazione delle mansioni* Milano 1996 pág. 112.

⁵¹⁴ Sentencias del Tribunal de Casación de 13 de febrero 1980 y 6 de diciembre 1983

⁵¹⁵ Entre las últimas sentencias, Tribunal de casación de 2 de julio 1992, y de 23 de noviembre 1995

⁵¹⁶ La última jurisprudencia (sentencia de 17 de julio de 1998) refleja esta huella de larga tradición jurisprudencial, así no ha considerado suficientemente “ricadano” entre ambas, a la vista del vigente Convenio Colectivo del sector de automoción, ni la segunda cualificación funcional, y ha impuesto el deber de realizar una ulterior verificación de la equivalencia, en concreto de las tareas de origen y las de destino. Sobre la base del criterio subjetivo, el Tribunal de casación ha considerado que las tareas de limpieza “pueden realizarlas todos” mientras que las de ensamblaje “necesitan de un mínimo bagaje de competencia técnica específica en el sector”. En este sentido, así, se tutelaba el patrimonio profesional de la trabajadora una vez dentro de la ejecución laboral (*pregressa del rapporto*).

tutelar lo más posible la posición profesional del trabajador: se trata de un principio incluido en el concepto de “saber hacer”, sobre el factor de la profesionalidad adquirida y sobre el presupuesto que el desarrollo de las tareas originarias ha dado al trabajador una idoneidad técnico-profesional la cual hay que tener en cuenta a la hora de atribuir unas nuevas tareas.

Por su parte, la doctrina jurídica ha criticado esta visión inicial rígida del art. 2103 del CC por la jurisprudencia, y considera que la noción de equivalencia hay que ponerla en relación con la época en se aplicaba; pues, a comienzos de los años ochenta, con la crisis industrial, existe la necesidad adoptar un contenido más elástico al concepto de equivalencia, donde muchos de los viejos perfiles profesionales han desaparecido mientras otros nuevos han tomado realidad por el cambio tecnológico. De ahí que también en el campo de la movilidad horizontal el empresario no sólo debe tener en cuenta la profesionalidad adquirida (saber hacer) sino incluso más allá tener en cuenta la idoneidad respecto a las nuevas tareas (saber como hacerlas), comienza así a tutelarse la *profesionalidad dinámica*⁵¹⁷; por la cual, se debe mirar no tanto la profesionalidad anterior, sino su capacidad de adaptación y un sistema de producción en continuo cambio⁵¹⁸. O incluso valorar una profesionalidad más amplia y articulada del trabajador que tenga en cuenta cómo éste desarrollo de las tareas. En cambio, otro sector doctrinal, estima que la profesionalidad del trabajador, incluso de la fase previa del contrato, puede sufrir daños sí a cambio el empresario la compensa con otras ventajas laborales, tales como la mejora en su posición dentro de la empresa, mayor responsabilidades y autonomía o una más larga carrera profesional⁵¹⁹. Sin embargo, tanto una como otra corriente doctrinal caen en el error de una interpretación o lectura “creativa” del art. 2103 del CC y ello cuando el Código civil tiene una redacción clara que pone límites precisos al cambio funcional⁵²⁰.

A mediados de los años ochenta la jurisprudencia de los tribunales provinciales pusieron en práctica cambios en forma de una mayor elasticidad del juicio de equivalencia, en rebeldía con el tribunal de casación y siguiendo así a la doctrina académica mayoritaria; en particular, estos tribunales valoraban la capacidad profesional compleja del trabajador, o que la

⁵¹⁷ Carinci, F., De Luca, R., Tosi, P., Treu, T., *Diritto del lavoro* II, Il rapporto di lavoro subordinato. Torino 1998 pág. 222.

⁵¹⁸ Liso, F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*. Franco Angeli Milano 1988 pág. 169.

⁵¹⁹ Pisani, C., *Rapporto di lavoro e nuove tecnologie: le mansioni*. Diritto di Lavoro e Relazioni Industriali 1988, pág. 317.

⁵²⁰ Brolo, M., “La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103” En *Il codice civile. Commentario* (Dir. Schlesinger, P.) Milano 1997 p. 121.

equivalencia se lograba porque el trabajador recibía otras ventajas laborales. Según esta interpretación, el art. 2103 del CC no solo implica que la nueva tarea sea de la capacidad técnica-profesional del trabajador, salvaguardando el nivel profesional, sino también decidir si se deja o no de utilizar la plena capacidad profesional del trabajador de la anterior fase contractual⁵²¹. Sin embargo, el Tribunal de Casación en líneas generales⁵²² continuó —y continua—, como se aprecia en la sentencia de julio 1998, aplicando su criterio estático de equivalencia⁵²³.

En resumen, entre los rasgos que nos interesa destacar de la equivalencia entre categorías de la legislación italiana tenemos: que expresa el supuesto de asignación empresarial unilateral con garantías⁵²⁴; que al introducir la disyuntiva “o” se permite al empresario una concentración entre dos exigencias funcionales; que el cambio debe ser equivalente a la última función que se realizaba; que existe una garantía retributiva.

1.2.2 *Elementos objetivos y subjetivos del juicio de equivalencia.*

El art. 39.1 ET no reproduce, como hacía el ET-80, el concepto de grupo profesional ni categoría profesional equivalente, ni remite expresamente al art. 22 ET para su conocimiento. Esta deficiencia técnica del legislador se puede comprender en relación con el grupo profesional que como elemento del sistema de clasificación profesional debe estar ubicado en el artículo 22 del Estatuto, ahora bien es más dudosa para la categoría profesional equivalente que es un criterio para el ejercicio de la movilidad funcional y no un elemento de clasificación profesional, tal y como ya apuntamos. Pero

⁵²¹ Sentencia del Tribunal de Nápoles de 29 de marzo 1985.

⁵²² Una Sentencia del Tribunal de Casación, realiza el juicio de equivalencia basándose en que el trabajador ejercita sus competencias según su grado cultural de base, con las nociones técnicas adquiridas incluso durante la ejecución del contrato y sin perjuicio salarial, permaneciendo en la misma categoría de encuadramiento único (Sentencia de 16 de octubre de 1985). Sin embargo, esta sentencia no ha tenido una confirmación con otras posteriores, quizás porque en dicha sentencia existía un supuesto de hecho que estaba condicionado por la crisis que vivía la empresa y que hubiera supuesto un despido objetivo.

⁵²³ Así lo confirma la Sentencia del Tribunal de Casación de 10 de junio 1993, la cual permite al empresario asignar al trabajador a otras tareas si se revelan objetivamente conexas con aquellas explícitamente semejantes en cualificación y que no hagan disminuir la figura profesional del trabajador.

⁵²⁴ Al mismo tiempo que regula la equivalencia contempla un cambio ascendente. En este caso, debe ser tras haber realizado una práctica efectiva en esa categoría, es decir, se trata de una movilidad no de un ascensos per saltum, no sometido a control informativo de los representantes ni garantías con el resto de trabajadores.

dejando de lado estas deficiencias técnicas inevitables, al acudir al apartado 3 del art. 22 del ET para conocer el concepto de la categoría profesional equivalente, que será el ámbito de ejercicio de la movilidad funcional cuando se haya fijado un sistema de clasificación profesional por categorías profesionales, nos encontramos más que con una noción, como sucede con la referencia al grupo profesional, con un criterio legal o presunción de equivalencia entre dos categorías desde el aspecto funcional-profesional.

Así, el empresario dispone de plena discrecionalidad en el referido juicio por lo que se hace preciso, por tanto, al objeto de mantener inalterados los deberes y obligaciones inicialmente pactados al asignar una categoría inicial al trabajador, no sólo que dicho juicio sea lo más ajustado y estricto a dichos elementos legales, sino que también lo sea con la idea de equivalencia de las partes del contrato o con elementos complementarios como pueden ser el «principio de retroceso funcional» o el «principio de sustituibilidad profesional»; todo ello, sin perjuicio además, de una fiscalización en cuanto a las consecuencias de su aplicación en las relaciones laborales por los convenios colectivos y los representantes de los trabajadores. En efecto, al no exigir (el art. 39.1 ET) ni causalidad ni temporalidad, por lo que la decisión equivalente sólo es fiscalizable en cuanto a las consecuencias de su empleo: prohibición de discriminación, utilización abusiva, etc.. El examen se efectuará exclusivamente en cuanto a sus consecuencias y permitirá posteriormente realizar un juicio (ex lege) sobre la suficiencia de los elementos de equivalencia descritos legalmente en relación con cambio funcional accidental que buscan; si son igualmente necesaria la prescencia de otras garantías a tal fin. Finalmente habrá una fiscalización a posteriori por parte del propio trabajador afectado enjuiciando los requisitos previos y los límites a la movilidad funcional.

En otras palabras, con la configuración de la equivalencia del art. 22.3 ET se dispensa de probar al empresario la real equivalencia y se hace recaer el "onus probandi" sobre el trabajador obligado a ejecutar la prestación de la categoría enjuiciada equivalente; O si se quiere ver desde una perspectiva procesal, se puede razonar que en el art. 22.3 ET lo que se produce técnicamente es una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba como consecuencia de la presunción legal (de naturaleza "iuris tantum"), si bien también se puede hablar de "regla especial de prueba" por no concurrir en la construcción legal todos los elementos estructurales que configuran la presunción.

De ahí que, por un lado, el juicio de equivalencia no se encuentra determinado por unos hechos o rasgos funcionales que el empresario estime⁵²⁵, sino por la presencia obligatoria de los elementos legales. De ser la equivalencia un juicio empresarial sobre unos hechos, podríamos estar ante un análisis infinito, al respecto de una y otra función, tarea, actividad, prestación, categoría, obligación, etc., comparten o no muchos rasgos que los hacen equivalentes a los otros. Incluso no exigiría garantías de llegar a un acuerdo. (pues, sí sería considerable para otros no, y lo que para unos significa que aun con la presencia de esos caracteres las funciones o categorías siguen conservando la individualidad o mantienen una diferencia relevante para otros, en cambio, aprecian su irrelevancia y su equivalencia). Igualmente, y en un segundo lado, los elementos son enunciados referenciales; creados para realizar un juicio de semejanza profesional⁵²⁶, y, finalmente, *Ex-lege ferenda* o completando la presunción legal podrían existir otros requisitos más adecuados a su finalidad: un cambio funcional accidental⁵²⁷.

A pesar de todo ello, lo que resulta claro es que el legislador laboral de 1994 ha querido eliminar la categoría profesional como límite objetivo de la movilidad funcional accidental para dejar dicho papel a las categorías profesionales equivalentes bajo unos elementos configuradores de las mismas que se presentan de forma ambigua e indeterminada. En efecto, los datos legales de la equivalencia (funciones propias, prestaciones básicas, aptitud profesional y procesos simples de formación), con ser datos ciertos y con un contenido semántico predeterminado, sin embargo poseen un cierto grado de ambigüedad, que se pueden ampliar o restringir dentro de unos márgenes según la óptica desde los que se contemplen. Por ello, al igual que sucede con el resto de los adjetivos o expresiones que se acercan a los conceptos jurídicos indeterminados (propias, básicas y simples), habrá que estar a como vaya quedando perfilada su

⁵²⁵ Este sería el caso del art. 13.3 ET. Para el supuesto de categoría equivalente en relación a la retribución en el contrato a domicilio. Aquí, el juicio de equivalencia que tiene que realizar el empresario --si quiere realizar la sustitución-- no es una acumulación de rasgos comunes que dan origen en su apreciación a la equivalencia.

⁵²⁶ Este calificativo “referencial” de los elementos o requisitos (objetivos y subjetivos) expresados por el Estatuto de los Trabajadores se debe a que funcionan como criterios de <clasificación> De esta forma, la equivalencia no tendría que ver con el número de elementos puestos en presencia, sino con los criterios de <clasificación> que el Estatuto pone en presencia.

⁵²⁷ Es decir, si los elementos que el Estatuto emplea para <clasificar> como equivalentes dos categorías obedecen a un criterio admitido por la propia idea de movilidad funcional. Por tanto, si el requisito de cualificación está acorde con un estudio previo sobre el desarrollo eficaz de la nueva prestación que se le encomienda al trabajador. Así como, la relación que existe entre esa exigencia equivalente y el resto de instituciones laborales destinadas a regula la prestación laboral y los cambios funcionales.

definición en su contenido práctico a través tanto de interpretación doctrinal y en la actuación de la negociación colectiva como de los pronunciamientos sucesivos de la jurisdicción laboral.

Así, pues, dado que resulta imposible un pronunciamiento definitivo sobre el concepto equivalencia entre dos categorías profesionales, que evite dejar fuera elementos prestacionales de comparación, se debe exigir que el criterio de equivalencia sea lo más estricto posible, con el fin de evitar que se convierta su ejercicio en una modificación funcional sustancial encubierta, en lugar de suponer una efectiva sustituibilidad profesional dentro de la movilidad funcional accesoria.

Por último, junto al aspecto objetivo y subjetivo, se debe resaltar también el carácter “normativo” que tienen esos elementos constitutivos de la equivalencia, pues al ser criterios relevantes normativamente llevan consigo la identificación de las condiciones de aplicación que — sin necesidad de ningún otro condicionamiento adicional—, darán lugar a las consecuencias legales: la movilidad funcional entre categorías profesionales.

Desarrollando la descomposición del juicio de equivalencia anteriormente expuesto, las categorías equivalentes actúan sobre un doble plano de razonamiento o premisa: el primero es de índole objetiva, (el cual supone una operación inductiva que exige identificar de modo claro y preciso, las tareas propias de cada categoría dentro del sistema profesional, distinguiendo entre las básicas o fundamentales y las accesorias o complementarias), y el otro de índole subjetiva o aptitudinal (el cual supone delimitar las aptitudes necesarias para llevar a cabo en cada caso, las funciones que constituyen las señas de identidad de cada una de las categorías contrastadas).

Para este primer análisis, la doctrina⁵²⁸ ha dividido, al igual que la doctrina italiana, los elementos del juicio de equivalencia prevista en el aptdo. 3 del art. 22 ET en dos tipos o grupos: los elementos objetivos y los subjetivos, de acuerdo con las propias premisas de la presunción de equivalencia del art. 22.3 ET: una premisa subjetiva “*..cuando la aptitud profesional necesaria..*”, y otra premisa objetiva “*..permite el desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda..*”.

⁵²⁸ Valle Muñoz, F.A. *La movilidad..*, cit. pág. 96, en igual sentido cita: Rivero Lamas “La movilidad funcional en la empresa..” cit., pág. 711; Alemán Páez, F., *El encuadramiento..*, cit. pág. 247; De Soto Rioja, “El contenido ...” cit. pág. 41.

Como ha señalado la jurisprudencia⁵²⁹, estos dos elementos se deben dar cita en los trabajadores que reclamen la corrección del juicio de equivalencia. En definitiva, el cambio equivalente ha de respetar tanto la cualidad objetiva (clase, tipo y cantidad de trabajo) como subjetiva (aptitud y cualificación del trabajador) de la realidad que formó parte de la determinación inicial del objeto del contrato para así garantizar la accidentalidad del cambio funcional. Por ello, y al objeto de una mayor claridad conceptual, deben analizarse independientemente una premisa de otra.

Es común en el contrato de trabajo calificar de elemento objetivo aquel que aparece o se presenta de forma ajena a la voluntad de las partes del contrato. Así, elementos objetivos tienen relación con acontecimiento cuya definición o aparición es ajena a las partes⁵³⁰. Así la implantación de un sistema de clasificación profesional a través del convenio colectivo crea la categoría objetivo-formal. De tal forma que las funciones no serán las que podría realizar el trabajador por su cualificación sino las definidas en la normativa sectorial. Ahora bien, con la categoría profesional equivalente, el elemento subjetivo de la categoría —como se verá en el punto 2)—, vuelve a aparecer resurgiendo un criterio que se tenía en cuenta en los sistemas previos a la revolución industrial o en algunas Bases de Trabajo de industrias de la Piel de 1934, en donde lo que el trabajador sabría realizar por sus conocimientos se convierte en las operaciones a realizar; de tal forma que da relevancia a la categoría subjetiva que se utiliza para definir la prestación debida a la cualificación personal que posee el trabajador como consecuencia de sus conocimientos profesionales y técnicos; pero de todas formas la relevancia de la cualificación subjetiva debe jugar entre los elementos objetivos ahora objeto de análisis.

1.2.3 *Los elementos objetivos: la prestación de la categoría de origen y de destino*

La primera cuestión que se hace precisa en el análisis de la equivalencia es afianzar el contenido del juicio del citado apartado 3 del art. 22 ET., desde el momento en que la

⁵²⁹ Sentencia del TSJ Aragón, de 17/1/00, señala la aptitud profesional del trabajador para la realización de ambas funciones como elemento clave de valoración la corrección del cambio funcional.

⁵³⁰ Así la implantación de un sistema de clasificación profesional a través del convenio colectivo crea la categoría objetivo-formal. De tal forma que las funciones no serán las que podría realizar el trabajador por su cualificación sino las definidas en la normativa sectorial.

doctrina laboralista utiliza la técnica metodológica de la descomposición de los elementos del juicio de equivalencia legal como forma idónea para su conocimiento.

La cuestión deriva de la mención que el art. 22.3 ET al fijar el ámbito objetivo-convencional a comparar y la necesidad aptitudinal del trabajador para su realización, pues de tener la necesaria para realizar ambas prestaciones se podrá realizar la movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes. A partir de esta referencia Cuenca Alarcon⁵³¹ considera que la referencia legal es autónoma. Interpreta que el ámbito de movilidad funcional atiende a un conjunto de instrumentos y mecanismos legales que resultan operativos sin necesidad de intermediación convencional. Es decir llega a una interpretación del precepto en términos de movilidad automática.

La prestación de la categoría de origen y destino tiene carácter convencional sectorial, es decir, se encuentra fuera del ámbito del poder de dirección del empresario o de los derechos subjetivos del trabajador, ninguno de los cuales dispone de decisión unilateral sobre su definición o alcance y lo más que pueden hacer es contrastar las funciones contratadas con las del convenio colectivo y asumir aquellas a la categoría o grupo profesional que las contemple.

Cada puesto de trabajo demanda unas «funciones» o «prestaciones laborales» a realizar en el desarrollo de la actividad laboral. Ésta se define y enuncia de forma técnica, normalmente, en los convenios colectivos especificando el contenido profesional, que se limita y concreta al momento de la celebración del contrato de trabajo con referencia a un tipo de trabajo: una categoría o grupo profesional concreto de los reflejados en el convenio de aplicación.

Por su lado, en los convenios colectivos las formas clásicas de describir el contenido funcional se realiza definiendo las funciones que comprenden las categorías o los grupos profesionales del sector de actividad o empresa; pero otras veces, los convenios conectan las «funciones» atendiendo a otros criterios particulares que se pueden reconducir a tres supuestos distintos⁵³²:

⁵³¹ «La determinación de la prestación...», cit. Pág.. 243

⁵³² Véase las experiencias expuestas en Alemán Paez, F., *El encuadramiento...*, cit. pág.. 189.

a) Cuando los agentes negociadores, en la primera etapa del Taylorismo, señalan expresamente la prestación o función laboral con relación al funcionamiento y características de la máquina y no con las habilidades del obrero. Así, la «función» a realizar por la máquina en la que se prestará el trabajo. Las funciones relacionadas con la máquina se convierten en la prestación debida.

b) Cuando el elemento referencial del sistema de clasificación profesional se realiza teniendo en cuenta otra categoría a la que se le añaden algunas «funciones» nuevas específicas.

c) Cuando, la descripción funcional, se realiza conforme a las «funciones» de un oficio clásico y conocido.

Lo primero que salta a la vista al leer el apartado 3 del art. 22 ET es que el cometido objetivo hace referencia a las «funciones» por un lado, y, a las «prestaciones laborales» por otro. Los significados en los que se emplean los términos “prestaciones” y “funciones”, en el concepto de equivalencia profesional en el art. 22.3 ET, son semejantes. En efecto, aunque tales expresiones tienen un distinto alcance técnico-clasificador la finalidad y utilización que realiza el artículo de ellas debe entenderse, a juicio de la doctrina, como semejante⁵³³.

El concepto *prestación* del art. 22.3 ET es utilizado de tantas y tan variadas formas⁵³⁴ que no es difícil establecer su homogeneidad con el concepto *función*, sin mayor repercusión en el plano jurídico. Puesto que, al faltarles a dichos elementos un valor jurídico propio y ser únicamente un efecto reflejo y caracterizador de los contenidos de actividad de la categoría su intercambialidad es alta. El legislador opta por emplear el término prestaciones en lugar de funciones quizás con el fin de evitar repetir el mismo término pero ofreciendo semejante repercusión jurídico-organizativa la utilización de uno u otro. En definitiva y con el sentido analizado, el legislador laboral de 1994 utilizó en el juicio de equivalencia el equívoco «prestaciones laborales».

⁵³³ Así, por todos, Luque Parra, M., *Los límites...*, cit. pág. 259 quien utiliza la expresión “funciones básicas” en lugar de “prestaciones laborales básicas”.

⁵³⁴ Conforme a su sentido civil, Valle Muñoz, F.J., *La movilidad...*, cit. pág. 155, «por prestación debe entenderse: el contenido u objeto de la obligación, y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del deudor, lo debido por el deudor, y lo que el acreedor esta facultado para reclamar».

En los sistemas de clasificación profesional, entre las características respecto a los «cometidos y contenidos funcionales» de los elementos objetivos debe señalarse las siguientes posibilidades:

a) La descripción de contenidos funcionales en los sistemas de clasificación profesional es una cuestión de hecho donde las partes negociadoras colectivas tienen discrecionalidad técnica, es decir, es producto principalmente del acuerdo de las comisiones técnicas negociadoras.

b) Desde un punto de vista de los cometidos funcionales determinados en sede legal sólo se producen en relaciones laborales sin posibilidad práctica de negociación colectiva (ACV de 1997 y determinadas Relaciones Laborales Especiales⁵³⁵); en ambos casos, sin embargo, por la función que cumplen (servir de determinación de la prestación de servicios contratada) será preciso que se describan contenidos objetivos sintéticos (de funciones), que permita identificar la prestación a que se obligan y conocer el programa de prestaciones, no sirviendo como tales descripciones genéricas, ambiguas que obliguen a remitirse a una ulterior determinación del objeto.

c) La descripción de contenidos funcionales se encuentra tanto en los sistemas de categorías como por grupos profesionales, si bien, es corriente que la categoría profesional descienda a un mayor detalle en su descripción y explicación.

e) La totalidad de las descripciones funcionales se puede esquematizar en cuatro menciones concretas⁵³⁶:

— Las funciones cuyo componente es «contextual», ya sea elementos locativos del puesto, ya de características de la personalidad requerida para el puesto. Un ejemplo sería las funciones que se describen bajo la referencia de la iniciativa del trabajador.

⁵³⁵ Para configuración legal de las funciones, véase: el art. 8 del RD 782/2001, de la relación laboral especial de penados, establece que «el operario base realizará las funciones de peón que describe -por el puesto que realiza- de la siguiente forma: desempeñar las tareas necesarias para que funcionen las tareas productiva». Tratando de exponer otro supuesto de determinación legal cabe recurrir ya a algún ejemplo específico. Así, las funciones de abogado concretadas principalmente en actuaciones profesionales o en relaciones con los clientes se integraran en una única categoría profesional según señala el art.17.1 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre (BOE 20 de febrero), por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

⁵³⁶ Véase Alemán Paez, F., *El encuadramiento...*, cit. pág.. 189.

— Las referidas a la «naturaleza» particular del puesto en relación con la categoría. Un ejemplo sería las funciones que se describen bajo la referencia de un trabajo penoso, o bajo la referencia de un nivel de rendimiento exigido determinado

— Las relativas a «otros elementos» externos a la categoría pero con estrecha vinculación, como serían los elementos «de control» del puesto de trabajo. Un ejemplo sería las funciones que se describen bajo la referencia al Mando, a la responsabilidad, a la autonomía, o a la función de supervisión.

— Las relativas a al componente «objetivo». Son las descripciones más comunes en la categoría profesional. Un ejemplo sería las categorías profesionales que enumeran los cometidos y funciones.

La presencia de exigencias funciones y descripciones similares a la aquí esquematizadas en la categoría de origen y la de destino servirá para establecer un juicio «objetivo-formal» de equivalencia entre los cometidos funcionales básicos de ambas categorías. La intención con este análisis no es romper la unidad entre el elemento subjetivo y objetivo del juicio de equivalencia del art. 22.3ET, sino precisamente al contrario tener más elementos: objetivos y subjetivos, para establecer el juicio de equivalencia. En todo caso, y sin olvidar, como luego se verá, que el elemento subjetivo —aptitud profesional del trabajador— tiene el mayor peso y significación en el juicio de equivalencia⁵³⁷, se puede establecer una regla general: cuanto más enriquecida profesionalmente esté y más descriptiva sea la categoría en sus referentes funcionales más facilidad habrá para conocer los requisitos cualificacionales para su desempeño, y, en consecuencia, se hará más fácil el juicio de equivalencia por el empresario y el control de la corrección de la equivalencia a posteriori por el trabajador.

⁵³⁷ Aunque hay algunos autores matizan esta conclusión y defienden la objetivación del juicio de equivalencia, relegando la aptitud profesional así como otros elementos personales en la movilidad funcional a un lugar secundario, véase, por todos, Cuenca Alarcón, M., *La determinación de la prestación...*, cit. Pág. 261, quien señala que: «el juicio de la equivalencia es un juicio objetivo, o lo es en buena medida, e, igualmente, ha de serlo el término inicial de la comparación, tanto de las funciones originarias como las aptitudes propias de ésta, lo que no es óbice para afirmar la relevancia tanto del análisis de la configuración concreta de la prestación en cada contexto organizativo, como también de factores (aptitudinales) individuales o personales, no en el sentido de extracontractuales, sino de específicos y a veces más objetivos que los que se reputan habitualmente como tales (descripciones funcionales), en tanto que matizan o modulan el contenido aptitudinal de la categoría prevista en el sistema y/o la versión normalizada o media de dichas aptitudes en un determinado contexto organizativo, en delimitación del ámbito objetivo inicial de la deuda asumida»

Como consecuencia de la descomposición del juicio de equivalencia se vislumbra la exigencia de comparación que establece el legislador, que no es relativa a todas las funciones de ambas categorías sino sólo a las básicas y/o principales. Así, en ese plano de descomposición se aprecia mejor como actúan los elementos referenciales del juicio de equivalencia, los cuales pueden tener una triple misión en este juicio de equivalencia: (a) realizan una determinada configuración de dicha prestación, (b) limitan el control discrecional y (c) fijan *ad initio* el supuesto de hecho de la equivalencia.

La forma como se vienen enfrentando por la doctrina, pues, al análisis del elemento objetivo del juicio de equivalencia es a través de la descomposición de los datos normativos, los cuales se puede clasificar de la forma siguiente:

1) *Prestación/es «propias» de la categoría de origen*

La redacción del art. 22.3 ET concreta como las funciones (prestaciones) a desarrollar por el trabajador deben ser las prestaciones «propias» de la categoría profesional reasignada. En un sentido corriente, (no jurídico) las «funciones propias» serían aquellas que por sí mismas son suficientes para justificar, configurar el carácter y sentido de la profesión.

Ahora bien, no es este significado común o jurídico el que se debe investigar para realizar el juicio de equivalencia, sino el jurídico. Así, hay que entender obligada la referencia a los esquemas abstractos y objetivos de las categorías profesionales que se ponen en comparación en el juicio de equivalencia. Esto es, a las funciones descritas por el convenio colectivo de la categoría que se reasigna al trabajador conforme a su similitud profesional y, en particular, a la identificación de las funciones o prestaciones «propias» de dicha categoría. Puesto que una vez que se realiza tal determinación, la aptitud requerida para realizar esas prestaciones propias estará en función de dicha configuración, de acuerdo con el juicio de equivalencia del art. 22.3 ET que busca asumir, alternativa o cumulativamente, la idea de *inclusión o pertenencia de unas funciones con otras*; de tal forma que, habrá equivalencia cuando las aptitudes requeridas o previstas en una de las categorías incluyan o presupongan las propias de otra categoría⁵³⁸. En otras palabras, el art. 22.3 ET adopta un criterio de relación que *no*

⁵³⁸ Cuenca Alarcón, M., La determinación de la prestación..., cit. Pág. 237. Este juicio de equivalencia es igualmente asumido por la jurisprudencia. «dicho juicio orgánico entiende que a un trabajador no se le pueden asignar concretas tareas de otra categoría profesional, sin dejar de realizar las propias, en tanto que no sólo no son equivalentes sino que

alude a la igualdad selectiva de los dos términos objeto de comparación, sino a la pertenencia o inclusión de uno de ellos —las aptitudes reclamadas por las prestaciones básicas de la categoría de destino-- en el ámbito del otro, las aptitudes «propias» de la categoría de origen, por lo cual la equivalencia lo es de inclusión o pertenencia.

Así, el modo de proceder de para el juicio de equivalencia es acudir inicialmente al análisis particularizado de las funciones de la categoría que se reasigna para descubrir en ella aquellas funciones que sean básicas y acto seguido la aptitud profesional requerida y necesaria para realizarlas y así fijar el ámbito de la movilidad funcional con dicho juicio de equivalencia.

Como afirma Valle Muñoz⁵³⁹ « la remisión para fijar el concepto de función propia debe hacerse conforme a lo establecido por el convenio colectivo»; al negociarse la categoría la comisión técnica del convenio señala los rasgos profesionales de la misma en relación con los puestos a realizar, rasgos que permiten, en el plano jurídico, su consideración como referente para determinar el objeto del contrato de trabajo. En todo caso⁵⁴⁰, las «funciones propias» son las tareas así descritas en el convenio las que dan sustantividad a la especialidad profesional del trabajador; por tanto se excluyen las funciones que son accesorias⁵⁴¹. En resumen, las “funciones *propias*” son aquellos contenidos de actividad que aparecen recogidos con tal calificación por las comisiones técnicas de los convenios colectivos⁵⁴² o de los acuerdos de empresa, conforme a las normas de articulación negocial del art. 84 ET⁵⁴³.

tampoco *pertenecen*, sin más, a su categoría originaria». Este juicio de *pertenencia* puede dissociarse, en mayor o menor medida, del juicio de equivalencia, aunque ambos se desarrollen de forma prácticamente simultánea.

⁵³⁹ Valle Muñoz, F., *La movilidad...* cit., pág. 102.

⁵⁴⁰ Dado que el legislador ha querido introducir con la expresión “funciones propias” un concepto jurídico indeterminado, es decir, del empleo de un término legal en un sentido no técnico. En el juicio de equivalencia se puede, a falta de su calificación expresa en sede colectiva, utilizar otros referentes (que dan unas señas de identidad semejante) como pueden ser: “función peculiar”, “tarea en exclusiva” que indican la pertenencia a una sola profesión o categoría. También tendrán esta calificación, aquellas tareas que reflejen el carácter natural o interno de su profesión o actividad.

⁵⁴¹ Entre las funciones que no tiene relevancia para constituirse como función propia ya que suponen una variación accesorio en el desarrollo de su actividad: STS 12/12/ 1997 y la STS de 15/1/1996.

⁵⁴² Las funciones «propias» de la categoría de cuidador son las siguientes: 1) Realiza tareas auxiliares referidas, tanto a la vida diaria del beneficiario que por necesidad de su discapacidad las precise, cuando no tengan carácter sanitario, como el proceso recuperador o de habituación para la autonomía personal. Esto último siempre en coordinación y siguiendo las directrices de los correspondientes profesionales. 2) Asistencia al beneficiario en relación con las tareas de su vida diaria que no pueda realizar solo a causa de su discapacidad. 3) Acompañamiento en salidas, paseos, gestiones, juegos y tiempo libre en general. 4) Colaboración con el equipo de profesionales, a través de la realización de tareas elementales que completen los servicios especializados de aquellos, en orden a propiciar la autonomía personal y la

Sin embargo, la generalidad de las descripciones convencionales, aun cumpliendo las comisiones técnicas su labor descriptiva, en el momento de descender a la práctica, de las categorías raramente establecen tal calificativo como “propias” a unas funciones y “no propias” a otras.

Así, la explicación a tal carencia puede deberse a dos razones. La primera, al nulo valor jurídico que propiamente tiene esa calificación de «propia» desde del punto de vista de la clasificación profesional y la inamovilidad funcional. En efecto, tal calificación como propias de unas funciones no otorgaría al trabajador ningún derecho a su realización exclusiva ni evita el “ius variandi” empresarial, ya que la calificación como propias de unas funciones por el convenio no ampara al trabajador a exigir realizar o desarrollar el contenido funcional descrito, pues la descripción sólo tiene un carácter indiciario y la subordinación a las órdenes del empresario respecto a la concreta prestación a realizar tiene un valor superior. Así, resulta dudosa vincular las funciones propias al derecho del trabajador debe realizarlas dentro de su derecho a la ocupación efectiva (art 4 e) ET), es decir, del derecho a reclamar el trabajador realizar aquellas tareas correctas o propias de su categoría⁵⁴⁴. Igualmente, tal calificación como

formación del beneficiario. De la misma forma actuará en todas las relaciones o actividades con el beneficiario. 5) Recogida de la ropa de uso personal de los beneficiarios y su remisión a la lavandería. 6) En casos excepcionales, en ausencia del ATS/DUE, administración de los medicamentos orales y tópicos previamente preparados por el ATS/DUE. 7) En centros ocupacionales, colaborará con el equipo de profesionales del centro en la inserción de los beneficiarios en la actividad socio-laboral. 8) Realización de cambios posturales, entrega y recogida de análisis clínicos, limpieza y preparación de aparatos y ayudas técnicas. Véase VI convenio colectivo personal laboral de la Comunidad Autónoma de Aragón (BO. ARAGON 6-3-1998)

⁵⁴³ Ordenación defendida por la jurisprudencia, quien se refiere a la articulación negocial de la siguiente manera: « a los convenios de ámbito superior a la empresa (nacional o sectorial) le corresponde fijar el contenido básico de la prestación de acuerdo con la naturaleza de la cualificación requerida y a los convenios de ámbito inferior le corresponde establecer y concretar cuáles son esas funciones propias», Sentencia del TS 5/4/2001 ponente Fernández López.

⁵⁴⁴ Los casos resueltos por la jurisprudencia. En el caso de la categoría de conductor, no es función propia conducir exclusivamente furgonetas de transporte de mercancías y no la de transportar viajeros STCT 15.2.84. En igual sentido, no es función propia cobrar recibos a entidades aseguradoras y no cobrarlos a particulares STS 20.10.83. El jefe de ventas de construcción que pasa de llevar los pedidos y visitas de una provincia en lugar de los de otra.

Tampoco son funciones propias las funciones habituales, pues se distinguen por su carácter temporal —frecuencia— que las determina, son las funciones que realiza corrientemente, es su reiteración o periodicidad la situación que las configura indirectamente como usuales o propias. Por ejemplo, en la categoría de camarero: considerando que las funciones de barra son las habituales y las de comedor las marginales (STCT 11.12.84). En la categoría de mancebo: pasar de interior de la farmacia —habituales— a expedir medicamentos al público —propias— (STCT 20.4.89), o bien, las «funciones propias» de la categoría de educador y las de cuidador. La sentencia del TS de 9.11.99 entiende que el educador realiza habitualmente otras tareas complementarias o accesorias que no son las propias de su categoría, como es lavar a los niños, y otorga un plus por realizar tareas excepcionales (tareas no propias que tampoco son habituales).

«propias» de unas determinadas funciones de una categoría profesional por el Convenio no obligaría al empleador al deber de encomendar siempre el desarrollo de aquellas. En efecto, el empleador ejerce su facultad de especificación entre todas las tareas, las cuales son genéricamente exigibles. Este control o atención en las funciones propias sólo afecta al empresario que la debe identificar y enjuiciar la aptitud que precisa un trabajador para su realización al objeto de realizar la movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes.

La segunda razón de la falta de identificación de las funciones «propias» en los sistemas de clasificación profesional, yendo a una causa más común, se debe al principio de enunciatividad de funciones que rige en los sistemas de clasificación funcional⁵⁴⁵. Es decir, evitando dar una descripción cerrada y calificada como «propias», fruto de la imposibilidad técnica de la comisión de clasificación de cerrar todos los cometidos. En este sentido, los convenios colectivos ni siquiera suelen hacer uso de la descripción de las funciones propias de una categoría profesional, o bien se limitan a decir que las funciones descritas son ejemplificativas, sin perjuicio de las demás tareas accesorias que conlleva la categoría profesional; véase, por todos el VI convenio colectivo personal laboral de la Comunidad Autónoma de Aragón, «...asimismo, (serán funciones propias) aquellas otras actividades no especificadas que le sean solicitadas en el ejercicio de su profesión y preparación técnica». A ello se une además el hecho de que, conforme a los factores y principios de la clasificación profesional expuestos, así como de los contenidos funcionales de las categorías, cada vez son más ricos y multifuncionales, es difícil realizar la calificación en sí, por naturaleza, como «funciones propias» de una categoría profesional⁵⁴⁶.

Ahora bien, en el juicio de equivalencia o el juicio de la adecuada formación al puesto⁵⁴⁷ la identificación y calificación como «propias» tiene un valor sustantivo para la movilidad funcional: el de servir, la calificación de prestación propia o básica, como criterio objetivo para medir la aptitud profesional y el ámbito de la movilidad funcional.

⁵⁴⁵ Véase en este sentido, Alemán Paez, F., El encuadramiento., cit. pág. 215. Sobre el principio de *enunciatividad de funciones* véase, supra, con más detalle en este trabajo, el capítulo II el punto 3.1.2

⁵⁴⁶ En efecto, se ha constatado con datos empíricos un cierto retroceso de la recepción convencional del principio de enunciatividad, principio heredado de las OOLL, al menos a determinados efectos. En este sentido, AA.VV (Del Rey Guanter, S., Dir.). *El estado actual de lo negociación colectiva en España...* cit., págs. 247 a 249.

⁵⁴⁷ El art. 11.2 f) ET cuando establece que « El trabajo efectivo que preste el trabajador, con contrato para la formación, en la empresa *deberá estar relacionado con las tareas propias* del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato»

Por esta razón, por ser ámbito de la movilidad funcional, para las comisiones técnicas de los convenios colectivos la calificación como “propias” o no de las prestaciones de una categoría profesional es exclusivamente un esquema reflejo y sintetizador. Cuenca Alarcón, tratándolo con cierto detalle, considera que el criterio de la equivalencia no se diseña formalmente en nuestro ordenamiento⁵⁴⁸ como una referencia destinada a identificar las prestaciones «propias» de la categoría originaria, sino para delimitar y extender el ámbito de la prestación laboral integrando funciones o tareas que se corresponden con una categoría o categorías distintas. Y se realiza desde una perspectiva objetiva (prestaciones propias) desde la que es posible restringir las aptitudes tomadas en consideración, limitando la relevancia que pueden tener las que posee el trabajador y no han sido contratadas ni siquiera previstas en el programa prestacional.

En resumen, la identificación de las «funciones propias» de una categoría profesional dependerá de la definición que establezca el convenio colectivo. Por otro lado, se puede igualmente conocer las «funciones propias» en los procesos de reorganización funcional y en los cambios de sistema de clasificación profesional que culminan con «Acuerdos» de reorganización de la empresa⁵⁴⁹, o en el acuerdo inicial sobre la determinación del objeto del contrato, puesto que las funciones propias son a juicio de la doctrina laboralista más pragmática⁵⁵⁰ «aquellas funciones que constituyan el trabajo convenido al que alude el art. 20.1 ET, o la prestación laboral objeto del contrato del art. 22. 5 ET»; puesto que la identificación de las prestaciones propias exige una labor de mera interpretación del convenio y del contrato de trabajo, siendo, en este último caso, necesario valorar no sólo los aspectos funcionales expresamente desarrollados en la descripción de cada categoría profesional, sino también, en un plano sistemático, la relación de dicha descripción con las correspondientes a otras categorías e incluso, sin agotar los enfoques, otros datos que pueden revelar la *voluntas legislatoris* de los contratantes, su «proyecto prestacional» —proceso de negociación— o también, en cierta medida, las prácticas anteriores, coetáneas y posteriores de los destinatarios del

⁵⁴⁸ En efecto, en el art. 22.3ET a diferencia de la previsión del ordenamiento italiano, la objetivación de las aptitudes y funciones no deja de realizarse a través de la referencia a un dato clasificatorio y normativo, esto es, a la categoría profesional y no, como en el referente italiano, a un dato material que siguiendo nuestra sistemática supondría una referencia a las *aptitudes necesarias para el desarrollo de las funciones*

⁵⁴⁹ Un ejemplo de identificación de las funciones propias en un proceso de reorganización lo tenemos en el VI Convenio colectivo del personal laboral de la CCAA de Aragón (BOA 6/3/1998) que establece como el personal de cuidador que será integrado dentro de la categoría de auxiliar sanitario, si bien, dicha integración deberá respetar las «funciones propias» de la categoría de cuidador.

⁵⁵⁰ Valle Muñoz, F.A., *La modificación* cit.. pág. 102.

convenio, en tanto que referencias sobre las que trata de incidir, encauzar y, por tanto, en cierta medida, reflejar, la propia convencional que sirve de referencia al pacto individual⁵⁵¹.

2) *Prestación/es «básicas» de la categoría de destino*

El juicio de equivalencia se debe realizar teniendo en cuenta dos términos inicialmente contrapuestos, «las funciones propias» de la primera categoría y «las prestaciones laborales básicas de la segunda», por lo cual con la movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes se produce una reasignación de la categoría profesional del trabajador con la necesidad de identificar la aptitud profesional precisa para realizar tales prestaciones «básicas»⁵⁵². Las dificultades que encontrábamos para identificar las prestaciones «propias» a nivel dogmático, convencional y práctico en el apartado anterior se pueden trasladar a la investigación de las prestaciones «básicas» de la categoría de destino (o prestación sustituida). Ahora bien, en la identificación de las prestaciones «básicas» las referencias en cuanto a su identificación serán realizadas exclusivamente a la descripción de funciones que realice el convenio colectivo, sin que pueda ser tenida en cuenta ninguna previsión contractual entre las partes del contrato a ese respecto, aun cuando otros intereses concurrentes, de tipo cualificado, se salven o se preserven en el cambio funcional⁵⁵³.

El juicio objetivo de la equivalencia exige un análisis de la configuración concreta de la prestación en cada contexto organizativo. Este análisis es sobre un concepto

⁵⁵¹ Cuenca Alarcón, M., «La determinación de la prestación...», cit. Pág. 257, quien señala —subrayando la necesaria interpretación del contrato de trabajo para la búsqueda de las prestaciones propias de la categoría profesional de origen— que: «la referencia inicial a una categoría, o a las funciones propias de la misma, supone una remisión indirecta a un ámbito más o menos preciso o más o menos genérico de actividades y de capacidades que puede haber sido matizado por las partes, de manera formal o informal, desde el momento mismo de la contratación en función del alcance real de las actividades que van a desarrollarse o de la manifestación de ausencia o limitación de determinadas aptitudes o capacidades, o que incluso puede llegar a deducirse, en vía interpretativa, de los momentos iniciales o sucesivos de la ejecución del contrato».

⁵⁵² Cuenca Alarcón, M., «La determinación de la prestación...», cit. Pág. 247. el juicio de equivalencia teniendo en cuenta dos términos inicialmente contrapuestos, «las funciones propias de la primera» y «las prestaciones laborales básicas de la segunda», parece confirmar que la opción del legislador de 1994 fue la asignación de funciones no integradas o no reconducibles en el sistema de clasificación a la categoría de origen, sino a otra categoría distinta pero, claro está, equivalente.

⁵⁵³ Pisani, *La modificazione...*, cit., pág. 95, entiende como impertinente la integración imperativa del reglamento contractual —imposición de la equivalencia— en sentido opuesto a los intereses del trabajador.

jurídico indeterminado, como es el concepto “básicas”, y que se suele interpretar en términos no técnicos como sinónimo de mínimo o menor. En poco que se profundice en su análisis, no resulta correcto, prima facie, identificar prestaciones básicas con prestaciones o funciones mínimas, de ahí que el juicio de equivalencia exige una descripción dogmática más compleja y acudir a las reseñas convencionales que sobre «prestaciones básicas» existan⁵⁵⁴, para sacar de ellas unas reglas generales.

El objetivo de esta concreción legal respecto a las prestaciones «básicas» de la categoría de destino es concretar el juicio de equivalencia, a la vez que facilitar el control posterior de la corrección de la movilidad funcional accidental⁵⁵⁵. Por la doctrina se ha querido entender que la expresión «básica» hacía referencia o se relacionaba directamente con un supuesto de desarrollo prestacional inferior o de menor exigencia o actividad funcional, lo cual ya no sólo no resuelve el problema de la identificación de las prestaciones «básicas» sino que además introduce un nuevo criterio cuantitativo de difícil precisión (¿supone realizar sólo el 50 por cien de las funciones de la categoría de destino?, o, por el contrario, ¿aquellas funciones prevalentes?). De forma que no será preciso que se realicen todas las funciones de la categoría profesional de destino, ni tan siquiera la mayor parte de ellas, sino solamente las esenciales⁵⁵⁶, vinculando el concepto “básico” a una menor carga funcional y a una más fácil apreciación del cambio equivalente⁵⁵⁷.

Dado que no existen dentro de una categoría profesional funciones que, por definición, puedan ser catalogadas como «básicas» y «no básicas», y hay que estar a la determinación que, en su caso, realicen las comisiones técnicas de los Convenios

⁵⁵⁴ Por tanto, a las “funciones *básicas*” que así aparecen recogidas bajo tal calificación por las comisiones técnicas de los convenios colectivos

⁵⁵⁵ De fijarse, caso por caso, en lo básico o accesorio de las categorías de origen o de destino aún cuando el convenio no ha realizado tal descripción formal. Además, presenta el inconveniente de ser un juicio más subjetivo, y puede incluso resultar variable. Piénsese en su valoración después de introducir mejoras técnicas en el puesto de trabajo que precisan nuevos requerimientos de titulación que antes no se exigían y que incluso el personal que realiza las funciones no lo posee pero que es un requisito para el entrante.

⁵⁵⁶ Luque Parra, M., *Los Límites* pág. 260. Equipara funciones básicas con funciones esenciales. Esta visión sin embargo no ofrece ningún criterio para poder identificar esa naturaleza esencial de las funciones. Tiene, sin embargo, el acierto de no vincular como básicas la inferior realización de funciones a todas las descritas para esa categoría.

⁵⁵⁷ Sin embargo existe un riesgo en la profesionalidad del trabajador, pues realizar perpetuamente unas prestaciones inferiores en número de las que componen la categoría, incluso de una categoría superior, puede originar una descualificación del trabajador, piénsese en una ocupación constante en funciones auxiliares originaría la pérdida de destrezas y, por tanto su capacidad laboral.

Colectivos, respecto a las funciones calificadas como «básicas». De una forma más completa, las funciones básicas son las funciones cuyo desempeño sería condición necesaria, pero no suficiente, para entender que se están desarrollando tareas propias de una categoría profesional⁵⁵⁸.

Para el desarrollo de las funciones básicas será preciso contar con elementos de cualificación imprescindibles como la titulación exigida en esa nueva categoría⁵⁵⁹, por lo que no supone una rebaja de conocimientos, pues ello supondría ampliar el radio de las funciones que se pueden encomendar al trabajador sin prácticamente límites, además de la pérdida de la semejanza profesional⁵⁶⁰. No parece que ese sea el objetivo y finalidad del cambio funcional equivalente⁵⁶¹, pues el trabajador tiene igualmente que resolver el trabajo, y, por ello requiere, igual desarrollo de actitudes y conocimientos que un trabajador de esa categoría, sino posibilitar la equivalencia de lo que por ocupación es distinto (las categorías profesionales)⁵⁶².

En resumen, una vez el convenio colectivo haya determinado las funciones básicas se estará en función de dicha configuración. Con ella, se facilita la realización del traspaso equivalente, pues la identificación de la capacidad requerida será para llevar a cabo las prestaciones más “simples y elementales” de esa segunda categoría, pero dicha configuración permite asegurar que no se produzca una descalificación del trabajador ni esperar del trabajador un grado de adaptación o formación semejante al de cualquier otro trabajador de esa categoría.

⁵⁵⁸ Valle Muñoz, F. A., Cit., pág. 102

⁵⁵⁹ STSJ Madrid 9 mayo 1995.

⁵⁶⁰ Un ejemplo sería.. ya no buscamos que sepa escribir a máquina a 220 pulsaciones por minuto, si no que pueda escribir a máquina, que conozca la taquigrafía si no que pueda tomar apuntes

⁵⁶¹ El empleo del verbo desarrollar las prestaciones básicas, , no se aprecia que exista una rebaja de los conocimientos, habilidades con respecto a las exigidas por el convenio para todas las funciones definidas en el convenio. Garate Castro, movilidad funcional en la empsa pág. Afirma que la equivalencia tiene que producir una utilidad profesional, es decir, tiene un carácter dinámico: continuar con el adelanto funcional, es decir. En este sentido Por otra parte, Valle , pág. 103 concreta, en la práctica, esas funciones básicas con aquellas “...Serían las funciones que el trabajador desarrollaría durante un período temporal de adaptación.”

⁵⁶² El mismo juicio que el T.S. J Cataluña 3-septiembre-97 emplea para resolver la posibilidad de obtener un salario superior si no se acredita la especial capacitación profesional para el desempeño de la categoría. En igual sentido ST.S.J Castilla León 7-enero-98; el trabajador cobrará si desarrolla las todas tareas «esenciales» de esa categoría.

1.2.4 *El elemento subjetivo: aptitud profesional necesaria para desarrollar la prestación*

Dentro de la labor técnica de presentar la exégesis de los componentes de la equivalencia corresponde ahora señalar las características del aspecto subjetivo de la misma.

El perfil profesional de la equivalencia comienza con la aptitud profesional. Ella se considera como parte subjetiva, pues no es un elemento preexistente a las partes sino que se vincula con ellas, es decir, aquel elemento en el que el factor determinante para la concreción de la prestación tiene que ver con la persona del trabajador. Y que se corresponderían con las menciones de los convenios colectivos relativas al componente subjetivo o de los de índole personal del trabajador –los requisitos de cualificación y los meritos–. A su vez, es corriente utilizar un término más amplio que aptitud como es la cualificación profesional para incluir otros elementos o contenidos ya valorados

En efecto, la titulación y la aptitud son unos elementos a valorar íntimamente relacionados con la persona del trabajador. Hasta tal punto es así, que el ordenamiento jurídico interviene y limita su apreciación, al objeto de precisar los términos en los cuales se puede desarrollar del poder de dirección. Al ser el objeto del contrato del trabajo una prestación de servicios peculiar donde se involucra la propia persona del deudor, de apreciar toda la aptitud personal del trabajador como referente integrante de la relación laboral, se dejaría al arbitrio de una de las partes la determinación y valoración de la prestación, situación que se encuentra prohibida en el art. 1256 CC y art. 3.1 ET. Por tanto, la aptitud personal es sólo un motivo subjetivo prenegocial, que tiene en cuenta el empresario, pero que sólo la aptitud contratada en relación a la actividad convenida. En todo caso la intervención legislativa es al objeto igualmente de preservar la categoría objetivo-formal del Convenio como actividad que se debe desarrollar para cumplir las exigencias del puesto de trabajo, y la propia función de la implantación de un sistema de clasificación profesional en los diversos sectores productivos⁵⁶³.

⁵⁶³ Cruz Villalón, J., *Las Modificaciones...*, cit. Pág. 35.

Tal y como establece el art. 22.3 ET la equivalencia forma su juicio sobre la base de una aptitud profesional; es aquella “...aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias...” De forma que, valorada, ella permita “.....desarrollar las prestaciones básicas.....”.

El eje del juicio de equivalencia recae sobre cuál sea la aptitud necesaria para desempeñar la primera de las categorías y si esa misma permite realizar otras funciones de otras categorías, la semejanza en las tareas conlleva la posesión de una aptitud para realizar ambas. Además, se encarga de precisar ET que dicho cambio funcional no debe exigir o conllevar esfuerzo formativo o de adaptación, dichas tareas o funciones básicas de la nueva categoría profesional para el trabajador.

El análisis de la aptitud necesaria para realizar un cambio equivalente es triple. (a) identificar el concepto técnico de *aptitud*. (b) El concepto de aptitud con relevancia jurídica. (c) La aptitud como elemento que se objetiviza en la equivalencia.

a) Una noción técnica de la misma, relaciona la aptitud con la capacidad profesional, así como también con la habilidad; es decir, con la *competencia* para un conjunto de tareas compatibles. De esta forma, son funciones compatibles aquellas que exigían la misma habilidad que la actualmente desarrollada por el trabajador, es decir, con un trabajador *competente*. Con la posesión de competencia podrá el trabajador realizar unas actividades definidas.

b) Desde una perspectiva laboral, a la aptitud se le añade el adjetivo «profesional», lo que nos permite que esas actividades definidas estén vinculadas a una determinada profesión. La noción de la aptitud sería aquella “posibilidad” o potencia laboral que tiene un trabajador de ejercer determinadas funciones y de alcanzar un cierto nivel de competencia, de tal forma que la aptitud pertenece, describe y cualifica al trabajador con relación al trabajo⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ El acuerdo sobre la cualificación contratada -ya indicada expresamente ya con referencia a la exigida en el convenio colectivo para la categoría a la cual se asigna al trabajador- es el parámetro de medida para conocer los deberes y derechos de las partes. Siendo la cualidad que se contrata el primer acuerdo entre trabajador y empresario. Sin embargo, la aptitud tiene unos perímetros mayores, y no se queda en esa inicial e importantísima determinación, sino que contempla también zonas de extensión propias en una relación dinámica y de tracto sucesivo. Así, para no perder valor la prestación laboral (tal y como enuncia el artículo 1.1ET) ni la aptitud del trabajador se contemplan variaciones conforme a la propia causa del contrato (apropiación de frutos del trabajo). A este aspecto se le denomina aptitud dinámica. Con él

Entre los contenidos principales de la aptitud, se encuentran: la titulación, los conocimientos⁵⁶⁵, las habilidades y experiencia. De estos cuatro contenidos, se desprenden variados elementos, dos de ellos, la <titulación y reconocimiento de la experiencia⁵⁶⁶> y la <experiencia>, se convierten en facetas con un valor autónomo⁵⁶⁷ en las descripciones de la aptitud que realizan los convenios colectivos:

1. La titulación. Las titulaciones y el reconocimiento oficial de la experiencia son unos elementos objetivables de la aptitud (cualificación social). Ellas no aparecen expresamente mencionadas en la identificación legal de la equivalencia (art. 22.3 ET), pero es obvio que la aptitud profesional no podrá tenerse sin la titulación correspondiente.⁵⁶⁸

2. Los *conocimientos* del trabajador con relación a las tareas a realizar. Tener conocimientos del oficio o puesto de trabajo exige: a) Una cualidad intelectual⁵⁶⁹, valorada con la posesión de inteligencia, memoria, expresión verbal, análisis y síntesis. . b) Una vertiente física de la aptitud. Los trabajos pueden demandar esfuerzo físico —aguante, caminando, pesos— o condiciones físicas —alto, edad, fuerza, agudeza visual—⁵⁷⁰.

se contemplan nuevas competencias de esa aptitud, y la valoración de la experiencia del trabajador en la propia empresa constituye el ejemplo más básico.

⁵⁶⁵ Los conocimientos del trabajador son quizás el elemento más característico y condición para el resto de habilidades y contenidos de la aptitud. Así, existen en los Convenios colectivos puestos de trabajo donde la titulación es el elemento principal (ej. Conductor), mientras que en otros cobra una importancia secundaria.

⁵⁶⁶ La formación, considera el nivel inicial mínimo de conocimientos teóricos que debe poseer una persona de capacidad media para llegar a desempeñar satisfactoriamente las funciones del puesto de trabajo después de un período de formación práctica. Este factor también deberá considerar las exigencias de conocimientos especializados, idiomas, informática, etc

⁵⁶⁷ Entre ellos no existe propiamente una relación de alternatividad, pero sí un diferente papel a la hora de presentarse en la profesión o especialidad profesional.

⁵⁶⁸ En este sentido Casas Baamonde, M. E., Cit., pág. 418

⁵⁶⁹ Estas demandas intelectuales pueden justificarse con cursos generales o especializados, o con reconocimientos sociales realizados objetivamente (principalmente las titulaciones)

⁵⁷⁰ Existe un problema en la valoración sustancial de estos factores físicos y su conexión con el género, pues su exigencia ocasiona categorías “masculinizadas” a pesar de realizarse un trabajo que comporta igual valor que otro que no tiene dicha valoración en igual importancia. Conforme a la prohibición del artículo 22.4 ET . El esfuerzo físico y su repercusión en el plano retributivo véase la STCo. 250/2000, de 30 de octubre y la sentencias que cita. 145/1991, 58/1994 y 147/1995.

3. Las habilidades prácticas. Estas habilidades pueden expresarse en la *experiencia profesional* requerida, en general o específica, que posea el trabajador; por realizar una coordinación de movimientos repetidos; ya por el manejo de máquinas, o en su desmontaje,; por valorarse su ejercicio anterior y antigüedad.

4. La experiencia. Como contenido de la aptitud, la experiencia determina el período de tiempo requerido para que una persona de capacidad media, y poseyendo la formación especificada anteriormente, adquiera la habilidad y práctica necesarias para desempeñar el puesto, obteniendo un rendimiento suficiente en cantidad y calidad.

c) La aptitud profesional como elemento que se objetiviza en la equivalencia. La aptitud que convierte a las categorías profesionales en equivalentes es una aptitud precisa: aquella valorada como *precisa o necesaria* para realizar las funciones de la categoría inicial y que servirá igualmente con acuerdo con la que sería exigible para realizar las funciones básicas de otra categoría. Es sobre el carácter de *aptitud necesaria* sobre el que gira el concepto de equivalencia. En efecto, aunque luego se permiten procesos de formación, el trabajador debe partir de una aptitud profesional clara y precisa que luego se pondrá en comparación con la exigida (necesaria) *para* desarrollar las funciones básicas de otra categoría. En efecto, la aptitud se encuentra concretada, y la exigencia de que sea una aptitud calificada como «necesaria» concreta aún más los requerimientos profesionales del trabajador, ya sea en los conocimientos, las experiencias y habilidades, y titulación concreta. Aptitud que luego se tiene que ver reflejada y ser precisa para desarrollar las funciones de la categoría de destino.

Una vez realizado el análisis doctrinal sobre la noción de «aptitud profesional» corresponde observar la descripción que se realiza en la negociación colectiva. Las descripciones que se establecen en los convenios colectivos⁵⁷¹ sobre ese contenido subjetivo, se puede esquematizar en cuatro menciones concretas, divididas en dos subdivisiones: (a) Las relativas a criterios *aptitudinales de «control»* para realizar la adscripción del trabajador a una categoría componente objetivo –enumeran a la <iniciativa⁵⁷²>, y la <autonomía⁵⁷³> requeridas en relación a las funciones de la

⁵⁷¹ III Convenio de las Empresas de Trabajo Temporal establece la clasificación (art. 21) teniendo en cuenta sus conocimientos, experiencia, grado de autonomía, responsabilidad e iniciativa.

⁵⁷² Se valora el grado de seguimiento a las directrices para la ejecución de las funciones que tiene el trabajador.

⁵⁷³ Se valora el grado de dependencia jerárquica en el desempeño de las tareas y funciones que se desarrollen.

categoría–; (b) Las menciones de la aptitud profesional referidas a las posibilidades de desarrollo de la cualificación del trabajador en la categoría⁵⁷⁴ –enumeran a los factores de responsabilidad⁵⁷⁵, de mando⁵⁷⁶ y de complejidad⁵⁷⁷–.

1.3. El nexo entre el elemento objetivo y subjetivo

Una vez analizado el elemento subjetivo (aptitud profesional del trabajador en los términos objetivados que establece el art. 22.3ET y en relación con los elementos de la negociación colectiva), sólo queda como señala Escudero Rodríguez⁵⁷⁸, confrontar, objetivamente, el contenido de las prestaciones básicas de las dos categorías profesionales con el fin de determinar si las aptitudes requeridas para una y otra guardan una relación de correspondencia sustancial entre sí. Por su parte, para Cuenca Alarcón⁵⁷⁹, hay pues en el art. 22.3 ET una clara delimitación inicial de las aptitudes contratadas (bien porque sean inmanentes a la categoría pactada o porque así se deduzca con claridad de referencias expresas en el momento de la determinación contractual). Sin perjuicio de la necesidad de extremar la exigencia del adecuado despliegue de la diligencia *in contrahendo*, especialmente del lado del empleador, dado su conocimiento directo y sus poderes y facultades sobre el ámbito organizativo en que va a integrarse la prestación laboral.

Con todo, la posibilidad de que el empresario pueda requerir funciones o aptitudes no ejecutadas o no requeridas de forma habitual para el desarrollo de la prestación en virtud de su mera y expresa recepción formal contractual ha *de* observarse con muchas

⁵⁷⁴ Vendrían a ser elementos que son “complemento” de la persona o de su formación básica necesaria para poder cumplir correctamente el cometido (y por tanto de la aptitud profesional o de la capacidad de asunción por el trabajador). Esta característica se puede predicar de aquellos factores que, por ejemplo iniciativa y capacidad de dirección. Pero no se aplicaría a aquellos otros factores del propio puesto de trabajo como son la Complejidad o Responsabilidad del mismo.

⁵⁷⁵ El XIII C. Colectivo de Químicas, contempla subfacetas de la responsabilidad como la Capacidad de interrelación: donde se valora la personalidad y habilidad necesarias para conseguir los resultados deseados, y la forma y frecuencia de los contactos.

⁵⁷⁶ Se valora la ordenación de tareas y la capacidad de interrelación

⁵⁷⁷ La complejidad del puesto de trabajo contempla subfaceta, Habilidades especiales: donde se determina las habilidades que se requieren para determinados trabajos, como pueden ser esfuerzo físico, destreza manual, buena visión, etc., y su frecuencia durante la jornada laboral.

⁵⁷⁸ Escudero Rodríguez, R., «Movilidad funcional y formación...», Cit, pág. 149

⁵⁷⁹ Cuenca Alarcón, M.,. *La determinación de la prestación de trabajo...*, Pag. 261

cauteladas —y excluirse en caso de que sea manifiestamente exorbitante—, pues podría llegar a suponer la virtual disolución de cualquier límite a la movilidad en virtud de una mera cobertura formal. De otra parte, no puede olvidarse que la inejecución prolongada de una determinado tipo de tareas, que han sido pactadas, puede verse acompañada por una modificación-evolución de las aptitudes requeridas para desarrollarlas; y ello, según situaciones y procesos, hasta el punto de cuestionar la verdadera existencia de cobertura contractual para la asignación de la versión moderna de las tareas originariamente pactadas, pero no ejecutadas *habitualmente* durante un importante periodo de tiempo.

En todo caso, en la medida en que la referencia inicial a las aptitudes no permita deducir a través de un nexo la exigencia de un determinado tipo o nivel de aptitudes y capacidades, o en la medida en que la ausencia de ese tipo o nivel de aptitudes, o incluso el desarrollo de aptitudes superiores, se evidencie y se asuma por las partes durante la formación del contrato, los niveles genéricos aptitudinales de la categoría podrán quedar corregidos o matizados en la referencia inicial del juicio de equivalencia.

Por tanto, el juicio de la equivalencia es un juicio objetivo, a través del término inicial de la comparación, tanto de las funciones originarias como las aptitudes propias de ésta, lo que no es óbice para afirmar la relevancia tanto del análisis de la configuración concreta de la prestación en cada contexto organizativo, como también de factores individuales o personales, no en el sentido de extracontractuales, sino de específicos y a veces más objetivos que los que se reputan habitualmente como tales (descripciones funcionales), en tanto que matizan o modulan el contenido aptitudinal de la categoría prevista en el sistema y/o la versión normalizada o media de dichas aptitudes en un determinado contexto organizativo, en delimitación del ámbito objetivo inicial de la deuda asumida.

En definitiva, en la equivalencia habrán de valorarse las aptitudes definidas en la categoría de origen así como las que efectivamente despliega el trabajador en el desarrollo habitual de la actividad laboral y también aquellas aptitudes que pueden deducirse razonablemente de las que son desarrolladas, salvo que su concurrencia haya sido matizada o corregida por las partes, de forma expresa o tácita, durante la formación o ejecución del contrato. Por lo demás, esta valoración objetiva inicial no supone una opción directa por la desestimación *ab limine* de la equivalencia respecto de aquellas funciones que el trabajador no puede desarrollar o puede desarrollar sólo con un

rendimiento o grado de perfección limitados. Entre otras cosas porque esta ineptitud puede proyectar la previa ineptitud sobrevenida para desarrollar las funciones originarias o, en última instancia, una aptitud —aceptada por ambas partes— para desarrollar las funciones originarias con un nivel igualmente limitado de rendimiento desde un inicio. De esta forma, el dato que deviene esencial es el de la determinación de las aptitudes efectivamente contratadas dentro del marco, más o menos genérico, que dibuja la referencia contractual a la categoría

2. EL PROCESO FORMATIVO PREVIO AL CAMBIO.

2.1. Significado de la previsión formativa.

El Estatuto de los Trabajadores adiciona un matiz final atemperativo al instituto de la movilidad entre categorías equivalentes⁵⁸⁰, pues el juicio de la equivalencia podrá resolverse favorablemente “previa realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación y adaptación” (22.3 ET fine). La cuestión inicial que surge de esta previsión normativa es si con tales procesos formativos se incide y altera el cuadro anterior del juicio de equivalencia entre los elementos subjetivos (de cualificación) de las categorías profesionales de origen y destino. En caso de ser afirmativa —esto es, de considerar que los procesos formativos pueden incidir en la cualificación de partida del trabajador objeto del cambio funcional—, se estaría, indirectamente, dando una habilitación al empresario, a través de estos procesos formativos, para cualificar “ad hoc” al trabajador para que realice las tareas de otra categoría profesional para las cuales inicialmente no poseía titulación profesional o experiencia profesional. De ser así, el cambio entre categorías profesionales equivalentes, ad initio, se encuentran lejos de la accidentalidad o del radio de acción de la cualificación dinámica. En caso de ser negativa —considerar que los procesos formativos no alteran la cualificación inicial del trabajador—, nos encontraríamos con unos procesos formativos que tienen una función meramente atemperativa del cambio, que se llevan a cabo una vez realizado el juicio abstracto de equivalencia, estando, pues, ante un proceso de ajuste y actualización de la

⁵⁸⁰ Alemán Paez, F., *El encuadramiento* cit., , pág. 249

cualificación profesional del trabajador ante el cambio funcional que se producirá, pero sobre la base de su cualificación inicial contratada.

Para resolver esta cuestión —de la incidencia o no de los procesos formativos en la cualificación profesional de referencia del trabajador sometido al juicio de equivalencia— debemos acudir a la normativa y a las características principales del proceso formativo, debiendo señalar que las características son las siguientes:

a) Estos procesos formativos son el complemento a unos requisitos de cualificación ya cumplidos por el trabajador en el juicio de equivalencia. En efecto, el trabajador ya posee la aptitud profesional que le permite ejecutar la nueva prestación en sustitución de la que venía realizando; por tanto, estos procesos formativos suponen una garantía de habilidad para el trabajador en la ejecución de la prestación, en principio, sometida a su valoración empresarial.

b) Al ser unos procesos formativos cuya función inmediata es poner en disposición de realizar correctamente la tarea, sin incidir en la cualificación, estos procesos se pueden aplicar a la mayoría de los trabajadores, incluso a aquellas categorías que en principio no precisen cualificación ni a las que se haya establecido una formación específica, puesto que ocasionalmente puede ser necesario por el cambio funcional o técnico un periodo breve de adaptación.

c) Su naturaleza complementaria a los criterios legales que fijan la equivalencia, posibilita su posible inserción en una negociación colectiva., inserción que incluso podrían ser obligatoria para todos los supuestos (entiéndase, todo el ejercicio de la equivalencia)⁵⁸¹

d) Su previsión puede estar configurada de forma colectiva (encontrándose entre los planes formativos de la empresa) o individual, pero, de una u otra forma, su demanda está vinculada al contexto de exigencia profesional cada día más complejo y evita que el cambio sea un paso previo al juicio de inadaptación y al despido.

⁵⁸¹ Aquí a diferencia del ámbito de ejecución de equivalencia (El art. 39.1 ET señala que «no tendrá otros límites...»), el convenio juega en otro campo, ya no es una norma de derecho necesario absoluto, por lo que se podría establecer, por ejemplo, la imposición de procesos formativos de 4 días.

En cuanto al contenido de la previsión legal de los procesos formativos, éste viene descrito con un subjetivismo que se hace preciso ordenar y objetividad, pues, como indica Escudero Rodríguez, «lo que es simple para un trabajador puede resultar muy complejo para otro y viceversa, por lo que el grado de complejidad de los cometidos que se comparan va a depender, al menos en alguna medida, de la combinación de variables personales y de la propia actividad de que se trate. Así entre otras circunstancias, la edad, la formación de base, la destreza, la capacidad o la experiencia anterior de los trabajadores pueden propiciar u obstaculizar la realización satisfactorias de las nuevas tareas encuadradas en otra categoría y, a la postre pueden condicionar el alcance de la equivalencia funcional»⁵⁸².

2.1.1. *Finalidad y naturaleza de la previsión formativa*

Según Alemán Paez la previsión formativa en el cambio entre categorías profesionales equivalentes encuentra una doble finalidad⁵⁸³: una finalidad «teleológica», es decir, esta formación previa está destinada a evitar que la realización de nuevas funciones acarren un perjuicio en la cualificación del trabajador. Situaciones de infracualificación que pueden proliferar tácitamente debido al amplio juego que infiere la conceptualización normativa de la equivalencia. Sin embargo el profesor mezcla dos ámbitos: el amplio cometido de labores que se pueden encomendar y que algunos sea en su perjuicio. Ambos son consecuencia de la permisibilidad que ofrece esta previsión formativa al permitir el juicio de equivalencia cuando aún no se tienen los requisitos de aptitud o capacidad y se quiere que sean completados por esta formación o capacitación. La otra, conectada a la anterior, de orden sistemático: evitar una fácil antesala para extinguir el vínculo por circunstancias objetivas, conectando así con la previsión del art. 39.3 ET que impide la invocación de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación cuando se realicen funciones distintas de las habituales.

La otra finalidad de la formación previa se relaciona con la aptitud que emplea el legislador para enmarcar la noción del cambio entre categorías equivalentes. Ésta se

⁵⁸² Escudero Rodríguez, R., «Movilidad funcional y formación de los trabajadores», cit., p 150

⁵⁸³ Alemán Paez, F.J., *El encuadramiento profesional*. MTSS 1995 pág. 249, del mismo autor, “La movilidad funcional: Puntos críticos para su reforma”, en AA.VV (coord. Monereo Pérez), *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1996

completa con una previsión: la previa realización, si ello fuera necesario, de procesos simples de formación y adaptación.

Para el estudio de la previsión formativa en el cambio entre categorías profesionales equivalentes vamos a establecer dos planos de análisis, uno, referido a su naturaleza, funciones, objeto y caracteres; y otro, referido a la aplicación en la práctica de estos procesos.

1) *Función de la previsión formativa: procesos simples de adaptación*

Toda formación es un valor positivo para el trabajador y para la empresa. Ella permite un mayor desarrollo profesional de los trabajadores y a la vez responder a las nuevas exigencias técnicas y productivas de la empresa. La utilidad y el fruto de esa formación puede servir tanto para el trabajador como para el empresario⁵⁸⁴. Una política formativa es un claro supuesto de negociación cooperativa, donde los resultados o utilidades para ambas partes crecen en la medida que negocian y expresan sus intereses.

En concreto, esos procesos contemplados en el art. 22. 3 ET permiten un adecuado desarrollo profesional (e indirectamente del mantenimiento del empleo) sirviendo como conexión entre esa aptitud dinámica y los requerimientos funcionales de la empresa, que permita obtener una mejor utilización de los recursos y una mayor calidad en los procesos de trabajo, garantizando la competitividad de la empresa y de las personas que la integran.

Como ha dicho la doctrina⁵⁸⁵, estos procesos formativos no pueden ir dirigidos a suplir la falta de aptitud del trabajador cuando la categoría de destino no sea definida como equivalente, por eso su carácter simple o de mero ajuste. Es decir, procurar un *ajuste* correcto del trabajador reorganizado. Sin embargo, tampoco se debe olvidar que estos procesos están señalados para favorecer la selección de la categoría de destino. Esta previsión habilita al empresario a que contemple estos procesos para la mejora productiva y el acople del trabajador. La ejecución del trabajador de nuevas actividades

⁵⁸⁴ Véase el C.Col Bimbo. 1999. Donde se establece que, la formación profesional, en todas sus modalidades (iniciación, cualificación, especialización y reciclaje) y niveles, debe ser considerada como una inversión de la empresa en sus recursos humanos. (...)Tendrán una debida respuesta, tanto las necesidades formativas individuales -a través de la línea jerárquica y Jefes de Personal-, como las necesidades conjuntas, a través del plan anual de formación(...)

⁵⁸⁵ Valle Muñoz, F.A. *La Movilidad funcional del trabajador*..cit., 99.

no tienen porqué suponer necesariamente una mejora funcional, ni, por tanto, estos procesos un avance profesional. Los procesos de formación y adaptación no son el contenido funcional de progreso profesional. Éste se deducirá del contenido profesional de la categoría de destino, ésta puede ser más rica funcionalmente que la de origen o más pobre.

Esta función de garantizar un pre-calentamiento o entrenamiento se encuentra vinculada a evitar los despidos objetivos por inaptitud, en este caso, por inadaptación motivado al cambio de funciones. Así se expresa la memoria del proyecto de ley (de la futura ley de 11/1994) al señalar que “como contrapartida a la amplitud de la facultad de movilidad funcional que el la equivalencia otorga al empresario, se establece, en garantía de los derechos de los trabajadores, la cautela de que el empresario que ejercite dicha movilidad no podrá invocar la ineptitud del trabajador para las nuevas funciones encomendadas”⁵⁸⁶.

2). *Naturaleza jurídica de la previsión formativa*

Si bien no es doctrina pacífica⁵⁸⁷, la naturaleza jurídica de esta previsión formativa es distinta a la que expresa el párrafo inicial, pues en este párrafo último no se describe un criterio legal de equivalencia. Es precisamente su carácter facultativo (realización o no) la que confiere distinta naturaleza. La necesidad o no de estos procesos formativos productivos tendrá su grado de afectación sobre el rendimiento y grado de eficiencia que logre el trabajador en su nueva categoría más que en ofrecer un criterio de equivalencia, en otras palabras, la comparación ya se ha producido, los requisitos de aptitud ya se han comprobado, si el trabajador portar ese requisito subjetivo: tiene aptitud. Por esa razón (por poseer aptitud) ha sido sustituida su prestación. Sin embargo, pueden originarse problemas de adaptación por lo que estas previsiones se encuentran más cercanas a la buena fe derivada de un actuar empresarial por conseguir la adaptación del trabajador al cambio por él provocado que a establecer un criterio complementario que permita el conocimiento de la equivalencia, pues para que esto fuera posible, el resultado del complemento formativo debería ser conocido antes y estar

⁵⁸⁶ Véase en Documentación de la Secretaría de la Cortes Generales nº 114 vol. 1 pág. 683.

⁵⁸⁷ Entendiendo los procesos como enriquecimiento de la profesionalidad y, por tanto, dentro del componente subjetivo de la equivalencia. Véase Valle Muñoz, F.A. *La Movilidad funcional* cit., pág. 96 y 99.

cerrado al momento del juicio⁵⁸⁸. Sería como pasar un examen médico de aptitud, ya se conocen tu cualificación y sólo habría que someterse a esas pruebas. No debería llevar a engaño la redacción del precepto, (en él se ofrece una referencia temporal). Se habla de “previa realización” puesto que este momento está referido a la ocupación espacial y funcional del puesto de trabajo dentro de la categoría equivalente de destino. Consecuentemente, el juicio de equivalencia debe estar ya realizado y no se completa.

Siguiendo en su naturaleza jurídica podría pensarse que nos encontramos ante una condición de hecho. Es decir, El hecho de tener que *realizar* los procesos de formación o adaptación, cuando así se estime necesario, demuestra que tales procesos son marginales respecto al supuesto de hecho de las condiciones que el Estatuto de los Trabajadores le reconoce efectos jurídicos. Esto no significa que pierda en modo alguno importancia, sino que su naturaleza es otra.

La doctrina —centrándose en el carácter obligado o facultativo para el empresario—, “la posibilidad de realizar procesos formativos o de adaptación profesional *se introduce* como una eventualidad que de producirse no quiebra la relación de equivalencia entre categorías. Dicho de otra forma, aunque tales procesos sean necesarios no, por ello las categorías dejan de ser equivalentes y la orden del cambio de funciones deviene ilegítima”. Es la apreciación de los criterios de equivalencia antes vistos los que facultan u obligan a un proceso de ajuste pero éste no interviene en la valoración inicial.

Derivada de esta naturaleza accesoria a la vinculación legal entre aptitud y sustitución de la prestación, encontramos la posibilidad que sea el instrumento del convenio colectivo quien introduzca el régimen jurídico de los procesos, desde su obligatoriedad, su contenido, alcance, duración y demás circunstancias. En consecuencia, será la negociación el medio de regulación de estos procesos previos al ejercicio de las funciones de la categoría equivalente.

La experiencia negocial estudiada contiene referencias muy escasas, limitándose sólo a repetir los términos del precepto legal, si bien en algunos parecen introducir la idea de una aptitud completada por dichos procesos lo que supondría cambiar la naturaleza de

⁵⁸⁸ Lo que evitaría su consideración como condición o modo impuesta por el empresario y que condiciona el negocio (art. 1113 CC) Mas bien se trataría e una *conditio iuris*, es decir una circunstancia alejada del negocio jurídico, existiendo entre el negocio y esta circunstancia un nexo objetivo de subordinación. Por ejemplo tener 18 años para ser conductor de automóvil

los mismos. Es el caso del C-C único del personal de la Administración que permite que se “mejore” las aptitudes ... «...de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, *que podrán completarse*, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos básicos de formación y adaptación⁵⁸⁹» Otros convenios en cambio, eliminan la referencia a su “posibilidad”, sobreentendiendo la presencia obligada de periodos formativos «...aptitud suficiente para la ejecución de las funciones propias de la otra, previa la realización de procesos simples de adaptación o formación⁵⁹⁰». La mayoría , introducen cláusula de estilo del tipo «ocupar cualquier puesto de la misma, habiendo recibido previamente por parte de la empresa la formación adecuada al nuevo puesto, cuando ella sea necesaria»⁵⁹¹, o que expresan la posibilidad de establecer un «Programa de formación y adaptación al puesto de trabajo, si fuera necesario». Por último, hay convenios que insertan una fórmula de formación como un supuesto mecánico debiendo ocupar cualquier nivel de la misma, habiendo recibido previamente, por parte de la empresa, la formación adecuada al nuevo puesto y respetándose los procedimientos de información y adaptación que se especifican en este Convenio⁵⁹².

2.1.2. *Los elementos legales: dinámica del proceso «simple» adaptativo*

El Estatuto de los Trabajadores establece tres previsiones al respecto de estos procesos: el momento, la libre discreción empresarial y la característica de los procesos: que ellos sean «simples».

a). La primera previsión, de importancia marginal respecto a la puesta en marcha de estos procesos, es el «momento» de realizarlos⁵⁹³ ese “previo desarrollo de la nueva categoría” indica que el juicio de equivalencia ya es íntegro y sólo falta ajustar las habilidades al nuevo puesto de trabajo antes, eso si, de su ejecución. Conectados con la posibilidad de realizar el cambio equivalente cuando el trabajador está en periodo de prueba, debemos indicar, adelantándonos al desarrollo que realizaremos en el punto siguiente, como la aplicación en ese momento de la equivalencia no es correcto

⁵⁸⁹ Sin embargo, este art. 22 del C-C único de la Administración, para no exceder la idea de equivalencia como supuesto accidentalidad, no debería ser interpretado como una “posibilidad de completar una aptitud deficitaria” sino más bien, entender que lo que será objeto de mejora no es la aptitud sino la habilidades para el desarrollo de puesto de trabajo.

⁵⁹⁰ Cfr. Artículo 20 Convenio de Ediciones Primera plana SA.

⁵⁹¹ Cfr. C-C de la empresa Bazan.

⁵⁹² Cfr. Artículo 17 del C-C del sector de la Ferralla.

⁵⁹³ Con ello se resuelve la imposibilidad de emplear la formación o experiencia obligatoria que se prevén en los contratos formativos.

en interpretación normativa de la finalidad de la figura, y ello aunque el Estatuto de los Trabajadores no haya establecido expresamente su limitación. , pues se precisa una experiencia previa (incluso agotar las funciones útiles de esa categoría) del trabajador en su categoría de origen, sin que nada cambie la realización de este ajuste o entrenamiento.

b). La segunda constituye una previsión respecto a la libre apreciación del empresario respecto de su necesidad. Una interpretación sistemática del Estatuto en este punto (que incluiría el art. 4.2b ET) nos ofrece el soporte para entender que el ejercicio lícito del poder empresarial para ordenar el cambio de funciones está subordinado al ofrecimiento al derecho del trabajador de las actividades formativas o del periodo de adaptación preciso para su adecuada ejecución⁵⁹⁴. En este sentido se enmarca la imposibilidad de alegar inadaptación posterior para despedir, bien por los principios de buena fe y de atender a un deber genérico de adaptación por el cambio que él provoca⁵⁹⁵. Según se encuentre en unos u otros contextos, se interpreta la expresión legal “...si ello es necesario...” y, por tanto, el carácter *facultativo u obligatorio* para el empresario de dichos procesos. Sin embargo, esta postura ecléctica no es correcta, pues señala una facultad discrecional para el empresario. Es el empresario el que —si lo cree necesario— pone en marcha de dichos procesos; por tanto, el trabajador no podrá reclamar a la empresa su realización⁵⁹⁶. Sin bien, esto no impide pensar que existe un requisito implícito en la equivalencia, por el cual el empresario tiene la “carga” de ofrecerlos si existe una carencia de aptitud por parte del trabajador al enfrentarse con las funciones básicas de la nueva categoría (art. 39.3 ET).

⁵⁹⁴ Ibidem., pág. 104.

⁵⁹⁵ Citando a la doctrina francesa en este punto, véase Martín Puebla, E., La formación profesional y el contrato de trabajo Madrid 1999 pág. 103. Donde cita y explica la importante sentencia Expovit (febrero 1992) que origina un giro en la jurisprudencia del Tribunal de Casación francés y configura estos procesos de formación y adaptación como una obligación de medios al servicio del deber de adaptación.

⁵⁹⁶ Aquí más que la de impedir que se produzca un abuso empresarial en su poder de valorar la equivalencia, su intención es el establecimiento de una formación que prevea los desajustes funcionales. Por tanto, se aprecia como el legislador se muestra en clave garantista, ya que potencialmente pueden darse, al bajar al puesto de trabajo en concreto, supuestos de utilización incorrecta de esta posibilidad de movilidad funcional. No se debe cumplir con estos periodos de formación otra finalidad distinta que la de agilizar esa movilidad, por ejemplo, procesos formativos tendentes a superar una inicial cualificación que no posee el trabajador a fin de movilizarle en clave de equivalencia

c). En cuanto al proceso formativo de identificación «simple»⁵⁹⁷ La relevancia cualitativa a la que hacer referencia la norma «procesos simples de formación o adaptación» es difícil de solucionar, sobre todo en la práctica profesional misma. No ofrece el Estatuto de los Trabajadores criterios que permitan medir el grado de simplicidad o dificultad de los procesos formativos⁵⁹⁸. Así, se precisa realizar la comparación la naturaleza de los cometidos ad quen con la aptitud del trabajador; combinar diversas variables personales y de la propia actividad, pues lo que es simple para una trabajador puede resultar muy complejo para otro, y viceversa. De esta forma, debemos poner este margen formativo en conexión con la idea de equivalencia, pues con esos procesos el trabajador no se verá desviado (accidentalidad funcional) de lo que constituye su profesión o especialidad habitual⁵⁹⁹. La simpleza puede ser entendiendo por tales aquellos que sean no sólo cortos en su duración y de breve realización, sino que también entrañen poca dificultad técnica o intelectual.

La simplicidad de la formación dará idea objetiva de la equivalencia entre las dos prestaciones. En efecto, lejos de considerar los procesos formativos como una un complemento o ampliación de la precisa aptitud, estos procesos aportan un elemento objetivo esencial para calificar ese cambio como objetivamente (además de subjetivamente) equivalente. En resumen, su previsión y realización dan idea de unas prestaciones análogas --que sólo precisan que el trabajador realice un proceso simple de adaptación-- en relación con la cualificación poseída. En resumen, el adjetivo “simple” está más directamente relacionado con la previsión de su no superación y las consecuencias respecto. Pero aún en el caso de la realizar de dichos procesos la garantía

⁵⁹⁷ Por “proceso simple” entendemos aquel que no reviste grave consideración o relevancia temporal y de dedicación; que no perturbe su proceso productivo. Escudero Rodríguez R., «Movilidad...» cit, pág. 148 habla de adaptabilidad rápida a las necesidades cambiantes de la empresa

⁵⁹⁸ El empresario no movilizará en equivalencia si exige al trabajador que realice un curso de formación y adaptación profesional largo y complicado a fin de realizar correctamente las funciones de la nueva categoría

⁵⁹⁹ Véase Martín Puebla, E., cit., pág. 105 “la idea de simplicidad podría considerarse que está implícita en el propio concepto de equivalencia. En efecto, si la equivalencia consiste en una similitud entre las aptitudes profesionales que posibilita la ejecución de funciones correspondientes a dos o más categorías profesionales, de tal forma que el trabajador que ostente una de ellas podrá realizar las prestaciones laborales básicas de las restantes, de ello se deduce que no es preciso un proceso formativo tendente a la adquisición de aptitudes profesionales nuevas o a la reconversión de sus competencias profesionales”. En igual sentido, Escudero Rodríguez R., «Movilidad...» cit, pág. 150

que posee el trabajador (art. 39.4 ET) frente a la invocación empresarial de la ineptitud del mismo, por desarrollar las nuevas funciones encomendadas, permanece⁶⁰⁰

2.2. Régimen jurídico de la previsión formativa.

Finalmente interesa conocer bajo qué régimen jurídico se contemplan dichos procesos; es decir, si son permisos, si varían los derechos y deberes de las partes o si varía la retribución que venía percibiendo. Nuestra posición a la anteriores opciones parece predeterminada por las mismas soluciones de razonabilidad que se han adoptado para los procesos de reconversión o perfeccionamiento y a la regulación de se da para el 52 b) del Estatuto que prevé la “suspensión por tres meses del contrato”, por cuanto tanto en la categoría equivalente como en la reconversión se establece el periodo formativo como posibilidad “si ello es necesario..”. Pero el problema viene precisamente por esa suspensión de la relación laboral para «reciclarse», puesto que la normativa de la categoría equivalente no lo prevé y sólo contiene la previsión facultativa como una facultad empresarial, por lo que no será posible tal analogía con el art. 52 del Estatuto⁶⁰¹, idea de la que también se parte en este estudio.

Otro problema se presenta con obligatoria asistencia del trabajador o no a la formación previa cuando éstos sean organizados por el empresario con el fin de realizar el cambio entre categorías equivalentes y siempre que éstos se impartan en horas de Trabajo, debe pues aceptarse tal obligación, por cuanto constituye un elemento complementario y particular para cada trabajador del cambio accidental entre categorías equivalentes (lo que en terminología italiana sería un cambio horizontal). En su virtud el empresario podría imponer unilateralmente la realización de una prestación de hacer (acudir al entrenamiento profesional) poniendo la atención y diligencia necesaria para obtener un aprovechamiento adecuado a la finalidad del entrenamiento profesional en las habilidades de la nueva categoría de destino. Y ello por cuanto indirectamente este entrenamiento tiene una relación mediata con los nuevos servicios que prestará el trabajador que sufre el cambio funcional, aunque en puridad ese entrenamiento no forma

⁶⁰⁰ Martínez Fons, D., «La formación profesional como límite a la movilidad funcional» en Comunicaciones a las Jornadas Tarraconenses 1997

⁶⁰¹ En contra de tal analogía porque en el cambio entre categorías equivalentes no podrá haber tal suspensión, Alemán Paez, F., *El encuadramiento...*, cit. Pág. 249.

parte de la prestación debida actual⁶⁰², es una actividad complementaria, pero sí lo será en el futuro.

Por último quedaría resolver la cuestión relativa al aspecto formativo de esos periodos y quien los ha de sobrellevar jurídicamente. En este aspecto, de acuerdo con el art. 39.3 ET, nos inclinamos por aplicar la misma regla que se adopta para solucionar los casos de practicas en la empresas bajo la formula de becas formativas y su carácter laboral o no; todo reside en constatar quién sale beneficiado. Si quién se beneficia de la formación es exclusivamente el trabajador, las condiciones que tenía de salario y permisos se reducen por realizar dichos periodos formativos; si beneficia al empresario, el trabajador mantiene sus mismas condiciones salariales y profesionales. Por ello mismo, será más corriente que el beneficiado sea el empresario.

Y por último, quedaría responder al supuesto de un trabajador que todavía no tiene una certificación profesional, título exigido para tener la aptitud profesional que requiere la nueva categoría. En principio, no sería seleccionable pues carece de la titulación para realizar la nueva categoría, recordemos que la aptitud es la condición de equivalencia. ¿Podría entonces haciendo depender del logro de dicho proceso formativo de reorganización funcional equivalente?. Por otro lado, la parquedad del régimen jurídico de estos procesos no ofrece aventurar que con el mismo se pueda obtener una cualificación, sino un supuesto de aseguramiento de la futura adaptación al puesto o entrenamiento profesional. De ser así, podría limitar en cierta medida una política de reorganización que quisiera basarse en la experiencia acumulada de sus empleados para realizar su certificación y los cambios funcionales.

3. EL JUICIO DE EQUIVALENCIA A TRAVÉS DE DEL EMPLEO DE CRITERIOS COMPLEMENTARIOS A LOS LEGALES.

⁶⁰² Sólo formaría parte de la prestación debida los cursos formativos de los contratos para la formación (art. 11 ET), donde si parece que es consustancial al acuerdo la formación profesional del trabajador tanto teórica como práctica en términos de obligación específica.

Antes de finalizar con el estudio del régimen del cambio entre categorías equivalentes, conviene analizar los elementos instrumentales del juicio de equivalencia, por ser elementos no previstos en el art. 22.3 ET pero que permite realizar con mayor precisión el juicio de equivalencia. Estos elementos complementarios no sólo tienen aplicación para el juicio de equivalencia entre categorías también podría servir para el cambio dentro del grupo profesional. Precisamente podemos mencionar estos elementos referenciales porque una característica del poder de dirección es que puede ser limitada por las partes del contrato o por la negociación colectiva, respetando los límites legales y sin renuncia de derechos.

3.1. Elementos complementarios en el juicio de equivalencia.

Al establecer el art. 39.1 ET el criterio del juicio técnico de la aptitud equivalente entre dos categorías como ámbito de la movilidad funcional, se faculta al empresario a ejercitar su poder de dirección encomendando al trabajador la realización de funciones que, no previstas en su categoría inicial, si podrían, sin embargo, estar en una hipotética asignación inicial, pues la equivalencia se forma con los requerimientos de aptitud, según los datos objetivados antes vistos.

En efecto, como se visto, el juicio se encuentra referido a una identidad de aptitud para realizar unas funciones que se pueden enmarcar bajo un mismo género, aunque no exista la exacta coincidencia entre ellas⁶⁰³. Es la posesión de una aptitud concreta para realizar las específicas funciones lo que conforma la identidad de género de una categoría con la otra y, en consecuencia, marca el límite o frontera entre la movilidad funcional accidental y la modificación sustancial. Así, dado que nos encontramos con la movilidad entre categorías profesionales equivalentes en el plano del poder de dirección, no van a ser suficientes los elementos legales que conforman la existencia de la equivalencia, por su ambigüedad y amplitud, para garantizar el fin de la movilidad accidental. En efecto, la finalidad propia de la equivalencia: la de permitir una movilidad funcional -que aún encomendando la realización de otra categoría a la inicialmente asignada- sea realmente entre semejantes géneros, de forma que hubiera

⁶⁰³ En efecto, de cumplirse con los elementos que conforman el juicio técnico de equivalencia, jurídicamente se permite (se presupone) un tipo de movilidad funcional accidental basada en una relación de compatibilidad aptitudinal entre las dos categorías profesionales.

podido ser la asignada inicialmente al trabajador por lo que se van a precisar elementos complementarios que -incluidos dentro de la prueba de la sustituibilidad de la aptitud profesional- garanticen unas semejantes consecuencias laborales en el cambio funcional. Por ello, la descripción de los elementos legales de la equivalencia (una formulación amplia y conceptos jurídicos indeterminados) permite entender que existe la equivalencia aún en el supuesto de categorías de muy distinto nivel o grado. Difícilmente, el contenido de géneros dispares puede ser equivalente, desde el preciso momento que la creación de las categorías o géneros son fruto de unos contenidos funcionales y profesionales particularizados que delimitan por sí solos la prestación debida. Cuando se hable de géneros de distinto nivel o grado (profesional), se hace referencia al elemento retributivo pero no al “status jurídico funcional”. Como indica Alemán Paez, los pactos colectivos suelen dedicar un apartado específico a la “agrupación de categorías” a efectos retributivos⁶⁰⁴. Si se da la presencia de una aptitud para realizar las funciones básicas de la categoría de destino⁶⁰⁵. Todo ello, a pesar de, que difícilmente puede apreciarse una equivalencia cuando los géneros a las que ellas pertenecen son dispares. Es más, la idea que la equivalencia sugiere es la de respeto entre géneros idénticos, juicio que se realiza a través de un semejante contenido en aptitud profesional para desarrollar otras funciones más específicas a la utilidad que requiere la empresa en ese concreto momento y que las funciones de la anterior categoría ya no ofrecía.

Con la formulación de los conceptos legales de equivalencia –y para evitar incluir bajo una calificación de equivalencia funciones con alto grado de incoherencia profesional o una utilización abusiva o la situación profesionalmente ilógica--, el juicio de la equivalencia deben someterse a una interpretación estricta estrechamente

⁶⁰⁴. Alemán Paez, F., El Encuadramiento pág. 195 ss,

⁶⁰⁵ Permitiendo cualquier resultado equivalente independientemente del nivel o rango de la categoría: Montoya Melgar, quien entiende que el art. 39.2 ET permite reconocer la posibilidad de asignar funciones inferiores o superiores dentro de la equivalencia. Sólo las que rebasen el marco saldrán del ius variandi ordinario (Montoya Melgar, A., 20 años..., cit., pág. 41.). Por su parte, Luque Parra ha indicado -tomando exclusivamente como eje la realización de las funciones básicas- como proceso a seguir para averiguar si se está ante una movilidad funcional accidentalidad cuando a un trabajador se le asignen funciones diferentes a las inicialmente realizadas, será el siguiente: (1) se deberá evaluar si pertenecen -aun de forma complementaria- a las propias de su categoría; si la respuesta es negativa, (2) se deberá valorar si hay una equivalencia profesional, en razón de que se estén llevando a cabo las prestaciones no básicas de otra categoría. En tales supuestos se ha de tener en cuenta que (3) cualquier función que no pertenezca a la categoría de origen, puede conformar el margen accidental de una categoría profesional, pero seguramente configurará las funciones básicas de alguna otra categoría (Luque Parra, *los límites...* cit., pág. 261).

vinculada con su finalidad⁶⁰⁶. Como se ha indicado⁶⁰⁷, el eje de la valoración descansa sobre la aptitud profesional, pero concretada en aquella que se poseía y que permite, previa realización de procesos simples formativos o adaptativos, desarrollar otras prestaciones. Claro está, si la capacidad del trabajador se interpreta restrictivamente, ya que en caso contrario, podría dar como resultado un ejercicio abusivo de las cualificaciones. De ahí que, además, esta aptitud limitada y objetivada se fundamente en una interpretación finalista de la institución de la equivalencia.

La premisa de la identificación legal de la equivalencia es la de una aptitud profesional que precisa de su objetivación, por lo que no es posible valorar la toda la aptitud con la que cuenta el trabajador sino sólo aquella necesaria con relación a la categoría inicial asignada⁶⁰⁸. En concreto, el art. 39.1 ET limita la consideración de la titulación a aquella que tenga relación con el puesto de trabajo contratado. De esta manera, se refleja el límite objetivo y externo que se pretende proteger, pues considerar la titulación del trabajador supondría crear una vía indirecta para la categoría subjetiva⁶⁰⁹. En este sentido, la interpretación de la aptitud técnica (concretada en los conocimientos adquiridos por cursos académicos o profesionales) sólo atiende a la titulación para la categoría que se ha convenido; es decir, que exista, en primer lugar, una correspondencia entre la cualificación del trabajador y el componente subjetivo de la categoría que se asigna y, en segundo lugar, que este componente pueda servir igualmente para identificar las funciones básicas de la categoría de destino.

Partiendo de dicha premisa, se concreta la aptitud en relación con la categoría inicial, pero no permanece estática, sino que crece y se enriquece, lo que puede ser aprovechado por el empresario para realizar el juicio de equivalencia. En efecto, con la realización de las tareas de un puesto se trabaja de desarrolla una experiencia y una

⁶⁰⁶ Existirá la accidentalidad, cuando el empresario de no contar con la figura de la equivalencia de categorías para variar las funciones del trabajador, contrataría a otro con la misma aptitud profesional que tenía aquel y que le permite realizar las prestaciones básicas de otra categoría. Es decir, la prueba de la sustituibilidad de la cualificación del trabajador en relación con los requerimientos profesionales de las categorías profesionales. Dogmáticamente, se lleva a cabo una sustitución de la prestación propia de las obligaciones con facultad alternativa.

⁶⁰⁷ González Ortega, indica que órdenes empresariales degradatorias del contenido de las tareas serían posibles en virtud de una interpretación literal del art. 22.3 ET (González Ortega, S., Clasificación..., cit., pág. 66)

⁶⁰⁸ Puede expresarse en el contrato de trabajo o encontrarse en los perfiles profesionales conforme establece el convenio para esa categoría a la cual ha sido asignado el trabajador.

⁶⁰⁹ No es la posesión de un determinado título el factor obstativo a la movilidad el que se impone con el art. 39, pues ello supondría retomar una vez más, por una vía indirecta, a la cualificación subjetiva. Cruz Villalón pág. 58

serie de habilidades que pueden ser valoradas como otro componente de la aptitud expresada en el convenio colectivo⁶¹⁰. El problema de la valoración de la aptitud dinámica del trabajador, puesta de relieve con la realización habitual de las funciones propias de la categoría inicialmente asignada, se encuentra en su objetivación⁶¹¹. Podría pensarse en una certificación de la experiencia profesional fruto de la realización habitual de las funciones propias de la categoría asignada como un mecanismo de objetivación de la aptitud que reconociera el desempeño profesional de la categoría. A este efecto, los certificados de profesionalidad singulariza la ocupación como unidad estándar para la certificación profesional. La ocupación se entiende como un agregado de competencias profesionales, que a la postre son el objeto del proceso de certificación. Competencias entre las que se describen: la capacidad de aplicar conocimientos, destrezas y actitudes al desempeño de la ocupación de que se trate, incluyendo la capacidad de respuesta a problemas imprevistos, la autonomía, la flexibilidad, la colaboración con el entorno profesional y con la organización del trabajo. El certificado de profesionalidad se obtendrá tras someter a los candidatos a las pruebas teórico-prácticas necesarias para comprobar el dominio de las competencias mínimas exigibles⁶¹².

El elemento que se somete a comprobación -o convalidación- es esa aptitud objetivada inicial, y lo va a ser con respecto a una aptitud precisa: aquella exigida para desarrollar las funciones básicas de otra categoría. Para que concuerden una y otra habrá que atender a la aptitud que, para las funciones básicas de esa categoría, establezca el convenio colectivo. De no existir previsión expresa, deberá realizarse una interpretación restrictiva de lo que significa “desarrollar las prestaciones básicas”. Esta interpretación debería partir del verbo empleado en la descripción legal (“desarrollar”), pues dota de un significado propio y más exigente a la aptitud que se somete a comparación. La aptitud tiene que ser la suficiente para permitir la realización continua y habitual de las

⁶¹⁰ En muchos puestos de trabajo, la valoración para realizar un ascenso de categoría son los años de ejercicio en una profesión. Así, los cometidos de un oficial de tercera y los de un oficial de segunda no varían de forma sustancial y la asignación a la categoría superior puede depender de la experiencia.

⁶¹¹ Así, frente a la fácil objetivación que encuentra el perfil profesional de la categoría descrito en el convenio colectivo, la valoración de la aptitud dinámica ofrece menos seguridad, para solucionar en parte este problema y otorgar un reconocimiento social-profesional a la realización habitual de unas tareas se han desarrollado los denominados certificados de profesionalidad. Tras su obtención el empresario podrá valorar la aptitud dinámica al objeto de realizar el cambio a funciones de otra categoría profesional que precisan de tal aptitud para su desarrollo, igualmente, la obtención del reconocimiento profesional entra dentro del patrimonio profesional del trabajador.

⁶¹² Véase, *infra*, apartado 221.

prestaciones de la nueva categoría. Por tanto, no parece posible apreciar la aptitud de las funciones básicas para realizar una comparación “a la baja” de los conocimientos y titulación⁶¹³ exigidos por el convenio para esa categoría⁶¹⁴. La expresión (desarrollo de las funciones «básicas») facilita la realización del traspaso equivalente, pues las funciones que hay que realizar estarán limitadas a las básicas. No obstante, la identificación de la capacidad requerida para llevarlas a cabo deberá realizarse garantizándose la posesión de una titulación y unos conocimientos que habiliten al trabajador a realizar las funciones que determina esta nueva categoría profesional.

3.2. Complementos contractuales al juicio de equivalencia.

A pesar de que se ha intentado acotar la interpretación de los elementos legales que componen el juicio de equivalencia (tarea realizada en las páginas anteriores), hay situaciones en las que al aplicar dicha figura puede resolverse un resultado lesivo a la cualificación del trabajador. Estas situaciones son, por ejemplo, cuando se aplica la equivalencia a los trabajadores menos cualificados⁶¹⁵ o cuando el convenio colectivo no ha identificado las funciones a realizar en la categoría. De ahí, que sea preciso

⁶¹³ En todo caso, a la aptitud para realizar prestaciones “básicas” hay que aplicar la garantía de la titulación requerida en la profesión o categoría de destino. Así, no es posible realizar las funciones básicas e una categoría sin tener la titulación que le habilite para la propia realización. Titulación sin la cual no se podrá considerar que se desarrollan efectivamente las funciones básicas de otra categoría.

⁶¹⁴ La función que tiene el “ejercicio básico” es vincular a una menor carga funcional y a una más fácil apreciación de la accidental el cambio equivalente, pero en modo alguno una rebaja en la aptitud respecto a otros trabajadores de la misma categoría.

⁶¹⁵ Rivero Lamas entiende que “ el respeto al contenido general del trabajo que se venía realizando (la especialidad profesional habitual) debe convertirse en un presupuesto condicionante para que la atribución de las funciones de una categoría equivalente no implique un perjuicio a la formación y promoción profesional y, también, en su caso, para que no resulte lesionada la dignidad del trabajador. En este orden de ideas, cuanto mayor sea la titulación y las capacidades que desarrolla en su puesto de trabajo de trabajo se tiene una mayor posibilidad de realizar otra categoría, si bien no con un resultado equivalente (Rivero Lamas, J. La movilidad funcional en la empresa cit., pág. 711).

establecer unos elementos complementarios⁶¹⁶. Complementos que, incluso, ayudan a formar el juicio de la equivalencia⁶¹⁷.

Los componentes complementarios del juicio equivalente, los agrupamos bajo prueba de sustituibilidad funcional que se debe encontrar en la propia idea de equivalencia⁶¹⁸. Conforman esta idea conceptos como la intercambiabilidad profesional, el respeto a la especialidad profesional y la bidireccionalidad del cambio, elementos que condicionan el juicio de equivalencia y dan las garantías sobre la realización de un supuesto de movilidad funcional realmente accidental. En efecto, el propio elemento conmutativo presente en la relación laboral permite realizar un cambio en la prestación entendiendo que aquel se encontraba entre los límites de previsibilidad de la prestación concertada. La delimitación de las funciones equivalencia ha de hacerse pues, no desde posturas maximalistas respecto a la aptitud o la funciones básicas, sino desde la óptica de la sustituibilidad profesional. En este contexto hay que tener en cuenta: (1) Que el empresario, tras la reforma laboral de 1994, opta no sólo entre las funciones de su categoría sino también entre las funciones de otra categoría que son realizables con semejante aptitud (2) que no existe, en cambio, intercambiabilidad con las funciones de las categorías que exijan otra titulación u otra especialidad profesional (3) Que también existe sustituibilidad desde el punto de vista del trabajador que ya no busca la protección estática de su profesionalidad (permanecía fija en su puesto de trabajo) sino dinámica de la misma con posibilidad de enriquecimiento funcional tras el cambio equivalente.

La finalidad de estos elementos complementarios es doble. Por un lado, permitir un enfoque más matizado que, complementando a la interpretación restrictiva de los

⁶¹⁶ En efecto, puede llegarse a la indeterminación cuando el criterios inicial de referencia del objeto del contrato (la categoría) se muestran insuficiente, pues en el momento de la ejecución se utiliza el criterio de prestación equivalente que el empresario dicte de forma semejante a una polivalencia funcional sin haber sido esta expresamente fijada en el contrato.

⁶¹⁷ Piénsese en categorías semejantes en carga funcional y titulación, pero cuya tarea se realice en un área funcional distinta y con competencias profesionales distintas. Los elementos de la definición del art. 22.3 ET, son necesarios para apreciar el criterio de equivalencia y están de acuerdo con la encomienda de ocupaciones semejantes o no distintas desde un punto de vista técnico-funcional pero tiene un carácter indeterminado y genérico. Realizar una la interpretación de los parámetros o elementos objetivos y subjetivos de la equivalencia de acuerdo a las características de la movilidad accidental, evitando una segmentación excesiva en las posibilidades de cambio funcional que ofrece y con el objeto de favorecer la intercambiabilidad entre las diferentes ocupaciones accidentalidad del cambio

⁶¹⁸ Desde el punto dogmático, en la sustitución de la prestación equivalentes llegado el momento de agotamiento de las funciones de la categoría inicialmente asignada.

elementos legales de la equivalencia, permita ajustar la equivalencia de categorías a una movilidad realmente accidental; por otro, ser límites que fiscalicen a posteriori el ejercicio empresarial de la equivalencia, por lo que en esta faceta, al haber apartado específico al respecto en este trabajo, se señalará en un bloque posterior.

3.2.1. *Los indicios de equivalencia entre categorías: los certificados de profesionalidad*

A los efectos de interpretar los elementos legales de la equivalencia se observaba su necesaria remisión a los convenios colectivos respecto a la calificación que sobre ellos se realiza en sede colectiva. Como vimos era normal que no se estableciera dicha calificación por lo que se debía acudir a la aplicación analógica de otros convenios colectivos que en su sistema de clasificación si hubieran establecido las referidas calificaciones respecto a las funciones básicas y propias de una categoría. Por lo que respecta al elemento subjetivo, la aptitud, al estar determinada por la calificación anterior, se encontraba ante el mismo problema de la falta de regulación expresa por la fuente normativa colectiva, y se acudía a las especialidades profesionales o áreas de actividad descritas en otros convenios colectivos.

Una posible solución a los efectos de determinar la equivalencia se encontraría en acudir a la comparación de las cualificaciones, tareas y cometidos que describen los certificados de profesionalidad, que dan un indicio objetivo sobre estos elementos ordenados por ocupaciones y por familias profesionales. En la actualidad existen 12 familias profesionales y la descripción de 113 ocupaciones. De tal manera que si las funciones propias de la primera categoría no se encuentran definidas pero su categoría se encuentra entre las ocupaciones descritas se podrá conocer cuál es la aptitud profesional necesaria para el desarrollo de la actividad y sólo habrá que ponerla en conexión con la requerida para realizar las funciones básicas de la otra categoría. Si las mismas requieren igual certificado de profesionalidad, ello será un indicio de que esas categorías son equivalentes⁶¹⁹.

El régimen jurídico se encuentra en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, que regula los certificados de profesionalidad, con nuevas posibilidades tanto para los trabajadores para aumentar y certificar su cualificación como para las empresas para disponer de trabajadores más cualificados. En otras palabras, la reciente reforma del RD

⁶¹⁹ Véase el convenio Colectivo de Endesa 1996

34/2008⁶²⁰ nos va a permitir explicar mejor este instrumento de acreditación profesional y mejora de la cualificación profesional del trabajador en su aplicación para el juicio del cambio entre categorías profesionales equivalentes.

El Real Decreto 34/2008 determina, desde el 1 de febrero de 2008 fecha de su entrada en vigor, la relación de los certificados de profesionalidad con las cualificaciones profesionales específicas, su elaboración y actualización, las modalidades de impartición de la formación y su evaluación. Para ello establece, como norma general, que cada certificado de profesionalidad acredita una cualificación profesional contenida en los 5 niveles del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (RD 1128/2003) y garantiza que los “módulos formativos” de los certificados sean los del Catálogo Modular de la Formación Profesional reglada (títulos de FP), permitiendo así, la transparencia en su obtención y la movilidad de los trabajadores.

Para garantizar dicha transparencia en la obtención del certificado de profesionalidad y facilitar la movilidad, se regulan específicamente los siguientes requisitos:

1.- Las pruebas de certificación (la D.T. 4ª del RD declara vigente los art. 4 a 6 del RD 1506/2003 en lo referido a las pruebas de certificación prácticas y teóricas) que mantienen su carácter anual y su publicidad.

2.- Los requisitos de los centros públicos o privados formativos (art. 12 del RD), los contenidos del programa de formación (art. 11) y la cualificación de los formadores (art. 13).

3.- la compatibilidad y equivalencia (D.A. 1ª del RD) entre la superación de las unidades de competencia de un certificado de profesionalidad y la acreditación académica de la formación profesional reglada, de tal forma que exista un reconocimiento entre la certificaciones de las Administraciones laborales y las educativas (D.A. 12 del RD 1538/2006).

⁶²⁰ El RD 34/2008 deroga el Real Decreto 1506/2003, salvo los artículos 4 a 6 del RD 1506/2007 relativos a las pruebas de certificación y su Orden de desarrollo (Orden TAS/470/2004, de 19 de febrero (BOE del 27), por la que se desarrolla el Real Decreto 1506/2003, establece las condiciones y el procedimiento de expedición de los certificados de profesionalidad y todo lo relativo a la convocatoria de pruebas).

Así, en el anexo I se contempla un modelo individualizado de solicitud de certificado de profesionalidad, y en el anexo II un modelo para certificar los módulos parciales superados.

Los certificados de profesionalidad regulados en este RD tienen carácter oficial y acreditan las correspondientes cualificaciones profesionales a quienes los hayan obtenido (art. 8 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional LOCFP), sin que suponga regulación del ejercicio profesional, por ello se ha consultado para ello a interlocutores sociales (titulares de la regulación del ejercicio profesional por negociación colectiva) y las Comunidades Autónomas (cuyos órganos competentes podrán expedir los Certificados de profesionalidad de conformidad con el Servicio Público de Empleo Estatal).

El RD pretende, igualmente, avanzar en el compromiso de que el repertorio de certificados de profesionalidad sea un instrumento eficaz para dar respuesta a la evaluación y reconocimiento de las competencias profesionales de los trabajadores, y para que las Administraciones públicas competentes garanticen a la población activa la posibilidad de acceder, por la experiencia laboral y vías no formales de formación, a la evaluación y reconocimiento de sus competencias profesionales.

Los objetivos de los certificados de profesionalidad son (art. 3 del RD): - Acreditar las cualificaciones profesionales, independientemente de su vía de adquisición, bien por la vía formativa o por la experiencia laboral o las vías no formales de formación, establecidas en el art. 8.4 de la LOCFP. - Facilitar el aprendizaje permanente de todos los ciudadanos mediante una formación abierta, flexible y accesible, estructurada de forma modular. - Favorecer, tanto a nivel nacional como europeo, la transparencia del mercado de trabajo a empleadores y trabajadores. Ordenar la oferta formativa del subsistema de formación profesional para el empleo. - Contribuir a la calidad de la oferta de formación profesional para el empleo.

Hay tres vías o formas de obtención del certificado (art. 8 del RD): (1) tras superar todos los módulos formativos que integran el certificado de profesionalidad, (2) por acumulación de acreditaciones parciales de unidades de competencia, y (3) mediante los procedimientos para la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral, de conformidad con la exención práctica-formativa que determine cada uno de los RD que regule los certificados de

profesionalidad (art. 15 del RD). Sobre esta última, objeto de presente estudio, nos detendremos con más atención en el siguiente apartado.

Por último, y volviendo al tema de la utilización de los certificados de profesionalidad en el cambio equivalente, hay que observar que la acreditación de la cualificación profesional del trabajador a través de su experiencia —y, en su caso, la posterior contratación o novación contractual⁶²¹— puede realizarse: bien dentro de la competencia para regular el ejercicio profesional a nivel de sector productivo o empresa a través de un convenio colectivo, con carácter no oficioso pero reglado⁶²²,—y con validez en ese sector o empresa—; o bien dentro de la competencia del Estado para aprobar la legislación laboral a través de la convocatoria prevista en el Real Decreto 34/2008 que regula los certificados de profesionalidad, con carácter oficioso —y con validez a nivel nacional—.

Esta última vía oficial tiene la ventaja —frente a la vía convencional— de facilitar la posterior movilidad laboral entre empresas o sectores de actividad, lo cual resulta conveniente en el ámbito de estudio del presente artículo referido a la recolocación de los trabajadores del sector inmobiliario y de la construcción.

Pues bien, las pruebas correspondientes están homologadas por el Servicio Público de Empleo Estatal, siendo aplicadas por las Comisiones de valoración constituidas al efecto, compuestas por profesionales con amplia experiencia en cada ocupación. La prueba es tanto práctica donde tendrán que ejecutar sus competencias, como teórica tipo test. Tras la realización de las pruebas los trabajadores candidatos obtendrán un Certificado de Profesionalidad. Éstos serán expedidos por la Consellería de Traballo de la Xunta y tendrán carácter oficial y validez en todo o Estado.

⁶²¹ Dejamos fuera otras posibilidades de recolocación que tienen las partes del contrato, como es la celebración de acuerdos modificativos impropios, de conformidad con los sistemas reglados de ascenso, o también la facultad empresarial de ejercitar el *ius variandi*.

⁶²² Véase Mediación al acta complementaria al XVI Convenio colectivo de ENDESA (boe 8 agosto de 1996), en particular el Acuerdo 6º sobre criterios de desarrollo de la clasificación profesional por categorías equivalentes que creó una categoría profesional “horizonte o en trámite de adquirir la cualificación” durante el tiempo que recibía la formación (art. 19 del Convenio) para ser luego reclasificado como operario cualificado. Ahora bien, hay que indicar que, en la actualidad, tras la reordenación societaria de Endesa y de su sistema de clasificación, el actual Convenio colectivo de ENDESA (BOE 13 diciembre del 2000) elimina esa categoría horizonte.

Por último, para estos trabajadores cualificados desde la experiencia laboral en el sector de la construcción o inmobiliario (acreditada a través del informe de vida laboral y un certificado de empresa) o desde el aprendizaje no formal (debidamente acreditada la superación de alguna unidad de competencia por la academia o entidad formativa) se debe indicar que en las convocatorias de los certificados de profesionalidad se han referido a las siguientes ocupaciones o plazas: (convocatoria de 2006) –Trabajador forestal, jardinero, Chapista pintor de vehículos, Ajustador mecánico, mecánico de vehículos ligeros, y tornero-fresador; mientras que en la convocatoria de 2007 se han ampliado a dos nuevas ocupaciones: Electricista de mantenimiento y Auxiliar de ayuda a domicilio.

3.2.2. Los indicios de equivalencia entre categorías: las tarifas de primas de cotización por accidentes de trabajo.

Los contenidos o descripciones generales de los trabajo que realiza las tarifas de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo son útiles para tener mayores elementos de igualdad y equilibrio entre las categorías profesionales de origen y destino en el ejercicio de la movilidad entre categorías equivalentes, puesto que en la equivalencia deberán ser profesiones sometidas a una misma tarifa para no incurrir en infracotización⁶²³.

Su actual regulación se encuentra en la D. A. 4ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 fija la nueva y actualizada la tarifa de primas para la cotización por accidente de trabajo para todos los Regímenes de la SS y con la forma de aplicación que prevé la D.T. 7ª y la derogación del RD 2930/1979 por la D.D. Unica, la cual ha sido recientemente renovada y

⁶²³Véase, la STSJ Cataluña núm. 483/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 28 mayo 2004 (JUR 2004\213711) ... se llega a la conclusión de que la empresa viene aplicando de forma indebida los mencionados epígrafes nº 70 y 71 a un número variable de trabajadores, (los cuales se relacionan en los TC 2 de los distintos períodos que se adjuntan), debiendo haber aplicado a los mismos las tarifas de primas correspondientes al epígrafe 76.(...) Se liquida por la diferencia existente entre la prima que corresponde al epígrafe 76 (...) ..el empresario alega..Tampoco resultan atendibles los alegatos sobre una "diferente interpretación" en la actividad realizada, por cuanto la misma se evidencia de forma objetiva del expediente administrativo constando por lo demás de forma concreta los trabajadores en cuestión a partir de los TC2 que obran en dicho expediente lo cual impide detectar la existencia de vicio alguno imputable al acta de liquidación

actualizada por la D. F. 14ª Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 que actualiza la tarifa de primas para la cotización por accidente de trabajo para todos los Regímenes de la Seguridad social prevista en la DA 4ª de LPGE 2007. Finalmente, la D.T. 2ª de la Orden TAS/31/2007, de 16 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social para el 2007 regula la tarifa de primas de accidentes con respecto a períodos anteriores a 1 de enero de 2007.

3.2.3. Los indicios de equivalencia entre categorías: el grupo de cotización asignado por la TGSS

La categoría profesional equivalente de destino determinar el grupo de cotización del trabajador, el cual normalmente, por la accidentalidad del cambio y el equilibrio contractual, será el mismo que el que tenía el trabajador objeto del cambio. Sin querer adentrarnos en la discusión, puede surgir que con motivo del cambio a una nueva categoría aparezca un conflicto entre la cualificación y retribución del trabajador y el grupo de cotización de la categoría profesional en que se encuentra encuadrado el trabajador. En efecto, con la categoría equivalente se pone de manifiesto una valoración de aptitudes y de salario que puede llevar al trabajador y/o a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (actuando de oficio) a formular la asimilación de su categoría a un grupo de cotización distinto al establecido por la empresa para esa categoría⁶²⁴.

Según lo establecido en art. 26.3 Reglamento General de Cotización y Liquidación⁶²⁵, la resolución a esta solicitud la resuelve la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), y viene estableciendo una doctrina interesante y trasladable a la sustitución equivalente conforme a la cual, la asimilación de categorías a grupos de cotización no se hace individualmente sino con independencia de los trabajadores que puedan estar integrados en las categorías. Igualmente, la asimilación se efectúa atendiendo a las circunstancias concurrentes en las categorías que informan del contenido de la actividad

⁶²⁴ Las causas de esa solicitud pueden venir de que la nueva categoría asignada tenga equiparado el nivel retributivo con otra categoría de otro grupo de cotización. O bien, porque tras la nueva valoración el trabajador tras la sustitución supere la base máxima de cotización del grupo.

⁶²⁵ RD 2064/1995, de 22 dic., tras la nueva redacción RD 1890/1999

ejercida, tales como la exigencia o no de titulación, funciones desempeñadas, niveles de responsabilidad (no en base a criterios meramente retributivos)⁶²⁶.

La estructura de categorías que contemplan los sistemas de clasificación por los *sistemas de grupos de cotización a la Seguridad Social*⁶²⁷ se contemplan en las ordenes anuales de cotización y difieren para los diversos sistemas y Regímenes de la de la Seguridad Social, estando el previsto para el Régimen General, que se regula en el Título II (arts. 97 a 202) de la Ley General de Seguridad Social compuesto por hasta 11 grupos de cotización⁶²⁸ según la retribución y el encuadramiento a la Seguridad Social, deben definirse y sistematizarse cada tipo de trabajo⁶²⁹. Además, el procedimiento específico contemplado en el art. 26.3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre, Reglamento General de Cotización⁶³⁰, permite asimilar por Circular de la Dirección General de la TGSS⁶³¹ o por resolución de la Subdirección General de Asistencia Técnica de la Dirección General de la Inspección de Trabajo de las categorías profesionales a los grupos de cotización diversa a la realizada por el empresario o la negociación colectiva⁶³².

⁶²⁶ Veáse las resoluciones de la Subdirección de Asuntos Técnicos de la TGSS publicadas en el Boletín de la TGSS (de circulación y edición interna).

⁶²⁷ No hace falta insistir en la provisionalidad de la media y su limitación como medida clasificatoria, como quedarán evidenciadas en la explicación que sigue a continuación. En este sentido, esta medida tal y como fue enunciada en el Programa de Convergencia (1992-1996) aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 12 de mayo de 1992, bajo la siguiente recomendación: “.. el Gobierno derogará la actual estructura de categorías y grupos profesionales contenidos en las Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo, sustituyéndola temporalmente por los grupos de Cotización a la Seguridad social hasta que las partes lleguen a acuerdos en los sucesivos convenios colectivos”.

⁶²⁸ Ingenieros y Licenciados (Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores); Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes titulados; Jefes Administrativos y de Taller; Ayudantes no titulados; Oficiales Administrativos; Subalternos; Auxiliares Administrativos; Oficiales de primera y segunda; Oficiales de tercera y Especialistas; Peones; Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional

⁶²⁹ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., *Las Estructuras...*, cit. pág. 140

⁶³⁰ Tras la nueva redacción a dicho artículo por el Real Decreto 1890/1999

⁶³¹ Con Informes preceptivos de la Inspección de Trabajo, de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y la Subdirección General de Asuntos Técnicos de la TGSS.

⁶³² Muy clara sobre el particular es determinada doctrina administrativa de la TGSS que, si bien no accede a la asimilación al grupo de cotización que los trabajadores solicitaban (ser encuadrados en el grupo 3 o subsidiariamente el grupo 4), sin embargo, teniendo en cuenta la mayor especialización técnica de los obreros y su mayor cualificación y productividad los asimila al grupo 5 en lugar del grupo 8 (obreros) del que partían. Así, por todas, la Circular de la DG de la TGSS de 2001 que resuelve la solicitud por un determinado colectivo de trabajadores encuadrados en el grupo 8 (obreros) de la empresa automovilística SEAT, según su XV Convenio Colectivo BOE 18.6.1997, a la TGSS para su asimilación al Grupo 3 (Jefes de taller o administrativos) o, en su caso al grupo 4.

En cuanto a los principios que rigen este proceso de asimilación, hay que señalar los siguientes:

- La asimilación de categorías a grupos de cotización a la Seguridad Social no se hace individualmente para cada trabajador, sino con independencia de los trabajadores que puedan estar integrados en las categorías afectadas. Esto es una muestra de los intereses públicos o generales que pueden verse afectados por el cambio de grupo de cotización de un colectivo de trabajadores que rebasa y complementa al interés colectivo que pueda existir de esta asimilación. En efecto, la resolución que se dicte supondrá dar un tratamiento uniforme y “erga omnes” para todo el colectivo de trabajadores de una determinada categoría independientemente de quién haya partido la solicitud de iniciación del proceso de reasimiliación.

En este proceso de análisis que producirá la asimilación o no de la categoría al grupo de cotización, no sólo resulta relevante los criterios meramente retributivos de la categoría que se desea su asimilación, en cuanto a sus bases de cotización altas o bajas para la categoría asignada. Los criterios del juicio de la asimilación se efectúa atendiendo a las circunstancias concurrentes en las categorías que informan del contenido de la actividad ejercida, tales como la exigencia o no de titulación, funciones desempeñadas, niveles de responsabilidad

3.3. Complementos lege ferenda o doctrinales al juicio equivalente.

3.3.1. El principio de bidireccionalidad

El aspecto o elemento complementario a los descritos legalmente más estudiado⁶³³ y utilizado ha sido la bidireccionalidad o reciprocidad del cambio funcional que, a pesar de que no es el principal elemento complementario que garantiza una aplicación correcta de la equivalencia, sí ofrece unas garantías en su ejercicio. En efecto, creemos

⁶³³ De Soto Rioja; S., El contenido de la prestación..., cit. pág. 41, Valle Muñoz, La movilidad funcional..., cit. pág. 95. Sala Franco, La reforma del mercado de trabajo..., cit. pág. 167.

que elemento complementario principal lo constituye la prueba de la sustituibilidad, respecto de la cual, la bidireccionalidad es un componente.

La “reciprocidad” es un componente que ayuda a conformar la prueba de sustituibilidad o intercambiabilidad y que ofrece una representación gráfica del cambio equivalente, pues se encarga de exigir la posibilidad de retroceso del trabajador a su inicial categoría, así como que el trabajador que se encuentra en la categoría de destino ocupe el mismo puesto que dejó el trabajador movido en equivalencia. El elemento de «reciprocidad»⁶³⁴, al comprobar la bilateralidad de las referencias escogidas, exige unas condiciones a la aptitud profesional necesaria: su semejanza para el desempeño de otra ocupación y viceversa. La condición que debe cumplir la equivalencia es precisamente permitir esa reciprocidad de conocimientos para realizar las funciones de uno y otro puesto, de forma tal que estemos en presencia de una aptitud realmente equivalente con posibilidad de regreso si las funciones a realizar son inferiores y con posibilidad de desarrollo real y efectivo si son funciones de una categoría superior.

La recíproca titulación⁶³⁵, el retorno en las habilidades, la experiencia, el control de la actividad que posee un trabajador permite realizar las labores de la otra categoría sin merma de su profesionalidad. Se vendría a reclamar, así, que la aptitud de uno y otro puesto sea intercambiables, en el sentido de que uno pueda desarrollar las funciones del otro puesto y viceversa⁶³⁶. Consecuentemente, pese a la literalidad del precepto, habrá que entender implícito al concepto legal de equivalencia, la bidireccionalidad de la exigencia de aptitud profesional, so pena de ir contra el espíritu y finalidad de la norma⁶³⁷. Así, encontraríamos cómo el contenido de la prestación fijada puede variar, aunque se debe mantener la tutela de la aptitud profesional, impidiendo la descualificación que se produciría si luego, realizado el cambio funcional, no se garantizase *la conservación y mejora de la aptitud* con la que inició la prestación laboral. Los procesos formativos y adaptativos son un recurso para mantener la aptitud

⁶³⁴ El ya repetido ejemplo, la categoría de jefe de negociado es equivalente a la de auxiliar administrativo, puesto que el primero podrá hacer las funciones del segundo.

⁶³⁵ Principalmente se observa con la titulación; con una titulación se puede realizar el trabajo de una categoría de destino, pero la titulación que requiere esa categoría no podría realizar la de origen. de un trabajador

⁶³⁶ Su mecanismo es muy sencillo, yo no puedo considerar que una categoría es equivalente a otra si la aptitud requerida para la categoría de destino no es válida para realizar las funciones propias de mi categoría.

⁶³⁷ En el sentido que no sólo que la aptitud profesional para el desempeño de las funciones de la segunda categoría profesional permita también desarrollar las funciones básicas de la primera en las mismas condiciones. Sala Franco, T., «Los puntos críticos del régimen... » pág. 13

cuando se produzca la reversión (regreso con un proceso previo de entrenamiento por si ha perdido habilidades por el desuso). De esta forma, el trabajador, aun sabiendo que el cambio puede ser definitivo (si existe una situación técnica-organizativa definitiva en las empresas) se conservará su aptitud en caso de nueva movilidad.

Una vez presentados estos elementos complementarios, será fácil realizar un juicio de relevancia causal, o lo que es lo mismo, hallar aquellos elementos que faltan en la definición legal y que tendría que tener una relevancia normativa si quiere lograr una - real y efectiva- movilidad funcional accidental⁶³⁸. Labor que, sin embargo, se convierte en una tarea *ex-lege*, pues son los elementos legales, tal y como se encuentran descritos, los <relevantes> para la existencia de la equivalencia. De esta forma, si queremos aumentar la corrección y valorar la existencia plena de la equivalencia, esta labor debe realizarse con relación a otras normas laborales (con la búsqueda de su sentido normativo).

Dado que en el art. 22.3 ET sólo nos encontramos con datos legales para proceder a la identificación legal y no más acertada de la equivalencia entre categorías profesionales, es aceptada mayoritariamente la idea de que la equivalencia entre dos categorías debe ser de ida y vuelta, recíproca o bidireccional; criterio por el que aboga el más mínimo sentido común, una vez analizadas las consecuencias de una aplicación estricta del criterio unidireccional, que determinaría la virtual disolución de cualquier garantía de inamovilidad en buena parte de los cambios hacia funciones inferiores

La bidireccionalidad o, si así se conviene, la exigencia de una relación de igualdad como nota consustancial a la equivalencia, teniendo en cuenta no sólo los efectos exorbitantes de una lectura distinta, sino también la función que desde un análisis histórico y sistemático ha venido asumiendo aquella, para avanzar en el análisis es necesario identificar dos tipos de referencias: de un lado, los concretos parámetros o factores comparativos que permiten identificar a la categoría o categorías equivalentes; de otra parte, los dos términos objeto de la comparación; esto es, la categoría contratada

⁶³⁸ Es decir, podríamos mirar si relación entre la aptitud y el desarrollo práctico de la nueva prestación en sustitución (desarrollar las prestaciones básicas de la nueva categoría) se produce o no. En definitiva, buscar una explicación del tipo de la argumentación teleológica, y en particular cuando se desarrolla un razonamiento causal. Se habla así de la relevancia de los medios para los fines en el sentido de “virtud” o eficacia de ciertos medios [los elementos objetivos y subjetivos legalmente descritos] para alanzar ciertos fines [una movilidad funcional accidental]. Véase, Laporta, F.J., <El principio de igualdad: introducción a su análisis> En Sistema, nº 67 pág. 16

y, en segundo término, la categoría o categorías de destino, disociación que está implícita en la idea de equivalencia pero que no es siempre fácil de verificar en la práctica

En este sentido, parece evidente la dificultad de calificar como bidireccional la relación que se entabla entre dos funciones cuando se exige que el desarrollo de una de ellas suponga una mejora de la profesionalidad, o cuando, dicho desde otro ángulo, se exige que dicha asignación suponga una ampliación de los conocimientos y las capacidades del trabajador, exigencia que podría impedir, según se articule la ampliación, el eventual retorno a las funciones previas y, con ello, la bidireccionalidad.

En este sentido, si se asume la prioridad o la preferencia del mantenimiento o mejora de la posición sustancial sobre la profesionalidad entendida como saber hacer precedente o, más genéricamente, como patrimonio profesional adquirido, difícil es no advertir qué tipo de cambios tenderán a ser asumidos por el criterio de bidireccionalidad; esto es, aquellos en que se produce una mejora o mantenimiento de la posición sustancial, y cuales no; esto es, aquellos en que se produce un empeoramiento de la posición sustancial, por más que el patrimonio profesional se mantenga o por más que exista un enriquecimiento o mejora de dicho patrimonio en términos de *saper estare*.

La relación entre bilateralidad y procesos simples de formación es igualmente clara. La bidireccional, en la medida en que permite presuponer —aunque, como hemos visto, no necesariamente— una cierta homogeneidad o similitud entre las distintas funciones que pueden ser encomendadas al trabajador. El precepto trataría así de insistir en la imposibilidad de exigir al trabajador un cambio de cierta envergadura en su perfil profesional o, en caso extremo, su reconversión profesional

3.3.2. *Los complementos lege ferenda del juicio de equivalencia del derecho italiano*

Al margen del hecho de que no hay unanimidad en la doctrina italiana sobre el correcto juicio de equivalencia, sin embargo las conclusiones a las que en Italia han llegado son una interesante propuestas de “lege ferenda” para nuestra interpretación del art. 22. 3ET. En Italia el poder modificativo gira en torno al concepto de *equivalencia*

*profesional*⁶³⁹, referida ésta última a la más reciente categoría efectivamente desarrollada o ejercida.

Por otro lado, por expresa previsión legal, la *equivalencia profesional* va unida a la referencia no de la última tarea “teóricamente” ejecutada, sino de aquellas que de hecho han sido “efectivamente” ejecutadas. Interesa subrayar que la equivalencia profesional no viene incluida dentro del perfil puramente económico, dado que funciones reiteradas en el mismo nivel contractual y que son retribuidas de la misma manera podrán, desde un punto de vista profesional, no ser equivalentes entre ellas dada su intrínseca heterogeneidad; por consiguiente, donde el trabajador se ve asignado, no puede derivar un peligro que pueda comprometer el nivel profesional del trabajador.

Así se revela más complejo lo que es la *equivalencia profesional* entre las funciones originarias y las de destino, las cuales pueden comprender un hecho retributivo correspondiente, ya que estamos también ante una equivalencia desde un punto de vista del patrimonio profesional del trabajador y como tal susceptible de reconstruir unos programas formativo coherente y continuado⁶⁴⁰.

En el derecho italiano, el concepto de equivalencia sigue dando lugar a un amplio debate entre la jurisprudencia —con una interpretación restrictiva—, y la doctrina —que trata de encontrar una solución conceptual más elástica—.

Como ha puesto de relieve la última jurisprudencia⁶⁴¹, a partir de un “principio general del derecho”, se intenta crear un concepto de movilidad horizontal; en cuanto los elementos de hecho vienen a incidir de un modo más grave sobre el juicio de legitimidad del *ius variandi*: el grado de rigidez del principio de derecho enunciado

⁶³⁹ La doctrina italiana deduce la noción de categoría equivalente, tras un estudio de la Sentencia n° 7040 de la Corte de Casación de 17 de julio 1998, en el asunto donde se analizaba si las nuevas tareas encomendadas por la empresa FIAT (trabajos de limpieza) guardaban relación con las anteriormente realizadas (tareas de ensamblaje) y, por tanto, si existía equivalencia entre ambas. (Borzaga, M., “Il concetto di equivalenza delle mansioni”. *Rivista Italiana Diritto del Lavoro* 1999/II p. 276),

⁶⁴⁰ Ferraro, G., *Il rapporto ult. o. cit.*, p. 89

⁶⁴¹ Sentencia de 17 de julio 1998 del Tribunal de Casación. Su texto y comentario pueden verse, Borzaga, Mateo, “Il concetto di equivalenza delle mansioni” *Rivista Italiana de Diritto Lavoro* II/1999. p. 277.

dependerá así del juicio de equivalencia particular y, en concreto, del juicio sobre su mérito realmente equivalente⁶⁴².

4. LIMITES AL CAMBIO ENTRE CATEGORÍAS EQUIVALENTES.

4.1. Límites legales: la titulación y la causa y la temporalidad.

A la figura de la equivalencia, como ámbito donde el empresario lleva a cabo sus facultades de directivas de ordenación funcional de la prestación, le son aplicables los límites de la movilidad funcional en la cual se inserta (art. 39.1 ET). En efecto, independientemente de que la atribución de la equivalencia provenga de una concreta determinación del objeto del contrato de trabajo, el legislador ha querido incluir esta figura dentro de la movilidad funcional accidental y, por lo tanto, bajo su régimen jurídico⁶⁴³. La presencia de los componentes legales y complementarios de la equivalencia es el elemento que marca la frontera entre la movilidad funcional accidental y la modificación funcional (temporal o permanente). La figura presenta rasgos de convergencia y divergencia con respecto a ambas por lo que se hace más complejo la aplicación de los límites y, en definitiva, su fiscalización. Así, se señala que el juicio equivalente tiene en común con la modificación funcional el hecho de que se trata de dos que facultan al empresario a encomendar labores distintas no sólo a las que venía desempeñando el trabajador, sino de las contratadas. Sin embargo, difieren en la

⁶⁴² Resulta por esta razón necesario recordar, el supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia. Contratada una mujer para el ensamblaje, con posterioridad la cambian hacia labores de limpieza. Para el primer tribunal (Pretore di lavoro), existía una equivalencia entre ambas categorías; para el segundo tribunal (Tribunal laboral de Milán), no hay tal equivalencia por lo que obligó a FIAT auto a asignar a la trabajadora a labores de ensamblaje “u otras equivalentes”. Se interpuso recuso de Casación por la empresa FIAT, que dio lugar al debate en el tribunal sobre el concepto de equivalencia rígidamente interpretado y aplicado por la doctrina jurídica desde comienzos de los años 70 (Sentencia nº 2691 de 24 de junio 1977 del Tribunal de Casación).

⁶⁴³ En efecto, la causa de la figura de la equivalencia se encuentra en la propia obligación laboral, en el agotamiento de una prestación y en su sustitución (por afinidad apitudinal) por otra equivalente, sin modificar el objeto del contrato. Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 39.1 y 39.2 (este último a <sensu contrario>) se resuelve que la equivalencia constituye una expresión de la movilidad funcional, que el legislador establece dentro del tipo accidental –al igual que la que se realiza dentro del grupo profesional–.

causa; al excluir expresamente el legislador la necesidad de justificación causal en la opción empresarial por la decisión de movilidad entre categorías equivalentes⁶⁴⁴.

Al incluirse dentro de la movilidad funcional accidental, remitimos a la clasificación que se realizó de los límites jurídicos de ese tipo de movilidad funcional. Por ello, entramos inmediatamente al estudio concreto de la aplicación de los mismos en el supuesto de las categorías equivalentes.

Entre los límites específicos⁶⁴⁵, contemplados específicamente para el caso de la figura de la equivalencia (art. 39. 1 ET), se encuentran los que denominamos límites técnico-funcionales; es decir, aquellos que vinculan la equivalencia al respeto de unos parámetros clasificatorios: la existencia de dos categorías equivalentes⁶⁴⁶. Estos parámetros a la vez son la condición de aplicación de ese tipo de movilidad funcional.

a) La titulación,

⁶⁴⁴. Véase Alemán Paez, F., El encuadramiento pág. 242-3. Al estar considerada la equivalencia como un supuesto de movilidad funcional le son aplicables todos sus límites –los previstos por el artículo 39 ET así como aquellos otros implícito de la movilidad funcional- y cargas. A pesar de esta uniformidad de regulativa del art. 39 ET, existen diferencias y particularidades en cuanto a los límites de cada tipo de movilidad pues, es precisamente el no poder sobrepasar los límites objetivos o no necesitar justificación lo que distingue a un tipo de movilidad de otro.

⁶⁴⁵ Son los límites exclusivamente referidos a la movilidad funcional accidental, tal como expresa el art. 39.1 ET se incluyen la titulación y el grupo o las categorías equivalentes. Su principal característica es que su incumplimiento por el empresario al ordenar una movilidad funcional que sobrepase los mismos supone realizar otro tipo o nivel de movilidad funcional y, por tanto, exigirá que el empresario cumpla con el régimen jurídico de ese nuevo tipo de movilidad. Así, cuando el empresario sobrepasa el juicio de equivalencia pasa al régimen del *ius variandi* que le exigirá una justificación causal y una temporalidad en la medida, si igualmente se incumple tales límites, se produce el cambio de régimen hacia la movilidad extraordinaria, que, por la sustancialidad del cambio permite la trabajador rescindir su relación laboral y solicitar la indemnización legal.

⁶⁴⁶ Calificación que se logra valorando el supuesto fáctico legal -los elementos legales- junto con elementos complementarios -la intercambiabilidad y el retorno- que la dan razón de ser. En efecto, aún conociendo los elementos legales -las funciones básicas de la categoría de destino, los conocimientos técnicos que la misma requiere para su desarrollo y realizar una comprobación con los que el trabajador posee-, la equivalencia de la categoría no se consigue plenamente de prestación previsible para el trabajador al que se le había asignado una categoría profesional concreta, pues el juicio de equivalencia puede más amplio que la representación de la prestación contratada.

A pesar de encontrarse dentro de la capacidad técnica⁶⁴⁷ exigida para una determinada actividad laboral⁶⁴⁸, el legislador menciona (art. 39.1 ET) como condición base de la movilidad accidental que se respeten las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral⁶⁴⁹. En efecto, una de las condiciones para la accidentalidad del cambio es el respeto a la titulación contratada (capacidad técnica o pericia). De ahí, que una titulación objetivada socialmente (título académico y profesional) marque la frontera entre la equivalencia –y grupo profesional- y el ejercicio del *ius variandi* o la modificación sustancial.

Cuando se ejercite la equivalencia, el empresario debe tener en cuenta que la limitación de la titulación se encuentra en dos planos. Por un lado, permite comprobar cuál es la titulación que se precisa y habilita para ejercer las funciones –incluso las básicas- de la categoría de destino⁶⁵⁰; por otro, su presencia complementa a los demás requisitos de cualificación que exige la equivalencia, pues la titulación sólo alcanza a la comprobación los puestos altamente cualificados donde se exija la posesión de una

⁶⁴⁷ Véase, Martínez Fons, D., «La formación profesional como límite a la movilidad funcional» en Comunicaciones a las Jornadas Tarraconenses 1997

⁶⁴⁸ Su mención -aun cuando se encuentra dentro de los contenidos del grupo profesional y de las categorías equivalentes- tiene como finalidad evitar que se ejerzan funciones sin la suficiente aptitud técnica, utilizando el empresario una aptitud del trabajador no contratada, o sobrepasando los títulos que habilitan para ejercer las profesiones (supuestos de *ius variandi*), o para mantener un nivel cultural en la empresa (sólo origina una compensación económica para mantener el equilibrio de prestaciones propio de la relación laboral). Véase, Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...*, cit., pág. 208 quien reflexiona sobre la intención del legislador al prever este límite justo en el precepto en el cual se regulan las facultades de especificación.

⁶⁴⁹ La titulación es uno de los componentes del elemento subjetivo de la equivalencia (la aptitud profesional). Expresa el complejo de conocimientos adquiridos a través de cursos (titulaciones académicas) como los traídos de la experiencia (titulaciones profesionales). La titulación necesaria para realizar una categoría se suele expresar en los contenidos descriptivos de las categorías profesionales de los convenios colectivos pues indica el potencial de cualificación que se exige que posea el trabajador para poder adscribirle a dichos referentes clasificatorios.

⁶⁵⁰ En efecto, la jurisprudencia (STSJ Madrid 9 de mayo 1995, As 2197) se ha encargado de indicar como la realización incluso de las funciones “básicas” de otra categoría exige tener la titulación que habilite su propia realización, sentencia citada por Luque Parra, M., Los límites pág. 260. Téngase en cuenta, que la limitación se produce respecto la titulación precisa y habilitante, no sobre aquellas otras titulaciones que únicamente se exigen por convenio con el designio de mantener un nivel cultural y técnico considerado como más apropiado, en estos casos, la titulación no funcionará como límite específico de la movilidad accidental, aunque se verá si existen los elementos de equivalencia incluyendo esa exigencia con el resto de contenidos de la aptitud técnica. Sobre el alcance de esta titulación con finalidad cultural, la T.S. 19-abril-96 da derecho a las retribuciones superiores, pero no impide la movilidad funcional el hecho de que el trabajador no tenga la titulación (Bachiller Superior o equivalente) exigida en el Convenio Colectivo para la categoría superior.

titulación socialmente reconocida⁶⁵¹. De ahí que, en la aplicación de la equivalencia, se complete esta limitación con una garantía⁶⁵² más amplia: el mantenimiento de la *cualificación con la que inició su trabajo*⁶⁵³.

Por último, el respeto de la titulación -la precisa o aquella otra expresada en el convenio- se encuentra estrechamente ligado con los procesos formativos simples y con la garantía retributiva, como luego se verá⁶⁵⁴.

b) la Justificación causal: aplicación graduada

El legislador ha querido configurar la facultad de movilidad descrita en el apartado primero del art. 39 ET como un supuesto de ejercicio del poder de dirección empresarial. La principal característica de este tipo de movilidad es la carencia de exigencia causal o temporal para su aplicación⁶⁵⁵. En concreto, y respecto a la ausencia

⁶⁵¹ Así no operaría, en aquellas categorías para las que no se requiere titulación oficial aunque no se respeten habilidades laborales o experiencias profesionales, marginando otros aspectos de la aptitud profesional (entendida en su modo más amplio como capacidad laboral) no certificables que si se valora y comprueba en las categorías profesionales equivalentes. La jurisprudencia anterior privilegiaba o contemplaba como más digna de protección la profesionalidad de determinados sectores, los que podríamos denominar “trabajadores intelectuales”, véase Cruz Villalón, *Las modificaciones* pág. 60.

⁶⁵² Para evitar este peligro de desprotección, y para que la tutela de la profesionalidad pueda tener un supuesto práctico y positivo, apareció dato fundamental delimitador de la prestación debida: los derechos profesionales del trabajador.

⁶⁵³ Mantenimiento que no significa en modo alguno una petrificación de su cualificación, sino al contrario, garantizar un mínimo de cualificación que podrá (debería) ir incrementándose durante el transcurso de la relación laboral y, en cuanto a nosotros nos afecta, con la valoración y realización de las nuevas categorías asignadas. Consecuentemente, nos encontramos frente a la profesionalidad en su perspectiva dinámica; como una institución de interés público al requerir una determinada titulación académica o profesional para poder realizar las labores de otra función o categoría, se debe a un interés o beneficio para el trabajador.

⁶⁵⁴ En efecto, se preguntará cuando la posesión de la titulación se retribuye y las garantías retributivas al respecto, adelantar que esta idea tiene relación con el principio de equilibrio en las contraprestaciones en el sentido de admitir si el empresario, tras realizar el cambio funcional, puede ampararse en la falta de posesión de la titulación exigida para abonar el salario adecuado a las funciones equivalentes o las superiores realizadas.

⁶⁵⁵ Luque Parra, M., *Los límites* pág. 37. Con ello (la falta de justificación), no se está afirmando que existen comportamientos empresariales a causales entendidos como un espacio de absoluta libertad jurídica para que se altere la relación laboral que se pactó, sino que aún estando todas las manifestaciones de los poderes empresariales sometidas a la existencia de una causa directa o indirectamente organizacional que la justifique en aras de no incurrir en comportamientos arbitrarios, esta causa –en determinados supuestos– no viene exigida legalmente por lo que se facilita formalmente la actuación empresarial. (cursiva nuestra)

de causa, se ha dicho⁶⁵⁶ que no es que estemos ante una opción empresarial “acausal” entendida como espacio de absoluta libertad jurídica para realizar la movilidad funcional, sino que el ordenamiento laboral no va a fiscalizar ex-ante –exigiendo una justificación causal– una decisión empresarial de movilizar entre categorías que deben entenderse equivalentes y, será respecto a sus consecuencias sobre la relación laboral cuando posteriormente se efectúe tal control⁶⁵⁷.

En efecto, desde el ET no existen unas causas organizativas o técnicas que motiven la opción por la equivalencia y que, al desconocerlas, suponga sobrepasar un tipo de movilidad o su incumplimiento acarree la posibilidad de rescisión del contrato por el trabajador. Sin embargo, no se ignora que con su utilización debe establecerse una relación causal entre uno y otro plano. Por ejemplo, la garantía de indemnidad por ineptitud motivado por el cambio funcional⁶⁵⁸. Si bien una empresa cambia a un trabajador no diligente con el objetivo de que aumente su ineptitud en las nuevas funciones básicas de la categoría de destino, está claro que lo podrá hacer si concurren los elementos legales, pero esta causa no podrá ser aplicada para justificar un despido basado en ineptitud del trabajador, pues se requiere una situación no motivada por el propio cambio funcional⁶⁵⁹. Este control a posteriori que se aprecia claramente en este caso es el que muestra como existe una causa interna directamente organizativa o reestructuración que impulsa a la opción de la equivalencia, excluyendo –por la prevención a una fiscalización posterior– otras causas que no son suficientes para justificar la aplicación de la equivalencia⁶⁶⁰. En efecto, este control posterior está

⁶⁵⁶ STSJ de Galicia de 7 de junio de 1996 (As 1770). “...La facultad que al empresario otorga el art. 39.1, no exige de aquél la demostración total de que la medida no es abusiva sino que corresponde al trabajador acreditar que lo es.” (cursiva nuestra)

⁶⁵⁷ Como se sabe, la redacción del apartado 1 del artículo 39. ET que no establece ninguna condición a su ejercicio relacionado con necesidades empresariales técnica u organizativas. Dichas causas sólo aparecen en el apartado segundo para el supuesto del ius variandi. La ubicación de la figura y su carácter “sui generis” al permitir el cambio de categoría inicialmente asignada pero con otra equivalente, obligan a preguntarse sobre la posibilidad de establecer unos límites internos (materiales) que garanticen que con esta sustitución equivalente se respeta la buena fe y la interdicción de la arbitrariedad empresarial al ser él empresario el que valora la equivalencia.

⁶⁵⁸ Otro ejemplo expresivo sería la sustitución equivalente en el momento de la huelga, la facultad de sustitución no precisa justificación, por ello, la causa debe fundarse en causas organizativas –si se quiere inferiores o de menor entidad que en el supuesto del ius variandi– pero, en todo caso que no deje lugar a dudas que la intención del legislador no era evitar los efectos de la huelga

⁶⁵⁹ Art. 39.3 ET. “.. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de faltas de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.”

⁶⁶⁰ En efecto, la utilización de la equivalencia no exige causa. Así, una empresa que quiere eliminar un complemento retributivo de un puesto de trabajo de la categoría inicialmente asignada por lo cual utiliza la equivalencia, cobrando el

cercano al ejercicio regular de los poderes de dirección, al respeto a la buena fe y a la no discriminación⁶⁶¹.

En la actualidad, se viene reflexionando sobre la posibilidad de aplicación gradual de aquellos otros límites de presentes para la movilidad funcional si reúnen la misma relación de causa-fin con la figura que más se asemeja: el *ius varindi*. Conforme a esta idea, habría una explicitación de las causas organizativas y técnicas escalonada⁶⁶². De manera que en el caso de la equivalencia sería algo *más débil* que la exigida para el *ius variandi*, pero una necesidad de causa porque existe un cambio de la categoría profesional asignada: del acuerdo sobre el objeto determinado inicialmente. Sin embargo el ET no menciona ni directa ni indirectamente la necesidad de causa alguna necesaria para traspasar la categoría inicial y encomendar las tareas de otra equivalente.

Desde un punto de vista dogmático, la causa de la equivalencia se encuentra en esa exigencia de innovación tecnológica en el plano funcional que indicaba la Exposición de Motivos de la reforma laboral de 1994, esto es, el agotamiento funcional de las categorías para mantener una relación productiva duradera en la empresa actual cambiante pero dentro del programa funcional que puede prever un trabajador⁶⁶³. De tal forma, que es la sustitución en el momento de agotarse la categoría inicial la forma de cumplir con el programa del contrato y de su marco de cualificación profesional. Sustitución sólo justificada en la necesidad continuar con una utilidad equivalente de la relación laboral tanto para el empresario como para el trabajador.

Por su parte, la jurisprudencia no realiza una clara separación de los tres tipos de movilidad funcional, por lo que existen resoluciones que exigen que el cambio

trabajador en función de las tareas que efectivamente realiza, posteriormente la empresa lleva a cabo el regreso del trabajador a su categoría inicialmente asignada pero sin el complemento bajo la justificación que realizará las básicas de otra nueva categoría. Esta causa no será suficiente para justificar la eliminación.

⁶⁶¹ Esta causa, cercana al la interdicción del abuso de derecho. Véase Martínez Abascal, V.A., cit., pág. 99,

⁶⁶² Bajar el nivel de exigencia con el objetivo de no interferir en este poder directivo y por las bajas consecuencias laborales que origina un cambio entre categorías bajo el juicio correcto de respeto a la profesionalidad del trabajador. Sobre el escalonamiento, véase Luque Parra, Los límites p 299 y ss

⁶⁶³ Véase en Documentación nº 114 Vol 1 pág. 442 ss preparada por el Servicio General del Congreso de los Diputados 1994 “...la reforma busca equilibrar —desde un punto de vista técnico-jurídico— las exigencias de innovación tecnológica y flexibilidad organizativa, sin que ello supusiera un detrimento de las garantías del trabajador”. Es decir, la equivalencia “permite adaptar —sustituir— las funciones inicialmente fijadas a las nuevas necesidades productivas” de la empresa

funcional tenga una necesidad empresarial como causa objetiva -si bien ninguna de las resoluciones enjuician un supuesto de movilidad entre categorías equivalentes⁶⁶⁴-.

Los Convenios Colectivos han incluido cargas a la opción empresarial por la equivalencia, imponiendo comunicación al respecto. El carácter de norma de derecho necesario relativo permite tales concreciones, pero con estas cláusulas convencionales el supuesto de hecho lo determina y valora el empresario, que puede realizar la movilidad equivalente pese a no informar al comité de empresa, pues su sanción es autónoma y no supone exigencia de causa sino deberes de información sobre los cambios organizativos en la empresa⁶⁶⁵.

Para que pudiera existir una verdadera previsión causal serían precisas cláusulas del tipo “la asignación al trabajador de una nueva categoría equivalente exigirá encuadrarse dentro de supuestos plurales de reorganización” o “necesidad organizativa de la empresa” o “necesidades circunstanciales”, “inexistencia definitiva de puesto de trabajo”, “necesidades causales inferiores a las previstas en el art. 39.2 ET” ,etc.

c) La temporalidad de la movilidad entre categorías equivalentes

Nada señala respecto a la duración el artículo 39.1 ET; por tanto, no es preciso que la equivalencia atienda a situaciones de necesidad organizativa transitoria o imprevistas. La duración en el desarrollo de las funciones de la nueva categoría podrá responder tanto a necesidades temporales como indefinidas⁶⁶⁶. El control suave a posteriori sobre la causa de la equivalencia evita supuestos en los que, aun disponiendo de la causa que justificaría la aplicación del ius variandi (y por tanto asignar cualquier categoría profesional sin necesidad de buscar su equivalencia), recurren a la misma ante el requisito de la temporalidad que impone el art. 39.2 ET, pues acerca la figura al abuso de derecho⁶⁶⁷. Son los cambios de poca duración los que mayor repercusión negativa

⁶⁶⁴ STSJ Navarra de 27 abril de 1992 (A1821). En igual sentido STSJ Andalucía Sevilla, de 21 marzo 1995 (1188)

⁶⁶⁵ Es decir, no se puede acudir a la vía jurisdiccional solicitando la revisión de la valoración que en la comunicación realiza. Y, de no realizar comunicación se reclamará por ese incumplimiento no por la ausencia expresa de causa en el cambio llevado a cabo por la empresa.

⁶⁶⁶ Véase Martínez Abascal, V.A., cit., pág. 106,

⁶⁶⁷ Si bien puede ser extraño utilizar la equivalencia para situaciones imprevisibles y breves, pues se tiene abierta la posibilidad del ius variandi, la ausencia de justificación e incluso comunicación a los representantes de los trabajadores puede ser una causa para la utilización de la equivalencia, e incluso para prever su continuidad. En efecto, tal sería el caso de un supuesto inicial de ius variandi que busca posterior amparo en la equivalencia para posibilitar una posterior

producen en la formación del trabajador aunque se den los elementos de la equivalencia. De aquí deriva que se deban extremar las garantías para el trabajador, tales como la intercambiabilidad⁶⁶⁸. Situación que puede ocurrir en los cambios funcionales continuos en el seno de la empresa y la presencia por cortos periodos de tiempo en multitud de puestos en la empresa pueden, como decimos, lesionar la formación y promoción profesionales⁶⁶⁹.

Consecuentemente, la exigencia de una tutela de la profesionalidad dinámica impone la exclusión de la movilidad equivalente en supuestos donde no existe una estabilidad mínima para valorar que se posee la aptitud fruto de una habitualidad en la realización de su especialidad profesional que le permitirá desarrollar las funciones de otra categoría. En condiciones de prestación inestables no se puede apreciar ni realizar mínimamente las específicas competencias técnico-profesionales de la categoría de origen. Por tanto, no sólo debe existir un tiempo mínimo sino también una efectiva realización. (con lo que se evita, que el empresario construya “un puente” para saltar de unas a otras categorías, sin haber tenido la suficiente experiencia. Esto no ocurre en la

continuación dado su cualidad de equivalencia. En estos casos, existiría un perjuicio sobre su promoción y formación profesional del trabajador, téngase en cuenta que aun sin sobrepasar los límites de la equivalencia se hace regresar al trabajador a su anterior categoría para luego encomendarle definitivamente las tareas básicas de una función que durante un tiempo ya realizó. Véase la STSJ Galicia de 28 de marzo de 1996 (Ar. 1852) “... No se trata de que un Jefe no pueda ser destinado momentáneamente a realizar estas funciones en casos de necesidad, como en la sustitución, sino de que son funciones inferiores que implican una movilidad vertical descendente que sólo pueden durar el tiempo necesario para solventarla (art. 23.4), pero que no autorizan a mantenerlo permanentemente asignado a tal puesto de trabajo -como se declara probado-, pues ello redundaría en perjuicio de su formación y promoción profesional.”

⁶⁶⁸ En efecto, es la relación entre la necesidad empresarial y la propia provisionalidad del *ius variandi* la que justifica tal cambio. En cambio, la equivalencia desprovista ad-initio de razón expresa que se deba justificar no debería revelar signos de provisionalidad en perjuicio de la profesionalidad del trabajador, de ahí que no se deba esperar a su lesión definitiva para exigir una duración mayor del cambio si de la corta duración de las funciones a realizar se observa un indicio cierto de desprofesionalidad.

⁶⁶⁹ Es cuestionable el ejercicio del *ius resistendae* por el trabajador y someter, por tanto, a condición la realización de funciones de la categoría de destino. Es decir, cuánto tiempo debe permanecer el trabajador en la categoría de destino. El juicio de aptitud profesional respecto a las funciones básicas ¿queda inalterado para posteriores cambios o se encuentra vinculado a posteriores especificaciones dentro de la categoría de destino?. Aquí, igualmente, corresponde realizar un juicio de razonabilidad. Una posibilidad sería vincular el cambio a que el trabajador ya realice las funciones de la categoría de destino de forma y manera habitual, es decir, que sean las propias de su categoría. En resumen, podíamos entender que con la equivalencia se obtiene que todas las condiciones de trabajo sean las aparejadas a la categoría que realiza y al puesto de trabajo.

polivalencia explícita (art. 22.5); donde no se comprueba si realiza cualesquiera de las otras funciones.⁶⁷⁰

4.2. Exigencias legales en la movilidad entre categorías equivalentes.

a) La carga de la garantía retributiva equivalente

Esta carga⁶⁷¹ –enunciada expresamente en el apartado 3 del art. 39 ET⁶⁷²- garantiza al trabajador movilizado que, al menos conservaría la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional. Apartado 3 del art. 39 ET que se dirige a regular los poderes organizativos del empresario y, por ello, los límites allí establecidos sólo son oponibles frente a los cambios impuestos unilateralmente por el empresario⁶⁷³.

Dentro de este apartado 3 del art. 39 ET que pretende más bien establecer las garantías de todos los cambios unilaterales independientemente de que éstos sean principales o accesorios, impliquen modificación de la relación o sean meras especificaciones internas de la relación laboral, y así se deduce de la imperatividad de la redacción con que establece el derecho del trabajador a no experimentar perjuicio económico a causa de la movilidad funcional⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Traemos una sentencia T.S. J Castilla-León 24-abril-98 (NormCEF) que limita esa posibilidad de saltar a realizar la movilidad sin haber llevado a cabo funciones iniciales.: Readmisión manteniendo la identidad esencial del objeto contractual (prestaciones de administrativo), pudiendo aplicar la empresa la movilidad funcional sólo cuando se hubieran restablecido las funciones propias de su puesto y no, como en el caso que nos ocupa, cuando iba a llevarse a cabo la readmisión.

⁶⁷¹ Dogmáticamente no constituye un límite objetivo a la movilidad funcional sino una carga que pesa sobre el empresario. Esta distinción tiene evidentes efectos derivado de su incumplimiento tanto en el plano sustantivo así como en el plano procesal.

⁶⁷² Su redacción es semejante a la del art. 23.4 ET/80 Para el caso de movilidad funcional descendiente

⁶⁷³ En efecto, no parece que sea aplicable tal garantía retributiva a los supuestos de cambios funcionales pactados por ambas partes, pues lo contrario, es decir defender tal garantía en los acuerdos novatorios, como señala Cruz Villalón, 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 (Cruz Villalón, J., Las modificaciones..., cit. Pág. 341).

⁶⁷⁴ En efecto, es un derecho del trabajador individualmente considerado que no alcanza a sus compañeros en la misma sección. En este caso sería relevante (y justificada) la diferencia retributiva con sus compañeros pese a realizar las mismas funciones porque existe un principio de consideración de status. Véase la ST.S. J Cantabria de 4.10.1999 se aprecia como un funcionario cuya categoría de origen es del nivel D, es asignado, por enfermedad de un trabajador del nivel E, conservando las retribuciones de origen pese a trabajar en el nivel E. Por eso no puede prosperar que sus actuales

Entrando en el fondo de la discusión sobre cuál sea el contenido de la garantía retributiva reconocida a todos los supuestos modificativos, se establece una regla general: los derechos retributivos comprenden las cantidades según las funciones que efectivamente realice y, una regla especial: se mantendrá el salario de su categoría de origen si el cambio es a un puesto inferior.

Esta carga, como creemos, pesa sobre todos los supuestos de movilidad funcional. Es cierto, sin embargo, que puede pensarse que su aplicación en los supuestos de movilidad entre categorías profesionales equivalentes sería marginal o escasa dado que el trabajador tiene derecho a un tratamiento normativo en correspondencia con la nueva categoría profesional equivalente y, por tanto, al nivel salarial fijado de la misma. A nuestro modo de ver la solución no es tan sencilla puesto que al trabajador, si bien se le reasigna una nueva categoría profesional, en la práctica realiza las funciones “básicas” de la misma, por lo que se plantea la duda si la retribución será conforme a la categoría de las funciones que efectivamente realiza o se mantendrá la retribución de su categoría de origen que pudieran ser, por ejemplo, más elevadas.

A nuestro modo de ver, no supone una extravagancia aplicar esta garantía a los supuestos del art. 39.1 ET⁶⁷⁵, pues debido a vinculación de la retribución con los distintos puestos de trabajo (a través de los niveles retributivos) se puede producir un perjuicio retributivo en los trabajadores movilizados dentro del grupo profesional o entre categorías equivalentes.

La garantía retributiva estaba pensada para situaciones de descenso profesional, donde el trabajador que realiza provisionalmente una categoría inferior a la asignada vería mantenida su antigua retribución⁶⁷⁶. El único problema que se planteaba era respecto a los complementos por puesto de trabajo de aquella categoría que ya no se

compañeros del nivel E reclamen igual retribución que el trasladado, ya que aún estando en el mismo puesto de trabajo, proceden de categorías distintas.

⁶⁷⁵ En este sentido, Rivero Lamas «la movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994» REDT nº 67 pág. 709) “... el art. 39.3 ET es inequívocamente de aplicación” Igualmente, Luque Parra, M. Los límites ... p 191y ss, En contra, Conde Martín de Hijas, V., Clasificación... pág. 246

⁶⁷⁶ El “carácter sinalagmático” de contraprestaciones que contiene la relación laboral, una justicia objetiva y la terior del abuso de derecho buscan evitar el enriquecimiento injusto por alguna de las partes que trate de obtener ventajas con la modificación funcional. Estos principios se positivizan en esta garantía retributiva.

realiza y si se debían mantener⁶⁷⁷. La reforma de 1994 legaliza las interpretaciones jurisprudenciales mayoritarias⁶⁷⁸.

La carga retributiva que pesa sobre el empresario con la realización de la movilidad funcional se resuelve en un doble plano: garantizar los derechos retributivos de las funciones que efectivamente realice o, mantener el salario de su categoría de origen si el cambio es a un puesto inferior⁶⁷⁹. Que se corresponden con un *ius variandi* ascendente o genérico, realizando funciones superiores a la categoría inicialmente asignada, y *ius variandi* descendente, realizando funciones de categoría inferior a la inicialmente asignada, respectivamente. De entenderse así, solo existe la aplicación de la garantía del primer supuesto (*ius variandi* genérico) para un cambio que no es ni ascendente ni descendente sino entre categorías equivalentes⁶⁸⁰. Y, por tanto, la retribución de (la categoría) las funciones que realice⁶⁸¹. ¿Qué ocurre si la retribución de la categoría de origen era mayor que la nueva categoría equivalente asignada? En efecto, al vincularse el salario con la realización de determinado puestos y no sólo con la retribución base de la categoría profesional puede suceder que en computo general el trabajador movilizado vea perder retribución por un cambio que en principio debía ser equivalente (también económicamente). La respuesta –conforme a la calificación de garantía en la

⁶⁷⁷ GÁRATE los concretó en las siguientes partidas, 1) mantenimiento del salario base, 2) los complementos extrasalariales si continúan las causas que los originan en el nuevo puesto, 3) los complementos ligados al anterior puesto no se conservan ni aquellos ligados la cantidad o calidad de producción, 4) sobre los personales se conservarían aunque no se utilizasen en las nuevas funciones.

⁶⁷⁸ Para conocer la respuesta judicial adoptada en el supuesto concreto al *ius variandi* descendente, véase: Toscani Giménez, D., «Sobre la interpretación jurisprudencial del concepto normativo de retribución de origen en la movilidad funcional descendente: a propósito de las SST.S. de 25 de febrero y 7 de julio de 1999» A. Social nº 1 (2000), donde se analiza la jurisprudencia anterior a la reforma que se mantiene en estas dos últimas sentencias analizadas, a pesar de, la necesidad de adaptarse a la nueva regulación. (Tal línea jurisprudencial entendía que los complementos salariales de puesto de trabajo no son consolidables ya que por su propia función retributiva está ligados al desempeño de un puesto de trabajo ST.S. 27-julio-1993)

⁶⁷⁹ En la ST.S. J Cantabria de 4.10.1999 se aprecia como un funcionario cuya categoría de origen es del nivel D, es asignado, por enfermedad de un trabajador del nivel E, conservando las retribuciones de origen pese a trabajar en el nivel E. Por eso no puede prosperar que sus actuales compañeros del nivel E reclamen igual retribución que el trasladado, ya que aún estando en el mismo puesto de trabajo, proceden de categorías distintas.

⁶⁸⁰ En contra, Toscani Giménez, D., «La interpretación jurisprudencial... cit. pág. 62; "... existe la posibilidad de una movilidad funcional ascendente o descendente en el ámbito del grupo o entre categorías equivalentes .

⁶⁸¹ Otra interpretación, al igualar la equivalencia al grupo profesional, es la que ofrece la sentencia del Juzgado de lo Social nº 34 Madrid de 6 noviembre 1998, y por la cual, la realización de tareas equivalentes no conlleva modificación del salario. "... todos los empleados integrados en un grupo profesional pueden llevar a cabo las diversas labores propias de su actividad genérica sin que ello provoque un incremento del salario".

equivalencia— nos lleva a negar la consideración de la retribución de origen, pues no es posible una interpretación de las garantías en clave alternativa, pues ello vendría a establecer una carga al empresario de averiguar qué cantidad es mayor y garantizarla — como condición más beneficiosa de origen legal—. Para que se diera esta situación sería preciso que así se estableciera en el contrato de trabajo (condición más beneficiosa de origen contractual) o en los convenios colectivos (condición más beneficiosa de origen convencional)⁶⁸². Consolidación de algunos complementos salariales que de otra forma no se daría (arts. 39.3 y 26.3 ET)⁶⁸³. Los ejemplos de cláusulas convencionales son bastante pocos al respecto, ...« conservará la retribución correspondiente... a la categoría que efectivamente desempeñe...»⁶⁸⁴ «...las funciones que efectivamente...» o «...las funciones que realmente hubiese realizado...»⁶⁸⁵. Igualmente para aquellos acuerdos retributivos (acuerdo de la empresa autónomos) en ámbitos de clasificación profesional por categorías⁶⁸⁶

La anterior interpretación —respecto al mantenimiento de las condiciones retributivas de la categoría equivalente de destino— es conforme con la línea jurisprudencial que evita un fraude de ley en la utilización de la equivalencia⁶⁸⁷ donde se considera que

⁶⁸² Desde un plano estrictamente dogmático el resultado es el mismo, existe una sustitución de la categoría por otra equivalente e intercambiable, de forma que el empresario asignaría esta nueva categoría a un trabajador con la misma cualificación que la que posee el trabajador, la causa de la movilidad equivalente no se encuentra en una causa económica de la empresa (reducción de costes de los complementos de los puestos de trabajo actuales que se deben negociar en el plano colectivo) como en una causa organizativa: el agotamiento de la utilidad laboral real y inmediata de las funciones de la categoría asignada.

⁶⁸³ El art. 26.3 ET in fine establece que como regla general —esto es, si no se pacta lo contrario— los complementos de puesto de así como los de situación y resultados de la empresa no son consolidables.

⁶⁸⁴ Convenio Colectivo de Ediciones Primera Plana (BOE) La movilidad en el desempeño de funciones distintas a las de la categoría del trabajador deberá, en todo caso, respetar la dignidad del trabajador y no suponer ningún perjuicio para su formación o promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente desarrolle, salvo en los casos de realización de trabajos de categorías inferiores, en los que mantendrá la retribución de la categoría de origen.

⁶⁸⁵ Art. 22 Convenio de Empresas de Trabajo Temporal (Boe) El personal de puesta a disposición que fuera objeto de movilidad funcional a instancia de la empresa usuaria donde presta actividad laboral, habrá de comunicarlo a su empresa de trabajo temporal con la máxima diligencia y celeridad, sin perjuicio del derecho a percibir la retribución correspondiente a las funciones que realmente hubiere realizado, salvo que se tratara de funciones de un grupo profesional inferior, supuesto éste en el que mantendrá la retribución de origen.

⁶⁸⁶ Véase el convenio de Endesa (anexo II)

⁶⁸⁷ Tal supuesto se consideraría abuso de derecho y fraude de Ley. Empresario que a sabiendas moviliza a un trabajador a una categoría equivalente faltando una titulación cultural (sin repercusión en sus conocimientos técnicos y en la aptitud para desarrollar las funciones de otra categoría) de esa categoría de destino, y con el objeto de no retribuirle al carecer una de las titulaciones exigidas en esa categoría. Sin embargo, la jurisprudencia admite esa negativa a la

existe aptitud técnica pese a no tener los títulos de interés exclusivamente cultural, y en base a su falta el empresario niegue la retribución de la categoría que realiza⁶⁸⁸.

b) La exigencia de igualdad de trato en el juicio de equivalencia de categorías

El principio de igualdad de trato, supone un meta-principio que sirve como razón justificativa que contempla la prohibición de discriminación como un derecho laboral (el art. 4.2 c ET expresa el derecho a no ser discriminado), en las relaciones laborales (art. 17), en los ascensos (art. 24) o en la remuneración (art. 28). Tal principio en el ejercicio de los poderes empresariales se encuentra en el ET vinculada⁶⁸⁹: con art. 20.2 ET dado sobrepasa su ejercicio regular para suponer una transgresión de la buena fe contractual, e igualmente, vinculada indirectamente con el art. 4. 2 e) ET que regula entre los derechos básicos del trabajador: la no discriminación y la garantía de indemnidad.

El principio de igualdad de trato en el ámbito laboral se disocia de la prohibición de discriminación⁶⁹⁰ y se analizan como previsiones autónomas. En efecto, al no mencionar expresamente el ET una igualdad de trato entre todos los trabajadores⁶⁹¹.

retribución cuando (STS 12 febrero 1997) falten las titulaciones precisas “..no tiene derecho al salario (superior) el trabajador al que le falta la titulación específica y necesaria (titulación estatal no meramente cultural) de la categoría superior”. En igual sentido la STSJ And. 16 de noviembre 1999 (ED 39576) permite sobrepasar la titulación exigida por el convenio que sea sólo para homologar nivel cultural de la plantilla, de forma que esa circunstancia no impide percibir las superiores retribuciones. ST.S. J Madrid 14-octubre-98 (NormCEF) La falta de título académico sólo impide el ejercicio de una actividad profesional cuando es habilitante para la misma, pero no cuando únicamente se requiere una formación “adecuada”.

⁶⁸⁸ Sobre la tutela el trabajador dispondrá de una acción para reclamar las diferencias retributivas pero no un derecho subjetivo a la retribución. Acción sujeta al plazo de prescripción para reclamar general de reclamaciones de cantidad de un año.

⁶⁸⁹ López-Tarruella, La modificación sustancial pág. 223

⁶⁹⁰ Entendiendo que no es aplicable la igualdad de trato en las relaciones entre particulares sino de su aspecto de no discriminación causalizada o cuando existe una norma particular expresa en ese sentido pero no de forma generalizable. Pues iría contra el principio de la autonomía individual. De esta forma, el principio de igualdad que establece el art. 14 CE se aplica a los Poderes Públicos (incluyendo a la administración cuando actúa como empresario) y a las normas jurídicas (incluyendo los convenios colectivos). Así se indica, como al situarse en el marco de las relaciones particulares, dicho principio constitucional podrá tener un alcance menor que en un marco público (art. 14 CE y sobre todo el art. 9 CE la impuesta a los poderes públicos) pero, necesariamente reconocible e identificable en un actuar empresarial no discrecional y sometido al respeto de la igualdad de trato que se deriva de ese principio constitucional.

⁶⁹¹ STS 17.5.2000 “...Esto (el valor normativo del convenio colectivo) no sucede con las actuaciones singulares de los empresarios privados que corresponden al marco de la autonomía privada -art. 3.1 c) ET 1995 - y no están vinculadas al cumplimiento del principio de igualdad del art. 14 CE, aunque puedan estarlo en función de otras normas que impongan

Sin embargo, la regulación que realiza el legislador apunta a entender como discriminación no sólo las decisiones empresariales donde se encuentran presentes algunos de los elementos tipificados expresamente como discriminatorios por ser factores típicos de exclusión y marginalización en las relaciones laborales, sino también cualquier actuar que produzca desigualdad, es decir, aquel acto empresarial desprovisto de una justificación objetiva y razonable⁶⁹².

La aplicación de esta actuación desprovista de justificación objetiva o razonable se suponga desigualdad así como aquella otra fundada en alguna de las causas típicas de discriminación en la movilidad equivalente, actúa de forma diversa, en el primer caso el empresario deberá probar que la diferencia de trato es razonable, y en el segundo caso, en el de una supuesta discriminación, imponiendo al empresario que justifique que su decisión está libre de toda relación o referencia con la causa de discriminación⁶⁹³.

La movilidad funcional equivalente también puede dar origen a supuestos de discriminación basados en la desigualdad injustificada. En efecto, la desigualdad consecuencia de la movilidad se presenta como una situación de hecho: la variación en las funciones (condiciones de trabajo) del trabajador y no las de otro que conservará las mismas funciones de la categoría profesional a la que ha sido inicialmente asignado⁶⁹⁴;

la necesidad de un trato igual”. Continúa la sentencia... No existe duda en la aplicación de la prohibición discriminatoria en las relaciones laborales, más dudosa es la aplicación del principio de igualdad condicionada a que así se derive de una norma jurídica concreta que imponga su aplicación. En palabras de la Sentencia: “...Ello es así porque el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales, salvo cuando la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la CE o por el ET (En igual sentido se citan las sentencias del TS 17 Octubre 1990 y 23 Septiembre 1993)”.

⁶⁹² Rodríguez-Piñero, M, Art. 17 ET Comentarios a las Leyes Laborales EDERSA 1983 pág. 424. Con esta opinión el estudio de la discriminación se hace más rico y completo.

⁶⁹³ Se ha tomado en consideración en el ejercicio del cambio funcional por la empresa el retraso en el cumplimiento de sus funciones propias y no la afiliación sindical del trabajador. situación que rompe la causalidad no constituye discriminación. STSJ de Galicia 17 de abril 1998 (Nomacef). En este sentido, es conocida la jurisprudencia del TCT que señala que los representantes (legales ni sindicales) de los trabajadores no gozan de especiales garantías en los cambios funcionales, salvo que sea discriminatoria. Sentencias: 15 de enero 1988, 13 de noviembre y 11 de marzo de 1987 (entre otras).

⁶⁹⁴ La opción por la equivalencia entre categorías es un acto empresarial que, en principio, puede encerrar un trato desigual en las condiciones laborales del trabajador movilizado frente al resto que no se han visto afectados de ahí que se precise ver en esa desigualdad una intención empresarial alejada de todo móvil discriminatorio y sin razón que motive tal tratamiento dispar. La TSJ de Madrid, 21 de septiembre de 1999 (ED 37438) considera que la empresa al impedir la rotación de la trabajadora y fijarla a un puesto de trabajo concreto supone una auténtica represalia.

diferenciación laboral directamente ejecutable por el empresario, -al no regir enteramente el principio de igualdad de trato en las relaciones entre privados-, pero fiscalizable a posteriori⁶⁹⁵. En efecto, en el ejercicio de la equivalencia sobre un trabajador y no sobre otros bajo las mismas circunstancias deberá estar provista de una justificación objetiva (decisión de cambio alejada de cualquier tipo de consideración en las situaciones tipificadas en la persona del trabajador) y razonable (decisión de cambio producto de circunstancias organizativas, técnicas o productivas).

Eliminados los supuestos claros donde la elección del trabajador se encuentra viciada por basarse en alguna de las condiciones prohibidas, el examen del móvil discriminatorio en la elección de los trabajadores afectados por el cambio funcional equivalente⁶⁹⁶, se centrará en la corrección de la valoración empresarial de los elementos diferenciadores adoptados, y si esos se corresponden con los que efectivamente tenía que valorar: los conocimientos técnicos de los posibles candidatos y la razonabilidad del cambio equivalente⁶⁹⁷.

Como ejemplos de la valoración de la discrecionalidad del empresario tenemos, para el primer supuesto (justificación objetiva), la toma en consideración (por el empresario y por el convenio colectivo) de la fuerza física –como factor decisivo cuando no es más que una parte del conjunto de conocimientos– relegando la otras capacidades laborales del trabajador que permiten igualmente el desarrollo de las funciones de esa categoría (toma en consideración indirectamente el sexo del trabajador, fenómeno denominado masculinización de categorías profesionales o puestos de trabajo⁶⁹⁸). Para el segundo supuesto (auténtica necesidad técnica, organizativa), la elección de un sujeto en las

⁶⁹⁵ Está justificado el cambio funcional de un liberado sindical al que se le facilita con esa movilidad su actuación si se le aparta de funciones por discrepancia con trabajador TSJ Andalucía 31 de marzo de 1998. Igualmente, STSJ de Madrid, de 17 de octubre 1997 (As 7949) La empresa aporta suficientes pruebas que rompen la causalidad entre la huelga realizada por el trabajador y el cambio, por lo que no existe discriminación en el cambio funcional

⁶⁹⁶ En efecto, toda elección supone particularismo, en principio reñido con la idea de generalidad del principio de igualdad, en efecto, estamos ante la elección de un trabajador de una lista de iguales. No existe discriminación cambio de funciones, establece la T.S. J Cantabria 1 de octubre 1999 (ED 40079), cuando la nueva actividad en la empresa exige cambios funcionales a todo el personal que varían sus funciones para reestructurarse.

⁶⁹⁷ La decisión (y elección) no tiene porque ser discriminatoria si el empresario conforme a unas caracteres “relevantes” considera preciso el ejercicio de la movilidad sobre ese trabajador, siendo la clave la legitimidad de los tratos diferenciados. Sobre la legitimidad o relevancia de la decisión, véase, Rodríguez-Piñero, M., El Principio de Igualdad y las Relaciones Laborales En Revista de Política Social n 121 pág. 390.

⁶⁹⁸ Véase el estudio sobre el sector textil UGT. Una perspectiva sociológica, Bilbao, A “El proceso de trabajo en las Artes Gráficas” En la revista Sociología del Trabajo nº 9 1999;

reestructuraciones basada en un criterio neutro –como puede ser el apellido– pero, sin razonabilidad productiva sino meramente numérica.

Asimismo, dentro de la categoría discriminatoria, pero con una especificidad singular, se encuentra la objeción de conciencia en relación con las tareas de una categoría equivalente. En principio el trabajador debe realizar todas las tareas comprometidas en su contrato⁶⁹⁹, pudiendo haber previsto las partes del contrato la exención de alguna tarea profesional por razones de conciencia incluso con anterioridad a la que la misma pueda plantearse en la práctica o venir ya previsto por la legislación de aplicación a un determinado colectivo de trabajadores⁷⁰⁰. Y en sentido contrario: sería nula de pleno derecho⁷⁰¹ una cláusula contractual u orden empresarial que impusiera al trabajador la realización de ciertas prácticas religiosas en la ejecución de su tarea⁷⁰² o con anterioridad a la misma⁷⁰³.

En efecto, aunque el empresario tiene derecho a exigir todas las prestaciones contractuales, si alguna de ellas le puede causar conciencia moral la mejor adecuación organizativa y la buena fe contractual exigiría una atención por el empresario (además de falso problema⁷⁰⁴, muy peligroso esta tesis (se hace otra discriminación aunque sea

⁶⁹⁹ En la doctrina, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia” señala que “Los motivos de conciencia no liberan a los ciudadanos de los deberes laborales que derivan de un contrato libremente aceptado por el trabajador, y que son deberes que la persona conoce y voluntariamente asume”. La jurisprudencia, en este caso constitucional, precisa el alcance de la objeción en relación con la prestación en los siguientes términos: “En relación con mandatos legales o deberes constitucionales o subconstitucionales, la libertad de conciencia no es por sí misma un motivo suficiente para el incumplimiento de los mismos so pena de relativizar los mandatos jurídicos”. (STC 160/1987, de 14 de mayo).

⁷⁰⁰ Expresamente, en el art. 20 de la CE 1978, al objeto de posibilitar la ruptura del vínculo contractual más que a facultar un *ius resistentiae* fundado en motivos ideológicos o de conciencia con la nueva línea editorial. Otros colectivos, con previsiones sobre motivos deontológicos o éticos-profesionales para negarse a realizar alguna tarea, El RD del Abogado y el RD del Personal sanitario.

⁷⁰¹ Fernández, R., Tascón, R., Álvarez, H., y Quirós, J.G., “Credo religioso y prestación laboral” en Rev. Trabajo y Seguridad Social. CEF núm. 284/06 pág. 15. Para estos autores, la cláusula sería nula de pleno derecho, teniéndose por no puesta y siendo sustituida por los preceptos jurídicos apropiados, conforme la aplicación de lo previsto en el art. 9 del ET.

⁷⁰² Habiéndose reconocido recientemente el derecho a la objeción, en relación con la resistencia y desobediencia de un policía municipal a la orden de participar en la procesión de semana santa en tareas diversas a las propias de garantizar el orden y la convivencia ciudadana y siendo la finalidad de la intervención de la policía local en dicho acto contribuir a la solemnidad religiosa del acto. (STC 101/2004, de 2 de junio)

⁷⁰³ El art. 20 ET establece que el ejercicio del poder directivo debe ser regular, esto es, centrado en la organización y la productividad. (no etapa franquista de actividades extra-laborales)

⁷⁰⁴ Las órdenes deben ser profesionales. No subjetivas (ejercicio regular) y orden regular.

inversa u objetiva), que la doctrina limita sólo a funciones tangenciales accesorias dentro de todas las que comprende la nueva tarea reasignada⁷⁰⁵)

c) La garantía al despido objetivo por ineptitud o inadaptación

Esta carga –enunciada expresamente en el art. 39.3 ET⁷⁰⁶ por vía negativa- garantiza al trabajador movilizado que, si producto de realizar funciones distintas de las habituales su rendimiento decae o no se produce con la diligencia debida, el empresario deberá soportar esa disminución de utilidad de su trabajo y no podrá despedirle alegando ineptitud sobrevenida o falta de adaptación. La idea es simple, aquí no existe una voluntariedad –directa ni indirecta- del trabajador en causar un descenso de su rendimiento en relación con el que se considera normal. El riesgo del mismo se traslada al empresario⁷⁰⁷.

La propia memoria del proyecto de Ley de reforma del mercado de trabajo de 1994 señalaba que “como contrapartida a la amplitud de la facultad de movilidad funcional que la equivalencia otorga al empresario, se establece, en garantía de los derechos de los trabajadores, la cautela de que el empresario que ejercite dicha movilidad no podrá invocar la ineptitud del trabajador para las nuevas funciones encomendadas”⁷⁰⁸.

Como última manifestación del mantenimiento del resto de condiciones laborales que disfrutaba el trabajador antes del cambio funcional equivalente se encuentra esta garantía imposibilita al empresario para alegar ineptitud del trabajador en las nuevas funciones encomendadas. En efecto, no poder cumplir adecuadamente con las prestaciones o no realizarlo en el nivel correcto de desarrollo supondría la quiebra del propio contrato de trabajo, que exige esa capacidad. Pero interviene el legislador para

⁷⁰⁵ En la cena de navidad que no haya sólo jamón. O que se retribuya sólo con un jamón en la cesta de navidad.

⁷⁰⁶ Su redacción es semejante a la del art. 39 ET/80 ¿??

⁷⁰⁷ El empresario ha debido observar la capacidad del trabajador en su especialidad profesional, debiendo haber valorado globalmente (incluso puede que el convenio de empresa se encuentre regulado unas tablas distintas e independientes de las tablas retributivas por rendimiento) sus actitudes, aptitudes y rendimiento observado incluso en el periodo formativo previo a la asignación de la nueva categoría. Es decir, ha contado con un tiempo de prestación de servicios en cada uno de los dos supuestos previstos en la categoría inicialmente asignada. Puede haber igualmente intervención colectiva y establecer un tiempo prudencial en esa categoría para entender que el trabajador ha adquirido la experiencia, formación y rendimiento necesarios para un adecuado desarrollo de las funciones profesionales que integran el puesto de trabajo y la categoría profesional.

⁷⁰⁸ Véase en Documentación de la Secretaría de la Cortes Generales nº 114 vol. 1 pág. 683.

indicar que si esa inaptitud se debe directamente al cambio funcional equivalente, tal ineptitud no tendrá origen en la persona del trabajador sino en el dicho cambio⁷⁰⁹.

Los procesos simples de formación y adaptación previstos en la figura de la equivalencia ayudan a completar la aptitud comprobada para desarrollar en el nivel adecuado de rendimiento las funciones básicas de la categoría de destino. En este sentido, tal valoración de la aptitud pues el empresario debe seguir su desarrollo y establecer el pre-calentamiento o entrenamiento mas adecuado, evitando -con dichos procesos- los despidos objetivos por inaptitud. Pero aún realizando una supervisión el empresario de dichos procesos de la forma más adecuada para que el trabajador pueda rendir adecuadamente al desarrollar las nuevas funciones, no condiciona, en nada, la garantía que posee el trabajador (art. 39.3 in fine ET) frente a la invocación empresarial de la ineptitud del mismo para desarrollar las nuevas funciones encomendadas⁷¹⁰

La carga de indemnidad por el descenso productivo fruto de la movilidad se entiende por la realización de las funciones básicas de otra categoría aunque el art. 39.3 ET de la “habituales”, con esta mención tan amplia se quiere hacer extensible esta garantía a todos los supuestos de movilidad, incluso a los supuestos de especificación dentro del grupo o de sustitución de categorías equivalentes.

Debe haber una relación de causa-efecto entre el cambio funcional y un descenso en el rendimiento del trabajador⁷¹¹: respecto al resto de trabajadores que desarrollan esas funciones o, respecto de la diligencia debida. Sabemos que el rendimiento que se

⁷⁰⁹ La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal de trabajo, es el típico incumplimiento contractual que suele ser calificada con la máxima gravedad por los Convenios Colectivos. Respecto al fundamento en el mantenimiento del trabajador con capacidad disminuida como supuesto de mal menor que impone el legislador frente al despido del trabajador, véase Alemán Paez, El encudramiento pág. 332

⁷¹⁰ Martínez Fons, D., «La formación profesional como límite a la movilidad funcional» en Comunicaciones a las Jornadas Tarraconenses 1997

⁷¹¹ En efecto, entre los deberes del trabajador se encuentran un determinado grado de diligencia y rendimiento contractualmente debidos. Respecto de estos términos; El rendimiento -que se encuentra estrechamente condicionado por la aptitud del trabajador y la habilidad para realizar la labora encomendada- se refiere a la “utilidad” obtenida por el trabajador en el trabajo. (Garate Castro, F.J., El rendimiento en la prestación de trabajo 1984 pág. 121); la diligencia en su aspecto objetivo se define como el comportamiento satisfactorio (idóneo) de ejecución con arreglo a un criterio standar, en su aspecto subjetivo, es la voluntad con la que el trabajador aplica sus reglas técnicas para lograr el buen fin en la ejecución de la prestación, Garate Castro, F.J., El rendimiento pág. 109

puede exigir al trabajador no será el estándar sino uno más modesto, pero este *status* sólo se puede mantener por un periodo de tiempo razonable⁷¹².

d) El respeto a la dignidad profesional del trabajador en la movilidad funcional entre categorías equivalentes.

La previsión legal de este límite a la opción empresarial de movilidad funcional constituye el respeto laboral a la dignidad del individuo (art. 10 CE).

Límite previsto en el apartado tercero del art. 39 ET, un acto empresarial realizado en menoscabo de la dignidad del trabajador origina un disvalor semejante que la falta de respeto a la profesionalidad del trabajador. Ambos, dignidad y profesionalidad son Derechos Fundamentales que el legislador laboral ha de configurar con libertad, pero permitiendo la identificación del núcleo o contenido esencial de los mismos⁷¹³. Esta obligación se concreta en su descripción como derecho básico del trabajador. En efecto, en su relación laboral (art. 4.2 e) ET) y como límite expreso a la movilidad funcional.

Los convenios colectivos pueden igualmente contemplar este límite e incluso ofrecer una definición que falta en el precepto legal⁷¹⁴. En todo caso, la actitud vejatoria del empresario contraria a la dignidad del trabajador se expresa, en un exceso en el ejercicio empresarial concretado en la falta al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus supervisores, como persona y como profesional el trabajador. En concreto, las situaciones donde ha existido un menoscabo en este respeto profesional y social,

⁷¹² Por aplicación analógica, se estima que tal periodo son los dos meses que prescribe el art. 52 b) ET Véase González Ortega, S., «La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral» R.P.S. nº 127 1980 pág. 208. En igual sentido véase Fita Ortega, F., La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo Valencia 1997 pág. 24

⁷¹³ La dignidad y el respeto a la profesionalidad se presentan en el mismo apartado tercero del art. 39 ET. Un acertado estudio sobre tales conexiones, Aparicio Tovar, J., «La profesionalidad del trabajador (en torno a los artículos 22, 23, 24 y 25) En REDT nº 100 pág. 604. Respecto a la conexión que existe entre el menoscabo de la dignidad y el perjuicio a los derechos profesionales del trabajador, en los casos en que la movilidad funcional que supone el olvido paulatino de las funciones propias, origina un menoscabo a su dignidad a la vez que perjudica su formación profesional. Véase, Luque Parra, Los poderes pág. 201

⁷¹⁴ Art. 19 del convenio colectivo general de ferralla: “...las necesidades de las empresas del sector, facilitando una mejor interpretación de todo el colectivo en el desarrollo de sus actividades, sin merma de la dignidad, oportunidad de promoción y justa retribución, sin que quepa discriminación alguna por razones de edad o sexo, o de cualquier otra índole (...)Así mismo dicha movilización se producirá sin menoscabo de la dignidad de los trabajadores y sin perjuicio de sus derechos profesionales y económicos”

cercana a la humillación que supone privar al trabajador de posibilidades de acción, de signos externos del cargo, y de caída en desgracia, combinada en el hecho de la degradación efectiva⁷¹⁵.

El respeto por la dignidad del trabajador se aplica a la equivalencia como al resto de supuestos de movilidad contemplados en el art. 39 ET. Cualquier ejercicio de los poderes empresariales debe respetar ese valor de la dignidad del trabajador⁷¹⁶, pero, con mayor motivo, un actuar empresarial que se fundamenta en un cambio funcional bajo el respeto de la equivalencia profesional encontraría que es contraria a la propia idea de equivalencia un cambio de categoría profesional que cause la degradación de la persona del trabajador. Sin embargo, la subordinación del trabajador a las ordenes del empresario y la falta de justificación directa inicial por parte del empresario permite que se produzcan ordenes en la prestación de servicios que, aunque valorados como equivalentes ocasionen un perjuicio a la dignidad del trabajador.

Las situaciones de menos cabo a dignidad del trabajador han sido agrupadas, conforme a los elementos de referencia que las componen o sobre las que se valoran, en objetivas y subjetivas. Desde una perspectiva objetiva, sería el retroceso funcional. Comprender la realización de contenidos funcionales inútiles en sí mismos, sin conexión con los que se venía realizando ni con la lógica y la exigencia productiva de la empresa.. Desde una perspectiva subjetiva, es el retroceso funcional cualificada sobre la persona del trabajador en concreto. Comprendería el desprestigio profesional en la empresa y en la sociedad, también las tareas que hagan perder habilidades al trabajador, pérdida de confianza en su capacidad o estima profesional.

Desde ese punto objetivo, habrá ataque a la dignidad cuando el cambio funcional equivalente supone una modificación *sustancial la exigida (la semejante)*, que trascienda a la básica naturaleza de los servicios prestados, reveladora de un "deliberado enfrentamiento a la continuidad del anterior desarrollo de la relación laboral"⁷¹⁷, realización de un trabajo «esencialmente distinto» del anterior que se une al perjuicio

⁷¹⁵ En esta idea la STSJ de Navarra 1996

⁷¹⁶ Sobre la virtualidad de la dignidad del trabajador como límite relativo o absoluto a la movilidad funcional, véase en Luque Parra, M., Los límites pág. 203. Igualmente Valle Muñoz , F. A. La movilidad... pág. 283 y ss.

⁷¹⁷ STS de 11 abril 1988 (Ar 2944). De Miguel lorenzo, A., La extinción... Cit., pág. 74 señala entre otras la STS 24-septiembre-90 con el cambio de funciones de gerencia, a funciones mecánicas

profesional⁷¹⁸; o cuando la finalidad que verdaderamente esconde el cambio equivalente es «castigo encubierto e injustificado y una discriminación vejatoria»⁷¹⁹;

Desde un plano subjetivo, el cambio que resulte un agravio para el trabajador que, llevando a cabo determinadas actividades, sea relevado de ellas y encargado de otras menos cualificadas⁷²⁰; los cambios funcionales cuyas nuevas prestaciones sean inútiles para la capacidad del trabajador y, frente a los demás trabajadores, se presenta propia de una situación de humillación⁷²¹; o impropias de su categoría profesional y que esconde una sanción encubierta⁷²²; y, en todos aquellos casos en que «existe una actitud empresarial que es vejatoria o, al menos atenta abiertamente sobre el derecho que tiene todo trabajador reconocido a la consideración debida a su dignidad —art. 4.2 e)—»⁷²³.

Por otro lado, no supone una humillación para el trabajador, la simple pérdida, producto del cambio funcional, de las atribuciones de mando⁷²⁴; o el paso a dependencia jerárquica distinta⁷²⁵.

En resumen, y como ya indicamos respecto a la valoración del perjuicio profesional, se exige que el menoscabo se concrete en un resultado funcional que de cómo consecuencia la consideración al trabajador como de peor condición ante su capacidad,

⁷¹⁸ T.S. J Aragón 15-julio-98 (AS 2754) Se produce menoscabo a la dignidad y perjuicio en la formación y promoción del trabajador cuando el nuevo puesto de trabajo encomendado es totalmente ajeno al primero que venía desempeñando desde el inicio de la relación laboral.

⁷¹⁹ Aunque sea difícil encontrar la causa real del cambio equivalente, existen datos con la comparación con la realización de las tareas de otros trabajadores que permiten descubrir esa motivación empresarial o animus daniendi. Véase, ST.S. 19.12.88 El cambio de tareas, que aunque posibles por su capacidad psicofísicas —en concreto los requisitos de orden fisiológico—, consistente en elevar cajas de 15 Kg se realiza además sin entrar en el turno rotativo, mientras que los demás trabajadores realizan la tarea rotando.

⁷²⁰ STS 7-julio-1983

⁷²¹ Señalada por Martínez Abascal Cit., pág. 94 “degradación de la dignidad del trabajador que también se vincula al menoscabo de las posibilidades de promoción del trabajador y al hecho de que la reputación profesional constituye también un valor de primer orden ST.S. J Cataluña 12.6.1992 (AS 3376)

⁷²² TSJ Cataluña 2.11.1993 (Ar. 4867)

⁷²³ STCT 24 enero 1985.

⁷²⁴ ST.S. 3 diciembre 1990; STSJ de Madrid 3 de febrero 1993 As 937, situación de pérdida de responsabilidad que afecta a más personal en la empresa fruto de una reorganización generalizada. En contra, Luque Parra cit., pág. 204, considera que las pérdidas de responsabilidades se deben considerar un supuesto de trato vejatorio, y cita en ese sentido a la STS 29 de enero de 1990 (Ar 229) cuando reduce, de nivel provincial a local, el ámbito geográfico de actuación de un comercial. Así como otras sentencias que diferencian la pérdida de responsabilidades de la de privilegios, situación esta última que no supone la vulneración de la dignidad del trabajador afectado.

⁷²⁵ T.S. 20 junio y 12 febrero 1990

sus compañeros, a realizar caso por caso, y conforme se califica la gravedad de una falta laboral del trabajador⁷²⁶.

El perjuicio a la formación y promoción profesional derivado de la movilidad funcional entre categorías equivalentes. Su previsión legal supone una garantía para el trabajador mayor que el respeto a su titulación (art. 39.1 ET) y su incumplimiento origina un disvalor mayor el originado con la titulación, pues no afecta sólo al orden público en los reconocimientos de títulos sino que afecta directamente a la persona del trabajador y a su carrera profesional, conectadas con el derecho básico del trabajador al trabajo y la libre elección (y respeto) de profesión (art. 4 a) ET). El instrumento que reconoce la prohibición de causar un perjuicio en la formación y promoción profesional del trabajador al realizar la movilidad funcional se encuentra en el ET art. 39. 3 ET. Dada la naturaleza jurídica del art. 39 ET y el grado de indefinición sobre lo qué debe entenderse por perjuicio puede quedar a un desarrollo convencional posterior, es decir, a su concreción y negociación colectiva⁷²⁷. Entre las previsiones respecto al derecho al respeto de la formación y promoción profesional, los convenios de ámbito *sectorial* han potenciado especialmente las «cláusulas relativas a la *formación*» para impedir que se realicen cambios sin guardar los requisitos cualificacionales⁷²⁸. En cambio, los convenios de *empresa* se muestran más interesados en los formalismos de la promoción profesional, es decir, que se respete la *clasificación* (pertenencia a ese grupo que ha definido a su valoración como equivalente) sin prever procesos de formación (tal vez por temor a los costes).

El respeto a la formación y promoción profesional se aplica a la equivalencia como al resto del régimen de movilidad funcional; consecuentemente, su empleo en todos los

⁷²⁶ “ el perjuicio ... ha de concurrir objetivamente y de forma tal que resulte justificado el efecto de la extinción del contrato con indemnización con arreglo al mismo criterio al que se somete la calificación de los incumplimientos contractuales del trabajador a efectos de despido u otros sancionadores. Conclusión a la que habrá de llegarse en cada caso concreto, tras un análisis de las funciones efectivamente realizadas con anterioridad y las que al trabajador le hayan sido encomendadas en la actualidad por la empresa y en base a las cuales se pretende la extinción indemnizada de la relación laboral, pues la acción ejercitada es la del artículo 50.1, a) del Estatuto de los Trabajadores referida a modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redundan en menoscabo de su dignidad.

⁷²⁷ El carácter de norma de derecho necesario relativo del art. 39 ET permite mayor concreción convencional sobre las materias de los apartados segundo y cuarto (modificación funcional) Puesto que el apartado primero de art. 39.1 establece —casi imperativamente— como esa movilidad “... no tendrá otras limitaciones...” que respetar la clasificación profesional (grupo o categorías equivalentes) y los derechos profesionales (titulación y formación) Martínez Abascal, V. A., La nueva...Cit., pág. 138

⁷²⁸ Podemos destacar el convenio Nacional del Metal de 1996

tipos o grados de movilidad regulados en el art. 39 ET. En definitiva, la propia idea de equivalencia impide considerar que el cambio produce perjuicio a la formación y promoción si se concreta en un cambio funcional que respete la especialidad profesional habitual del trabajador. De forma que gradúe y mantenga la accidentalidad del cambio funcional⁷²⁹. Así lo ha entendido la jurisprudencia⁷³⁰ cuando señala que este respeto es un presupuesto condicionante para que la atribución de las funciones de una categoría equivalente no implique un perjuicio a la formación y promoción profesionales⁷³¹. En el plano procesal, la acción a ejercitar no es modificación sustancial del elemento cualitativo de la relación laboral (art. 39.5 y 41 ET) sino el art. 50.1 ET cuyo plazo de ejercicio es de un año⁷³².

El respeto a la formación y promoción profesional⁷³³, se encuentran unidos a la carrera profesional; al desarrollo de varias categorías dentro de la misma empresa⁷³⁴

⁷²⁹ En efecto, los cambios funcionales que puede esperar y prever conforme al programa prestacional inicialmente acordado tiene como eje el respeto de su especialidad profesional.

⁷³⁰ ha concretado ese perjuicio a la promoción profesional entendiendo aquella equivalencia que supere una dirección horizontal y no respete a la especialidad profesional habitual del trabajador.

⁷³¹ STSJ Castilla La Mancha 15 de julio de 1998 (Ar. 3042). En este sentido, véase la sentencia de la misma fecha del TSJ de Aragón (Ar. 2754) “... Y aunque se quisiera entender, con la vigente redacción del Estatuto, que resultaba posible la circunstancia que se da en el presente caso, en el que el trabajador, dentro de un mismo grupo profesional, pasa en definitiva a desempeñar funciones de inferior categoría profesional (auxiliar administrativo) que la que posee (oficial administrativo), y que ambas presentan la equivalencia precisa (artículo 39.1 en relación con el 22.3 del Estatuto), no puede perderse de vista que ello sería posible en la medida en que se respeten aquellos límites (sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesionales), lo cual, a la vista del relato histórico de la sentencia del juzgado de lo social, ha de convenirse con ésta en que aquí no ha ocurrido, porque se desplaza a la demandante a un puesto de trabajo ajeno a las actividades informáticas que prácticamente desde el comienzo de su relación laboral han venido consumiendo el trabajo de la misma (para las que cuenta con la necesaria especialización a través de los distintos y sucesivos cursos de las que en aquel relato se hace mérito), resultando preciso para ello la previa remoción...”. En igual sentido pero en supuestos anteriores a la reforma laboral de 1994 y para el supuesto del grupo profesional: STSJ Galicia de 24 agosto 1992 (AS 4110) y Cataluña 3 noviembre 1992 (AS 5491). Opinión en contra, la sentencia de la AN de 7 febrero de 1995 (Ar. 3676) limita el derecho a la Promoción profesional y lo vincula al respeto al grupo y no a la especialidad profesional.

⁷³² En efecto, para mayor garantía al trabajador en la tutela de sus derechos y con el objetivo de impedir que se considere que no impugnar en el momento inicial de la adopción de la medida empresarial supone su aceptación la acción procesal otorga un plazo de un año para su ejercicio. Véase STS 31 de marzo de 1991.

⁷³³ Prevista en los artículos 35 CE (derecho constitucional a la promoción en el trabajo), 4.2b y 23 ET, estos dos últimos indican cómo la promoción dentro de la empresa está condicionada por las posibilidades de carrera ofrecidas por su organización interna y por la selección del personal. Sosteniéndose la eficacia inmediata o directa sobre la relación laboral de los derechos aquí contemplados, si bien la negociación debe jugar un papel regulador protagonista.

⁷³⁴ Al prever expresamente el art. 22.3 ET la posibilidad –de estimarla precisa por el empresario– de procesos de formación o adaptación previos al cambio equivalente, además de facilitar la adaptación del trabajador a las nuevas

(además de presentar relaciones con el ascenso⁷³⁵, vinculación con la antigüedad y los tiempos de servicio⁷³⁶). Se conceptúan estos elementos según sea su protección actual o futura. Así la concepción estática de la formación profesional se trata de proteger el patrimonio profesional presente, mientras que la dinámica, a la promoción y readaptación profesionales⁷³⁷.

En este mismo sentido “..existe perjuicio de los derechos profesionales en aquellos cambios funcionales que implican un cambio de profesión o especialidad⁷³⁸..”. Este reconocimiento de la profesionalidad ligada a los conocimientos técnicos prevé su perjuicio sólo a las profesiones muy cualificadas o de más alto nivel⁷³⁹. Existe perjuicio independientemente de mantenerse el mismo salario o incluso superior al que corresponde a la categoría de destino⁷⁴⁰. O cuando se realizan cometidos que no le corresponden al trabajador por su superior categoría⁷⁴¹. Por último, sería ilícita aquella

funciones también se está garantizando la cualificación y la protección de profesionalidad desde una perspectiva dinámica. Estos procesos formativos previos cubren tanto el mero entrenamiento en las nuevas habilidades como el reconocimiento social (título) al final de una experiencia laboral. Véase el Real Decreto 797/1995, de 19 de mayo, de Certificados de Profesionalidad (desarrollado por unos 131 Real Decreto posteriores, desarrollo de otras tantas profesiones certificables.

⁷³⁵ La promoción está referida a categorías y, en su caso especialidades correspondientes al mismo o superior nivel de la categoría o especialidad del trabajador, siempre que posea la antigüedad mínima prevista en la base 2.1, b). A estos efectos, los aspirantes optarán genéricamente a todos los supuestos de la categoría profesional y, en su caso, especialidad a la que pretendan promocionar (...). Convenio Colectivo personal laboral de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (Orden 7 octubre 1997)

⁷³⁶ Sin embargo, no hay que entender esa carrera profesional como un derecho al ascenso. El ascenso y movilidad son conceptos independientes, en el sentido que la movilidad no tiene que implicar un ascenso ni presente ni futuro (STCT 23 abril 1954)

⁷³⁷ Un resumen de esta división, véase Luque Parra, M, Los límites pág. 183 y ss

⁷³⁸ El ejercicio de las funciones que no son propias a su categoría profesional dificulta el desarrollo de sus conocimientos técnicos especializados TS 15 marzo 1991 (Ar.1861).

⁷³⁹ —ej. Abogados. Véase la reciente sentencia del J. De lo Social de Madrid nº 33 (Pte. Sr. Aramendi) de 30 de octubre 2000, donde la trabajadora es destinada, por su embarazo, a un gabinete jurídico en medioambiente con menos posibilidades de promoción profesional y económica que el gabinete jurídico en telecomunicaciones inicialmente asignado—. Sentencia matizada por la STSJ de Madrid de

⁷⁴⁰ Reúnen el requisito de perjuicio a la promoción profesional que la jurisprudencia exige, y ello aun cuando la medida respete categoría y salario que no tiene más alcance que el de una mera apariencia formal, pues lo importante es el cambio de funciones impuestas al trabajador que pone en entredicho su capacidad y se le asignan funciones que, lejos de potenciar sus cualidades profesionales, viene a degradárselas. STSJ Navarra de 31 de mayo de 1996 (As 1496)

⁷⁴¹ T.S.J. Andalucía. Málaga. (Sala de lo Social). Sentencia 7 febrero 2000. La reclamación por realizar funciones de limpieza material y de recepción de muestras, ellas no corresponden a los ATS/DUE, siendo sólo exigibles a los Auxiliares de Enfermería y Técnicos Especialistas, pues se quebrantaría los derechos profesionales si se exigiese a las

movilidad cuya causa oculta es no permitir al trabajador disfrutar de los derechos de «promoción y formación profesional» que le reconoce el art. 23 ET⁷⁴². En resumen, como indica la jurisprudencia⁷⁴³, se exige que el perjuicio degrade sus cualificaciones profesionales de forma objetiva y conforme se califica la gravedad –caso por caso– de una falta laboral del trabajador⁷⁴⁴, no precisando queden definitivamente consumados⁷⁴⁵.

En efecto, la consideración del perjuicio, lejos de las reglas del derecho común por responsabilidad⁷⁴⁶, para que pueda tener relevancia la justificación de la extinción de la relación laboral⁷⁴⁷. Comprobado el perjuicio sobre la promoción profesional derivado de

actoras cometidos que no les corresponden por su superior categoría profesional y que nunca habían realizado pese a su destino en el servicio y unidad de laboratorio.

⁷⁴² Estaríamos ante un control a posteriori de la causa de la movilidad equivalente, no ampara la denegación de derechos profesionales haber realizado un cambio de funciones equivalentes a tal fin, salvo que en para su ejercicio se haya pactado colectivamente como será su ejercicio. Los derechos profesionales que reconoce el art. 23 ET son: permisos necesarios para concurrir a exámenes; preferencia para elegir turno de trabajo cuando se cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional; adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional.

⁷⁴³ STSJ Navarra de 31 de mayo de 1996 (As 1496). En contra, Luque Parra, M. Los límites... pág. 185. Quién mantiene una y de conformidad con una visión estática del perjuicio a la formación profesional, es decir, protegiendo el patrimonio profesional presente.

⁷⁴⁴ “ el perjuicio ... ha de concurrir objetivamente y de forma tal que resulte justificado el efecto de la extinción del contrato con indemnización con arreglo al mismo criterio al que se somete la calificación de los incumplimientos contractuales del trabajador a efectos de despido u otros sancionadores. Conclusión a la que habrá de llegarse en cada caso concreto, tras un análisis de las funciones efectivamente realizadas con anterioridad y las que al trabajador le hayan sido encomendadas en la actualidad por la empresa y en base a las cuales se pretende la extinción indemnizada de la relación laboral, pues la acción ejercitada es la del artículo 50.1, a) del Estatuto de los Trabajadores referida a modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redundan en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.

⁷⁴⁵ STSJ de Navarra 31 de mayo de 1996 “...lo importante es el cambio de funciones impuestas a aquél que pone en entredicho su capacidad para continuar en el desempeño de funciones de mayor categoría y responsabilidad, pues perjudica su formación profesional en la medida que se le asignan funciones que, lejos de potenciar sus cualidades profesionales, viene a degradárselas, sin que sea preciso, a estos efectos, que los potenciales perjuicios que conlleva hayan quedado definitivamente consumados”. En contra de esta posición, Luque Parra, M. Los límites... pág. 185. Quién mantiene la necesidad de demostrar la relación “causa-efecto” entre la pérdida de la profesionalidad por no realizar las funciones de origen y la movilidad funcional que se pretenda.

⁷⁴⁶ Generalizable para todo actuar que se sitúa fuera de la cautela y previsión que exige el ordenamiento, o que aconsejan las pautas socialmente aceptadas (TS Civil 11 mayo 1996 Ar 3874); un «resultado dañoso», en cuanto la responsabilidad sólo surge si se producen daños y perjuicios a otra persona y un «nexo causal» o relación de causalidad entre la actuación del sujeto y ese resultado

⁷⁴⁷ El perjuicio a la formación profesional no puede considerarse como consecuencia ínsita en toda movilidad funcional de las condiciones laborales, y específicamente de categoría y funciones, ya que entonces sobraría su exigencia legal expresa.

la aplicación de la equivalencia en los términos que la jurisprudencia y los convenios colectivos señalan, estaríamos ante un supuesto de novación modificativa⁷⁴⁸ tal y como contempla el artículo 39.5 ET “...modificación de funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevén los apartados anteriores del artículo 39 ET”.⁷⁴⁹

Mención especial merece la omisión del actual art. 39 ET a la expresión concreta a los *derechos profesionales* que no significa su desaparición, pues se da una visión transformada de los mismos⁷⁵⁰, configurados no tanto como garantía de la carrera profesional sino como la capacidad de adquirir nuevas calificaciones y una polivalencia racional⁷⁵¹. La definición y concreción de los mismos, anterior a la reforma laboral de 1994, por la jurisprudencia⁷⁵² es aplicable en la actualidad condicionando el espacio de libertad jurídica que tiene el empresario en el art. 39.1 ET, de manera que “... la *movilidad* sólo es *libre* dentro del grupo si la profesionalidad del trabajador no se ve perjudicada”⁷⁵³. Ciertamente, el cambio entre de funciones equivalentes no se subordina

⁷⁴⁸ Martínez Abascal, V. A., cit., pág. 132 nos habla del pacto novatorio sin necesidad de acudir a la polivalencia funcional.

⁷⁴⁹ Excede del régimen jurídico de la equivalencia explicar como funciona la novedosa referencia del art. 39.5 ET en relación en el art. 41 ET. Valga comentar como la misma ha desplazado el eje de la alteración sustancial desde las condiciones laborales a una fiscalización de la causa a posteriori de las consecuencias que su modificación provoca sean o no las condiciones laborales más importantes. Esto es; queda claro que cualquier condición de trabajo, sea o no de las incluidas en la lista del artículo 41 ET puede ser, o puede no ser, objeto de modificación sustancial. Y también que el supuesto de hecho del artículo 41 ET sólo se integra por una modificación sustancial en sí de la relación laboral. En este sentido véase Lujan Alcaraz, J., «Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo» Aranzadi Social (11) 2000

⁷⁵⁰ Derechos profesionales incluidos dentro del art. 39.3 ET cuando habla del respeto a la formación y promoción profesional. De tal forma que siguen constituyendo la tutela de las aptitudes profesionales del trabajador o el impedimento a su perjuicio profesional. Véase, Roman de la Torre, «Clasificación profesional y movilidad funcional» pág. 195 “... la reforma no ha hecho sino explicitar los derechos profesionales conforme a una interpretación de ellos que ya existía antes”. En igual sentido, Gárate Castro, J., «la movilidad funcional» en REDT nº 100.

⁷⁵¹ Véase Monereo Pérez Moreno Vida «Cambios tecnológicos, cualificacionales y promoción profesional» En Rodríguez Sañudo Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencia laborales y sociales de la integración de España en la CE, V jornadas universitarias andaluzas 1987 pág. 304.

⁷⁵² La jurisprudencia se enfrentó ampliamente al tema pues el quebranto de los derechos profesionales del trabajador [y superar el grupo] causaban derecho a la extinción del contrato por la causa del art. 50.1a)ET. La STSJ Madrid de 15 octubre 1992 Intenta aclarar el concepto derechos profesional con relación a la formación profesional como garantía frente al perjuicio de las aptitudes

⁷⁵³ García-Perrote, I., «Poder de dirección y movilidad funcional» pág. 258 La flexibilidad laboral en España (coord) Rivero Lamas, J. También, De Miguel lorenzo, A., La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador civitas 1993 pág. 72,

al enriquecimiento profesional del trabajador, aunque tampoco se admite que se lleve a cabo causando un perjuicio a la promoción profesional del trabajador⁷⁵⁴.

e) La forma de comunicar el cambio entre categorías equivalentes y la adaptación (RD 1659/1998)

No establece el ET ningún requisito acerca de la forma en que debe realizarse el cambio entre categorías equivalentes. Por lo tanto, la medida puede adoptar la forma verbal o escrita. Sin embargo, los convenios colectivos e incluso el contrato de trabajo podrían establecer términos o condiciones al respecto. Efectivamente con el fin de evitar procesos anómalos en el juicio de equivalencia y garantizar expresa referencia de los elementos tenidos en cuenta para tal valoración, no sería extraño la exigencia de forma escrita.

En efecto, es posible incardinar esta exigencia dentro de las obligaciones de información que tiene el empresario con el trabajador en los cambios de la relación laboral⁷⁵⁵. En efecto, existe la obligación de informar respecto a la clasificación profesional y sus cambios. El primero se configura bajo el deber de *informar del contenido obligatorio de la prestación*⁷⁵⁶, el segundo deber, sobre sus *modificaciones posteriores*. Conforme a éste último, el empresario debe comunicar por escrito al trabajador cualquier modificación de los elementos esenciales de su contrato, que deberán ser lo suficientemente concretas y precisas⁷⁵⁷. Pues bien, a este respecto, la transposición que ha realizado nuestro legislador de la Directiva del Consejo

⁷⁵⁴ Más problemática se encuentra la reclamación por lesión sobre la profesionalidad que quisiera tomar otros elementos extrínsecos a la contraprestación (tales como la afectación personal, depresión...), pues para estos casos de perjuicio en la promoción profesional el legislador ya ha objetivado el término de comparación intrínseco a la relación: la mayor onerosidad que la continuación de la prestación provoca y la indemnización está tasada sobre una resolución causal del contrato. .

⁷⁵⁵ Igual ocurre con la institución sobre la información a los trabajadores, que obliga a señalar cuáles son las condiciones esenciales del trabajo que el empresario debe informar. Véase Rodríguez Piñero, M., «El derecho del trabajador a ser informado sobre los elementos esenciales de su contrato de trabajo» En Relaciones Laborales (R.L) nº 19 / 1998 pág. 8

⁷⁵⁶ Pues bien, respecto a la primera, aquella no se cumple con la mera “denominación de la actividad” a realizar, sino que es preciso (art. 2.2 del Real Decreto 1659/1998) que el contrato exprese la concreta categoría y la descripción resumida de la prestación. En este sentido véase la STJCE 4 diciembre de 1997 —Sentencia Kampelmann (en relación con el artículo 2.2 c. ii. de la Directiva 91/533 que es directamente invocable ante el Tribunal Europeo —por conceder un derecho subjetivo claro—)

⁷⁵⁷ Molina García M., El derecho de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo Revista de Derecho Social (7) 1999 pág.55-56

91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, ha excluido, en el art. 4 párrafo segundo del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio (BOE, del 12 de agosto) por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5 del ET, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, dicha información si la modificación deriva «*de una referencia a las disposiciones legales ...*». De ahí que, en nuestro caso, al contemplarse expresamente en el art. 22.3 ET su definición, el cambio equivalente no precise de información por escrito. El legislador entiende que el empresario no tiene que informar de aquel cambio cuyo fundamento se encuentre en el ET. Sin embargo, con la equivalencia, el empresario no realiza con su comunicación e información una remisión a la normativa legal (lo cual podría justificar la referida exclusión), sino un juicio respecto de los elementos legales presentes en la relación laboral del trabajador y en las descripciones convencionales. En efecto, en el juicio valorativo no sólo deben existir los elementos de referencia, sino que los mismos se deben aplicar al caso concreto; que justifica la adopción de la equivalencia. Juicio que ocurre con el grupo profesional, al ser su mera existencia el motivo que permite la especificación funcional dentro de él.

Todo ello, sin perjuicio a la existencia de la referencia sobre la obligación de informar expuesta en el convenio colectivo de aplicación o en el contrato individual, al tener el art. 39 ET naturaleza jurídica de derecho mínimo necesario que posibilita cualquier mejora para el trabajador. Pero, en este caso, tal previsión no cambia ni restringe la facultad del empresario de cambio equivalente sino la obligación del empresario de informar. El control respecto al incumplimiento de esa falta de información será a *posteriori*.

En la actualidad, es frecuente apreciar como se deja abierta la posibilidad de hacer previsión expresa sobre las prestaciones pertenecientes a otra categoría en las cláusulas donde se informa al trabajador de las condiciones de trabajo⁷⁵⁸. Así, junto a las habituales cláusulas de asignación, se incluyen otras adicionales donde se concretan - además de las funciones propias que más interesa resaltar de su categoría- aquellas otras prestaciones puntuales de una segunda categoría. Incluso, tras enumerar un catálogo de

⁷⁵⁸ El prof. Pérez de los Cobos, «La autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo» A.L. Tomo I/1992 a señalado como en la práctica contractual empiezan a proliferar cláusulas destinadas a concretar esa determinación del objeto contractual, y como la misma constituye uno de los campos más fértiles para el desarrollo del juego de la autonomía individual. Apud Blasco Pellicer, A La individualización de las Relaciones Laborales CES 1995

funciones, se cierra el mismo indicando la obligación del trabajador de realizar otras tareas similares a las mencionadas⁷⁵⁹, situación más cercana a la polivalencia que a la movilidad entre categorías equivalentes.

- En el convenio colectivo

De una forma compleja⁷⁶⁰, el convenio colectivo de la empresa eléctrica ENDESA establece el desarrollo y realización de la identificación de la equivalencia entre categorías. Más que un supuesto de juicio de equivalencia es un plan de modificación de las categorías. En efecto, la intención de la empresa es eliminar unas determinadas categorías profesionales y reorganizar a los trabajadores en otras categorías de superior carga funcional y nivel retributivo. La empresa opta por un sistema reglado de equivalencia para evitar un programa de ascensos por criterios de antigüedad o concurso⁷⁶¹.

El eje central del juicio de equivalencia lo ocupan las “ocupaciones horizontes”, que son una especie de categoría intermedia que ocupa el trabajador que está realizando el curso pertinente para obtener la certificación de profesionalidad, aptitud que luego será valorada para entender que se corresponde con la exigida a la hora de realizar las funciones básicas de la categoría de destino.

Así, el personal de oficios de las categorías de turbinista o fogonero (ambos con nivel salarial nº 7), tendrán una ocupación en trámite (durante la realización de los cursos para la obtención del certificado de profesionalidad) con un nivel salarial equivalente al de la categoría de destino. Las funciones básicas de la categoría de operario central (categoría de destino) se realizan una vez que el trabajador ha obtenido el certificado de

⁷⁵⁹ Estas cláusulas son corrientes en convenios con un sistema de clasificación por grupos, donde se informa muy genéricamente de las aptitudes profesionales, titulación y contenido general de la prestación y, donde no se limita la posibilidad de que en los puestos de trabajo concretos se realicen “tareas complementarias” que sean básicas [ver art. 61 Convenio del Textil de Madrid] Así, una trabajadora contratada como dependiente, también realizará el traslado de la ropa, su planchado y otras similares . O el contrato de un conserje donde en una cláusula final se dice que debe realizar (...) «asimismo las tareas propias del Ordenanza, y otras análogas» [ver el convenio colectivo de la empresa ONCE]

⁷⁶⁰ Precisamente al desarrollarse en un plano colectivo se hace más complejo el juicio de la equivalencia al estar en juego los intereses de los representantes de los trabajadores y de la empresa.

⁷⁶¹ Los datos que avalan esta calificación es que para los trabajadores mayores de cincuenta y tres años la participación en el plan será voluntaria (en la movilidad funcional accidental la orden empresarial es ejecutiva y afecta a todos los trabajadores)

profesionalidad, entendiendo de esta forma que se ha producido el cambio funcional equivalente⁷⁶².

Hay que indicar que, debido a la complejidad del proceso de identificación de la categoría equivalente, y aprovechando la reordenación societaria del sistema de clasificación, el nuevo convenio colectivo (BOE 13 diciembre del 2000) se establece conforme al criterio del grupo profesional, previendo para tal fin una tabla de equivalencias.

⁷⁶² Véase Mediación al acta complementaria al XVI Convenio colectivo de ENDESA (boe 8 agosto de 1996), en particular el Acuerdo 6º sobre criterios de desarrollo de la clasificación profesional por categorías equivalentes 1º. La citada clasificación se realiza con carácter universal. Los criterios para clasificar, en lo referente a ocupaciones y formación, se basará en las ocupaciones descritas en el catálogo de titulaciones certificables que, establecido en los planes de formación ocupacional, se determinen en cada rama de la actividad 2. Los niveles salariales asociados serán los siguientes (se indica a título de ejemplo un caso de operación, siendo homogénea la filosofía para otras ramas de la actividad):

Fogonero Turbinista - N-7	Formación (conforme al Art. 19 del convenio colectivo)	Operario de planta A - N. S.-6	Formación (Conforme al certificado de profesionalidad RD)	Profesional Operario de Central - N. S.-6
---------------------------	---	--------------------------------	--	---

Nota: El personal que en la actualidad esté asimilado al nivel salarial correspondiente a la ocupación horizonte o en trámite de asimilación, se le asignará un complemento personal equivalente al nivel salarial 5, absorbible o compensable por futuros ascensos o asimilaciones, al alcanzar la cualificación correspondiente a Operario de planta C.T. El nivel salarial de la ocupación horizonte (N-6) para el personal de niveles inferiores podrá ser graduado en el tiempo, con un máximo de tres años.

5. EFECTOS DEL CAMBIO ENTRE CATEGORÍAS EQUIVALENTES.

5.1. Efectos sobre el resto de condiciones laborales del ejercicio lícito.

El efecto sobre el aspecto cualitativo de la relación laboral que tiene el ejercicio de la equivalencia entre categorías es la extensión de la prestación debida a otra equivalente, sustituyendo en sus consecuencias laborales a la anterior categoría, todo ello dentro del marco de la movilidad funcional accidental. Por tanto, desde que el empresario exige la prestación equivalente sustituta, ésta es debida ya. Por tanto, a partir del momento en que el trabajador recibe la orden empresarial, debe inmediatamente pasar a ocupar – conforme con el desarrollo de las funciones básicas–, el nuevo puesto asignado. Consiguientemente, el primer y principal efecto derivado de esta facultad empresarial de sustitución de la prestación equivalente será el cambio de los deberes del trabajador en lo que se refiere a la prestación a realizar⁷⁶³.

Indudablemente, si el poder de movilidad entre categorías equivalentes –rectamente interpretada– le viene al empresario atribuido por un reconocimiento legal que le permite realizar un cambio en la determinabilidad del objeto del contrato ya no como especificación sino como sustitución de la prestación inicialmente debida por otra equivalente, dentro del ejercicio regular del poder de dirección, debemos pensar que tal facultad se encuentra dentro de una de las formas de determinación del objeto del contrato pues, por el principio de sustituibilidad la nueva categoría asignada podría haber sido la referencia inicial del objeto del contrato. En efecto, el recto cumplimiento de estas previsiones legales (una interpretación restrictiva de la presencia de los elementos que logran la equivalencia así como de los límites que el legislador impone en su ejercicio) permite entender que en su ejecución se respetan los términos legales de flexibilidad laboral interna y contractuales respecto de la programación inicial sobre la prestación debida.

El trabajador tiene que ejecutar la nueva obligación laboral⁷⁶⁴, ejecución que –por la titularidad de la facultad de opción exclusivamente empresarial— no puede el trabajador ofrecer el cumplimiento voluntario de esa nueva prestación para la que tiene aptitud, debiendo continuar con la prestación que viene realizando incluso mientras duren los

⁷⁶³ Cruz Villalón, J., Las modificaciones.... pág. 191.

⁷⁶⁴ veáse (infra p.,,) la conexión entre la no realización de la nueva prestación y la disciplina de los riesgos

procesos formativos y no se haya encomendado por el empresario el desarrollo de las nuevas funciones, el trabajador no cuenta, a pesar de contar con facultades para su desarrollo, con un derecho de opción entre la ejecución de la prestación debida y ejecución de las nuevas funciones, de reclamar su derecho a una ocupación efectiva, éste se concretaría en el puesto que venía desempeñando⁷⁶⁵.

Cuando el empresario haya optado por exigir el cumplimiento de la nueva prestación, el trabajador debe la diligencia debida aunque se le haya indicado la realización de las prestaciones básicas. Además la correcta apreciación de la cualificación (semejante a la que inicialmente debieron tener los demás trabajadores de esa categoría de destino) permitirá exigir un *rendimiento equiparable* al resto de trabajadores que contractualmente hayan pactado la prestación que ahora se le asigna al trabajador⁷⁶⁶. En concreto, el *rendimiento debido* será aquel que se encuentre así tipificado en la propia categoría de destino, pues el rendimiento de los trabajadores se encuentra estrechamente condicionado por su aptitud y habilidad para efectuar la labor encomendada, y estas se concretan en el encuadramiento de aquél en una determinada categoría; por consiguiente, la reasignación de esta nueva categoría profesional equivalente implícitamente señala cuál podrá ser el rendimiento exigible⁷⁶⁷. Es por este motivo, por lo que los procesos de capacitación y formación tienen como uno de sus objetivos alcanzar esa situación de normalidad en el rendimiento con el resto de trabajadores.

La nueva reasignación de categoría producto del ejercicio de la opción equivalente afecta al resto de deberes y obligaciones que se encuentran directa e indirectamente vinculados con la categoría profesional⁷⁶⁸. Derechos y deberes derivados de la nueva

⁷⁶⁵ Siempre que la simultaneidad del desempeño del trabajo que venía realizando y los procesos formativos sea posible y no sea contraria a la buena fe.

⁷⁶⁶ Es corriente en la jurisprudencia concretar si existe o no disminución del rendimiento, la comparación con el rendimiento obtenido por otro trabajador de su misma categoría y conocimientos. STCT 11 de julio de 1972

⁷⁶⁷ Véase también, Garate Castro, El rendimiento pág. 128

⁷⁶⁸ En efecto, se ha llegado a decir que toda la vida laboral que emana del contrato de trabajo queda... orientada, envuelta y polarizada por el concepto de categoría. (Herrero, B. Problemas jurídicos que plantea la categoría en el ordenamiento laboral español RDT 1954 n.º 4 pág. 68) En efecto, En concreto y dado su carácter dual de la equivalencia —movilidad y asignación de un nuevo objeto de trabajo—, sobre ella se verá afectada aquellas condiciones de trabajo afectadas por la movilidad y aquellos del encuadramiento. Es decir, aquellas condiciones laborales fijadas con relación a una categoría y que van a resultar en mayor o menor grado modificadas por el cambio de una a otra categoría.

prestación y si ellos se corresponden con la nueva categoría, en una especie de reasignación, o por el contrario existe alguna regla especial con alguno de ellos o si se ven limitados respecto al resto de compañeros, pues con la aplicación de la equivalencia las condiciones de trabajo cambian. La que lo hacen en mayor medida serán aquellas que estaban vinculadas más directamente con el puesto de trabajo y con la categoría. Otras en cambio se mantendrán (vacaciones, derechos colectivos).⁷⁶⁹

Al ser una reasignación dentro del poder de dirección empresarial, los derechos y obligaciones del trabajador en la categoría equivalente de destino serían, en condiciones básicas, los de cualquier trabajador de esa categoría con las siguientes salvedades:

-La carga de trabajo.

Con la intervención legal estableciendo la equivalencia, en un determinado momento –el del agotamiento de las funciones de la categoría inicial- en el cumplimiento de la prestación, se amplía prestación del trabajador a aquellas funciones derivadas de la reasignación de otra categoría equivalente. No existe dentro de la previsión del legislador un elemento de equivalencia que imponga que el trabajador tendrá la misma carga de trabajo en la categoría de destino que la que tenía en la de origen para así lograr la equivalencia.

-La promoción económica

La garantía retributiva constituye quizás el factor más relevante dentro de la promoción de los trabajadores. El estatuto (en su art. 26.3 ET) remite a la negociación

⁷⁶⁹ En efecto, los cambios en el resto de las condiciones laborales vinculados a la categoría y, por tanto, afectados por el ejercicio de la movilidad equivalente no podrán ser considerados aisladamente como modificación de las condiciones de trabajo. Es decir, es posible que la jornada, horarios, turnos, descansos sufran cambios, pero ellos son producto del derecho empresarial directamente organizacional sobre el aspecto cualitativo de la prestación laboral en su conjunto y que indirectamente puede afectar a esas condiciones laborales. La consecuencia de un cambio entre categorías equivalentes es la accidentalidad en la variación de las condiciones de trabajo.

colectiva la determinación de la estructura salarial⁷⁷⁰, es decir, el modo en que el salario queda conformado y cuáles sean sus distintos elementos. Son precisamente los complementos salariales los que, atendiendo a características de la categoría profesional, deben determinarse por negociación colectiva. Sobre la estructura salarial que tendrá el trabajador en el nuevo empleo, y con el fin de evitar su diferencia con el resto de trabajadores⁷⁷¹ En este sentido, los convenios incluyen cláusulas sobre la previsión de complementos durante la realización de la nuevas funciones⁷⁷²

Como vimos, y de acuerdo con el principio de efectividad de funciones, existe una relación entre la funciones realizadas y retribución, el trabajador cobrará el salario de la categoría cuyas funciones ejerza y, será la negociación colectiva o el pacto de las partes las que fijen el mantenimiento del sueldo (si consideran que es mayor) de la primera categoría profesional equivalente. Así, se permite exigir una retribución superior (unos complementos) a la que corresponde a esa nueva categoría de destino si realiza tareas adicionales⁷⁷³ o esfuerzos superiores a los que exige su categoría de destino⁷⁷⁴ De esta forma, un plus de una categoría se conservará aunque se esté

⁷⁷⁰ Así, en el artículo 26.3 ET (fine) se establece como se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa. Es decir, la consolidación es una norma de derecho disponible, es decir, no es un derecho irrenunciable “ad personam” y deberá ser interpretado de manera armónica con el resto del convenio.

⁷⁷¹ Sala Franco «Las claves...» RL. 1994 pág. 191 señala la posibilidad de segregar a los trabajadores en sus condiciones salariales después de un cambio funcional, por eso sugiere el mantenimiento o conservación de los mismos como garantía frente a la discriminación sobre un trabajador.

⁷⁷² El Convenio Colectivo de Ediciones Primera Plana establece en la equiparación económica por cambio, que “...en concordancia con el principio de «A igual trabajo igual salario». Si la naturaleza de una jornada da derecho a la percepción del plus domingo (edición lunes), dicho plus se percibirá de acuerdo con la categoría desempeñada ese día...”. O, el Convenio de centro educativos subvencionados «“...Categorías funcionales-temporales. (de Director, Subdirector, Jefe de Estudios) Las categorías funcionales-temporales del personal docente, anteriormente mencionadas, así como su jornada y complemento salarial específico, se mantendrán en tanto dure dicha función ...”». Par no obtener como resultado del cambio funcional una merma en la retribución por ser un puesto que en parte de su jornada no tiene ocupación efectiva se fijan procesos como el que establece el convenio de Prensa Española SA (BOE 5.10.1995) «“...los ingresos serán: remuneración total que normalmente tendrá al año en su primitivo puesto de trabajo (incluido nocturnidad, días propios) menos total en el nuevo puesto, igual a cantidad congelada y a absorber a razón de 20% de los incrementos salariales que se produzcan hasta su total absorción “» Con una estructura retributiva más limitada, El convenio colectivo de la ONCE sólo establece la retribución del salario base

⁷⁷³ ST.S. J Pais Vasco 17-marzo-98 AS 1627 Reclamación de cantidad por realizar funciones adicionales definición objetiva de categoría profesional que se realice en el convenio de pizzeria

⁷⁷⁴ La Sentencia del T.S. 9-noviembre-99 ED 51710 en un supuesto donde se discutía la Realización de funciones de esfuerzo excepcionales a su categoría profesional de educadora y si ellas generaban Dº a plus: Se aprecia tal Dº a plus

realizando otra equivalente (y por tanto otro puesto de trabajo) sólo si viene reconocido como consolidable por el convenio o pacto individual con cada trabajador de esa categoría o puesto⁷⁷⁵. No siendo consolidable para el resto de supuestos aunque exista identidad funcional o equivalencia de categorías⁷⁷⁶, es decir, en aquellos casos en los que sólo se percibe el plus en cuanto ocupe el puesto de trabajo o categoría. Igualmente, la reclamación de la conservación de los complementos salariales anteriores, es fácil negar el carácter consolidable en la nueva categoría de unos pluses antiguos en un puesto de trabajo donde no se dan⁷⁷⁷ (por ejemplo –plus de nocturnidad—⁷⁷⁸) al igual que ocurre con las percepciones extrasalariales, sólo se podrán conservar aquellos que se establezcan como consolidados (si se crea un sistema de transición) o los derechos “ad personam”.

-Antigüedad, ascensos y periodo de prueba.

De entre los muchos derechos afectados por el cambio a una nueva categoría aparece el respeto o no al tiempo de servicio completado en la categoría de origen. Este tema ha sido abordado por la jurisprudencia a raíz de los complementos por salariales por antigüedad, en concreto por el derecho a los trienios. Si bien, no se ha producido una sentencia concreta respecto a la equivalencia, podemos aplicar una identidad de razón con el sistema de clasificación era por grupos, en este sentido, la sentencia del TS 9 diciembre 1999 establece que en los casos de movilidad dentro del grupo, el respeto por

de peligrosidad de educadora que realizaba funciones propias de una cuidadora (permanente esfuerzo físico y cuidados de alumnos discapacitados)

⁷⁷⁵ Los complementos de cantidad y calidad de trabajo, tenían a su favor su consideración como en ciertos aspectos como condiciones adquiridas, que unida al derecho a la promoción profesional (que incluye la económica), se veían consolidados.

⁷⁷⁶ Cfr. STSJ de Aragón de 2 mayo de 2000. Donde se permite que el convenio colectivo establezca la consolidación de un plus para el jefe de equipo pero no para el coordinador de trabajo en equipo pese a reconocer el convenio que ambas categorías tienen identidad de tareas. En este caso, el coordinador de tareas en equipo sólo recibe el plus en cuanto ocupe el puesto de trabajo.

⁷⁷⁷ T.S. JS Andalucía 17-abril-98 (NormCEF) el Plus de peligrosidad (como complemento de puesto de trabajo que es) no se puede consolidar en movilidad al ligarse a su desempeño

⁷⁷⁸ T.S. 7-julio-99 no le reconoce al trabajador el mantenimiento del plus de nocturnidad, puesto que sino se estaría rompiendo el sinalagma de la relación (en su sentido reciprocidad). También es posible para paliar las diferencias retributivas al realizar un cambio funcional el propio convenio establece los complementos de puesto de trabajo, así, si al trabajador en la categoría de operador que sube un cambio en el puesto de trabajo para realizar las funciones de coordinador de otros operadores, éste trabajador podrá consolidar su nuevo nivel retributivo pero no alcanzará a consolidar una nueva categoría, porque la misma no existe al haber sido adscrito al grupo profesional de operación. Ver convenio colectivo de Telemarketing.

la antigüedad es la del grupo profesional aunque cambien las prestaciones del trabajador⁷⁷⁹. De aplicarse esta interpretación en la equivalencia, supondría mantener los trienios de la categoría de origen, por continuar realizando una prestación semejante. De esta forma se estaría de acuerdo con *la promoción en el trabajo* que prescribe la constitución y que debe impregnar la aplicación de la equivalencia.

-Periodo de prueba

Se puede citar; el periodo de prueba, donde se pondera la duración del mismo según la cualificación, pues bien, conforme al art. 14.2 ET, no se podrá imponer al trabajador este régimen si prestó servicios en *el mismo puesto de trabajo*, esta referencia al puesto de trabajo y no a la categoría profesional o grupo permite establecer por la empresa un nuevo periodo de prueba para esa categoría equivalente de destino —bajo distinto puesto de trabajo—. Sin embargo, una lectura sistemática (a fin de entender correctamente la institución del periodo de prueba) permite evitar que se ponga en duda las experiencias profesionales del trabajador. Experiencias que han sido las que permiten la equivalencia, por este motivo, se hace preciso su verificación no de un modo matemático cuando se produce un cambio de puesto de trabajo sino cuando se ponga en duda de modo razonable las condiciones profesionales y personales del trabajador. Todo ello a fin de permitir su estabilidad definitiva cuanto antes.

Junto a esto, el periodo de prueba debe ser puesto en relación y coordinarlo con las previsiones y garantías de indemnidad contra los despidos objetivos por ineptitud sobrevenida, sin olvidar el importante papel que, en esta materia, tiene atribuida la negociación colectiva.

-La concreción del trabajo convenido

Serán aquellas funciones que tengan las propiedades definitorias de la equivalencia las que previsiblemente pueda verse obligado a realizar el trabajador, puesto que aquellos cometidos semejantes a los inicialmente previstos. Como dijimos que la definición de equivalencia pecaba de la claridad suficiente, a la hora de aplicarla habrá zonas donde la equivalencia se muestre posible o imposible y luego un margen

⁷⁷⁹ La STS 17 enero 2000, establece la imposibilidad de recurrir en suplicación y, por tanto, reconoce la antigüedad en la categoría profesional desde el inicio de la relación laboral como estableció el juzgado de lo Social.

entremedias (zona difusa) que se puede resolver atendiendo a la equivalencia material (que he propuesto e identificado a lo largo del presente estudio).

Un ejemplo práctico de cómo concretar en que consisten esas «funciones propias» de un grupo o categoría que el convenio es excesivamente amplio o no describe en su integridad⁷⁸⁰, lo podemos descubrir de forma indirecta a través de a través de los requisitos funcionales expuestos para poder cobrar un complemento de puesto de trabajo por realizar *otras tareas adicionales* a las de su puesto asignado. Este método indirecto tiene un problema fácil de apreciar, sólo podremos conocer las funciones de aquellos puestos que contengan complementos retributivos⁷⁸¹.

- La asignación a un Grupo de Cotización distinto.

La nueva categoría determina el grupo de cotización del trabajador, el cual normalmente será el mismo que el que tenía. Con motivo del cambio a una nueva categoría puede surgir un conflicto entre la cualificación y retribución del trabajador y el grupo de cotización al cual la categoría profesional se encuentra encuadrada. En efecto, con la equivalencia se ponen de manifiesto una valoración de aptitudes y de salario que pueden llevar al trabajador –también la inspección de trabajo de oficio- puede formular la asimilación de su categoría a un grupo de cotización distinto al establecido por la empresa para esa categoría⁷⁸².

Según lo establecido en art. 26.3 del RD 2064/1995 Reglamento General de Cotización y Liquidación⁷⁸³, la resolución a esta solicitud la resuelve la Tesorería General de la Seguridad Social, y viene estableciendo una doctrina interesante y trasladable a la reasignación de funciones de una categoría profesional equivalente, puesto que conforme a la misma, la asimilación de categorías a grupos de cotización no

⁷⁸⁰ Pertenecen a la operación las personas encargadas de realizar tareas de operación de telemarketing, atendiendo o gestionando las llamadas, y/o actividades administrativas, comerciales, relaciones públicas, organizativas, etc., bien individualmente o coordinando a un grupo de las mismas

⁷⁸¹ Si el teleoperador realiza: a) tareas de coordinación consistentes en ... b) tareas de gestión telefónica consistentes en ... se le dará un complemento de puesto y la posibilidad de consolidar la categoría de coordinador, esto significa que dichas tareas no constituyen sus funciones propias;

⁷⁸² Las causas de esa solicitud pueden venir de que la nueva categoría asignada tenga equiparado el nivel retributivo con otra categoría de otro grupo de cotización. O bien, porque tras la nueva valoración el trabajador tras la sustitución supere la base máxima de cotización del grupo.

⁷⁸³ (RD 2064/1995, de 22 dic., tras la nueva redacción RD 1890/1999)

se hace individualmente sino con «independencia de los trabajadores que puedan estar integrados en las categorías».

Igualmente, la asimilación se efectúa atendiendo a las circunstancias concurrentes en las categorías que informan del contenido de la actividad ejercida, tales como la exigencia o no de titulación, funciones desempeñadas, niveles de responsabilidad (no en base a criterios meramente retributivos)⁷⁸⁴.

Así, es Tesorería la competente para determinar la asimilación de las distintas personas, sin embargo, la Inspección de trabajo, de oficio, podrá iniciar expediente proponiendo la asimilación

5.2. La Inspección de Trabajo y las extralimitaciones en el cambio entre categoría.

Como contrapunto obligado al poder de dirección del empresario, el ordenamiento jurídico laboral al tiempo que reconoce y dota al empresario de unas ciertas facultades (entre ellas las de movilidad funcional entre categorías equivalentes), al mismo tiempo, establece unos límites en su ejercicio, pudiendo, de no respetarse éstos, solicitar el/los trabajador/es la invalidez de la medida, así como una eventual exigencia de daños y perjuicios si los hubiere (art. 1101 CC)⁷⁸⁵. Todo ello sin perjuicio de encontrarnos ante un incumplimiento empresarial sancionable administrativamente (art. 7.6 del RD-Ley 5/2000 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social –LISOS-).

En cuanto a la reacción administrativa frente a incumplimientos y extralimitaciones del empresario en esta facultad de movilidad funcional, encontramos, una triada de artículos, que incluídas todas como infracción grave, que describen los ilícitos del siguiente modo:

⁷⁸⁴ Véase las resoluciones de la Subdirección de Asuntos Técnicos de la TGSS publicadas en el Boletín de la TGSS (de circulación y edición interna).

⁷⁸⁵ Respecto a la compatibilidad de la reclamación de daños cuando ya el Estatuto prevé la indemnización por la consecuencia ilegal alegada, véase, la última STS ud de 2006, que matizando criterios anteriores, señala la compatibilidad de acciones.

El art. 7.5 de la LISOS: la “transgresión de las normas y límites legales o paccionados en materia de jornada, permisos....., y en general, el tiempo de trabajo” (arts. 23 y 34 a 38 del Estatuto).

El art. 7.6 de la LISOS: la “modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuestas unilateralmente por el empresario”.

Aquí se atiende al aspecto procedimental de la modificación: La conducta empresarial que se tipifica no es la introducción de modificaciones sustanciales que pudieran reputarse ilegítimas o vulneradoras de los derechos de los trabajadores (cuestión sometida a valoración de los órganos jurisdiccionales de los social), sino el hecho de que dicha modificación se introduzca o se acuerde de modo unilateral por el empresario.

El art. 7.10 de la LISOS: el “establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo”, así como a “los actos u omisiones que fueran contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el art. 4 ET”.

Aquí se atiende al aspecto material de las particulares condiciones de trabajo impuestas al trabajador que no pueden adoptarse desconociendo sus derechos consolidados (derechos particulares de los trabajadores reconocidos en el contrato de trabajo o a cuantos otros incorporados específicamente al mismo (invenciones).⁷⁸⁶

5.3. Efectos sobre la prestación laboral del ejercicio ilícito.

La orden empresarial que se extralimite en la opción empresarial por la movilidad equivalente tal y como la ha fijado la normativa no supondrá un ejercicio regular, siendo además un incumplimiento contractual por parte del empresario, eso si no pasa a ser el

⁷⁸⁶ Véase, Mariño Baamonde, A.I., “Las responsabilidades administrativas por las extralimitaciones del poder de dirección del empresario” en Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima. (coord.) Cabeza Pereiro, Lousada Arochena, Movilla García. Comaraes. Granada. 2002. pág. 135 y ss.

supuesto de hecho del «ius variandi» o de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aquí, bajo supuestos y causas legales, se habilita al empresario para ordenar la realización de tareas no pactadas. Estamos, también en este supuesto, ante una intervención legislativa que reconoce un poder, pero es de más amplio alcance que el normal de dirección. Las facultades del art. 39.2 ET permite una alteración temporal del objeto de la obligación. En concreto en este caso, el trabajador adquiere una nueva obligación, no derivada esta vez del acuerdo inicial sino del deber de obedecer (art. 5.c ET) las instrucciones empresariales legítimamente ordenadas

Fuera de los supuestos del poder de dirección regulado específicamente y de la movilidad funcional extraordinaria temporal o definitiva, no sólo existe una vulneración de las causas y previsiones del Estatuto, sino, también un incumplimiento del contrato por el empresario.

Ahora bien, en estos supuestos el trabajador debe: (1) cumplir la prestación mientras (2) impugna la decisión empresarial⁷⁸⁷, conforme la aplicación de la doctrina del “solve et repete”⁷⁸⁸. Todo ello, sin perjuicio de la interpretación jurisprudencial actual sobre la

⁷⁸⁷ En efecto, el trabajador debe cumplir la orden empresarial –aunque ella haya introducido modificaciones sustanciales en sus condiciones de trabajos– y reclamar por exceso ante los juzgados o bien reclamar la resolución contractual al realizarse el cambio lesionando gravemente los derechos básicos del trabajador. Como indica la jurisprudencia (STS 10 de mayo de 1988 Ar 3589; 28 de noviembre de 1989 Ar. 8276 y 28 de diciembre de 1989 Ar 9281): «el trabajador debe cumplir las órdenes de la empresa relativas al trabajo sin perjuicio de poder reclamar contra las mismas cuando las crea improcedentes, pero sin que ello le autorice a incumplirlas, salvo si concurren circunstancias de peligrosidad, ilegalidad y otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa».

⁷⁸⁸ En efecto para no incurrir en desobediencia (imputación que puede realizársele con independencia de la legalidad de la orden empresarial) el trabajador debe cumplir y reclamar judicialmente el exceso en el ejercicio empresarial, pues lo contrario sería tanto como dejar la dirección de la empresa en manos de cada uno de los trabajadores (STSJ Cataluña 16 marzo 1999 As. 5739); juicio sobre la legalidad de la medida empresarial que atentaría contra el principio de autoridad, subordinación y disciplina empresa. Este principio de solve et repete deriva del interés objetivo de la empresa en el cambio funcional que supera al interés del trabajador. Este principio, amplía considerablemente el deber de obediencia, pues se llega a una presunción casi de iuris et de iure de legitimidad de la orden empresarial. Es jurisprudencia tradicional, (STS 12 de febrero de 1981 Ar 705; 2 de noviembre de 1983 Ar 5563; y 26 de febrero de 1985 Ar 920) entender que: «el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder para cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe..., sino que debe ante todo acatarlas, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos»

En contra, Valdés Dal Re La ruptura pág. 47. que entiende como el trabajador no realizará un uso irresponsable de este derecho a valorar la licitud de la medida empresarial pues se arriesga a ser despedido o sancionado en caso de licitud posterior de la medida. En igual sentido, Sainz Cremades, B. La sanción disciplinaria pág. 199. Una explicación de este

posibilidad de que pueda (3) negarse a al cumplimiento de la orden empresarial si le asiste el llamado *ius resistentiae*.

La primera alternativa, el trabajador dispone de una acción solicitando su derecho a la reclasificación. A través de un proceso declarativo ordinario que deberá concluir con una sentencia que permita extraer el status profesional del trabajador y la cualificación para conformar el criterio de equivalencia. La calificación jurídica de la sentencia girará sobre el criterio diferenciador de la categoría⁷⁸⁹ y la diferencia esencial entre ellas⁷⁹⁰.

En segundo lugar, el trabajador tiene la posibilidad de solicitar la resolución del contrato de trabajo, por incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empresario. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente (art. 50.2 ET). La interpretación que ha dado la jurisprudencia respecto a efectividad real de esta resolución, es que sólo se reconocerá en los supuestos graves y extremos.

En cuanto a los supuestos y la interpretación de los mismos que realiza la jurisprudencia actual sobre la posibilidad de que pueda negarse a al cumplimiento (*ius resistentiae*)⁷⁹¹, pueden resumirse una doctrina constante que entiende que el derecho de resistencia sólo ampara al trabajador en supuestos de órdenes *radicalmente* viciadas de ilegitimidad. Pues como indica la STSJ Rioja 6 de abril 1994⁷⁹² “...calificación de ilegitimidad reservada por nuestros Tribunales para aquellas que atentan manifiestamente al orden penal, peligrosas con grave riesgo para la salud o integridad física del trabajador, con manifiesto y objetivo abuso de derecho o con derivación de irreparable perjuicio o grave daño para la integridad o dignidad personal del trabajador.

principio de autoridad frente a la rigidez del sistema por categorías, véase Cruz Villalón *Las modificaciones* ps. 44, 132 y 199

⁷⁸⁹ Ante la inexistencia de base fáctica en el convenio para identificación la categoría, la sentencia será el resultado de ponderar varios criterios como la mayor o menor complejidad de las funciones, el grado de perfección con que las mismas se desempeñen o antigüedad en funciones anteriores. (STCT 10 de abril de 1986)

⁷⁹⁰ STSJ Baleares 29 de marzo de 1993 “.. es preciso determinar cuáles son tales funciones y probar su realización por parte de los trabajadores, y que es obvio que algunas funciones son similares en las categorías de agente ejecutivo y agente ayudante, tales como la de investigación de bienes susceptibles de embargos.., el manejo y custodia de fondos públicos .., la diferencia esencial -por lo que se exige distintos conocimientos- es que los agentes ejecutivos realizan embargos, mientras que los ayudantes se limitan a prepararlos y notificarlos”.

⁷⁹¹ Sempere Navarro, . Cavas Martínez, .Luján Alcaraz, «Ejecutividad de las ordenes empresariales» Comentario a la TSJ Castilla Leon 9 enero de 1996» Aranzadi Social. 1996

⁷⁹² As. 834. Pte.: Ortiz Lallana,

Y ello, porque supone la existencia previa de una presunción de legitimidad de las órdenes del empresario salvo que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, atenten a su dignidad, sean ilegales o concurren circunstancias de peligrosidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa (STS 9 de marzo de 1986 Ar. 1616 y 25 de junio de 1987 Ar. 4635)”. No existe una tendencia, en la reciente jurisprudencia, a la ampliación del *ius resistendae* o autorización parcial a la desobediencia. (STS 7 marzo de 1986 Ar. 1277): “...se exceptúa de este deber de obediencia cuando las órdenes del empresario afecten a derechos irrenunciables del trabajador, al ser *ilegales* o si concurren circunstancias de *peligrosidad* y otros análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa».

En conclusión, aunque la orden fuera ilegítima por excederse ampliamente de una correcta valoración de la aptitud profesional y la intercambiabilidad profesional entre las dos categorías profesionales, el trabajador debería cumplirla (salvo los casos en que nace el «*ius resistendae*» orden ilegal o de extrema peligrosidad) sin perjuicio de que fuera anulada y surgiera el derecho a ser resarcido por la actitud de la empresa, y es que en todo caso, también se ha repetido por la jurisprudencia que los trabajadores no pueden constituirse en definidores de sus derechos y obligaciones, pues ello rompería el más elemental principio de disciplina empresarial, por lo que el actor en principio no podía negarse a cumplir la orden de movilidad equivalente.

CONCLUSIONES DE LA TESIS DOCTORAL

I.- A lo largo de este estudio que ahora concluye, y que intenta ser el fruto de una madurez investigadora y el fin de la misma, se ha intentado proyectar los rasgos más interesantes que presentan las *categorías profesionales equivalentes*, y que pasan tanto por conocer el marco normativo donde se integra la equivalencia como límite objetivo-funcional a la movilidad funcional accidental, como en analizar cómo se produce el juicio de equivalencia con la apreciación de los criterios legales y otros complementarios a éstos.

El presente estudio ha buscado, como perspectiva novedosa, fundamentar, desde el punto de vista dogmático, la equivalencia entre categorías profesionales como supuesto de creación legal específico del poder de dirección. Paradójicamente el embrión de esta tesis, la tesina de grado que realicé en el año 2001, rechazaba esta fundamentación ya no sólo porque la acercaba y daba argumentos a una concepción unitaria del poder de dirección que incluye todas las manifestaciones del art. 39 ET, sino porque dados los amplios términos con los que el legislador dibuja la equivalencia no encontrar un fundamento exterior a la positivación equivalía, en la práctica, a la determinación legal de la prestación debida en términos casi de indeterminación.

La opción de una fundamentación legalista de la institución era pues el objeto de crítica pero, finalmente, se convierte en el eje conductual de la presente tesis. Así, la búsqueda de una fundamentación de la institución en doctrinas civilistas en base a la facultad de especificación y sustitución de la prestación por el acreedor (art. CC) o en la importación un modelo de equivalencia previsto en el ordenamiento italiano (art. 13 del Estatuto Italiano) se ha desechado por no corresponderse con la descripción legal de la equivalencia. Igualmente, se ha buscado la fundamentación de la equivalencia en esquemas civilistas en base a la facultad de especificación y sustitución de la prestación por el acreedor. Lo que nos ha llevado a estudiar el cambio equivalente en los diferentes tipos contractuales (contratos civiles de trabajo, contrato de servicios -obligaciones facultativas-).

Hemos tratado de analizar someramente la significación y amplitud de la facultad de reasignación nuevos deberes al deudor de la prestación dentro de los diversos tipos

contractuales (contrato de trabajo, contrato de servicios) con la finalidad de conocer si la facultad de reasignación funcional equivalente de que dispone el empleador dentro de la relación laboral forma parte de una tipología escolástica más amplia donde encuentra una colocación adecuada: (Las obligaciones facultativas)

Igualmente hemos buscado si existe una identidad de fundamento jurídico entre las diversas manifestaciones posibles; o bien, por el contrario, esta facultad empresarial de reasignación de obligaciones constituye un instituto característico, propio y exclusivo de la relación de trabajo subordinada.

Nosotros hemos concluido la dificultad de aplicar el esquema de las obligaciones facultativas y alternativas del código civil a la lógica de la reasignación de una categoría profesional equivalente. En efecto, una facultad empresarial de sustitución de una prestación por otra prestación idéntica a la programada en el momento solutorio, se presenta como un procedimiento excesivamente complejo para relación laboral, puesto que habría que realizar un juicio de comprobación acerca de si aquella categoría se encontraba agotada y la nueva recoge una idéntica con el género de trabajo acordado.

En conclusión, la movilidad entre categorías profesionales equivalentes se caracteriza por su positivación legal frente a la disposición emanada del negocio mismo de las obligaciones alternativas y facultativas. Y así, el ejercicio unilateral por el empresario de la movilidad funcional entre categorías equivalentes es una facultad concedida en virtud de la previsión estatutaria (art. 39.1 ET) y con la amplitud legal prevista en el art. 39.1 y 2, en relación con el art. 22.3, ambos del Estatuto de los Trabajadores; otorgando el legislador al empresario un nuevo ámbito y límite objetivo del poder de dirección, exigiendo al trabajador tareas que no se corresponden con su categoría inicial pero para las que tiene suficiente cualificación para desarrollarlas y se encuadran objetivamente dentro del ámbito de la prestación debida.

Ahora bien, que se hayan desechado tales fundamentaciones de la institución no significa que no hayan aportado luz a los muchos problemas que presenta la configuración legal de la equivalencia. Así cabe reseñar la valiosa distinción de elementos objetivos y subjetivos en el juicio de equivalencia entre categorías que realiza la doctrina italiana.

II.- La introducción de esta figura tal y como hoy recogen los arts. 22.3 y art. 39.1 ET es consecuencia, tanto de una evolución de la movilidad horizontal que preveía la jurisprudencia anterior a la reforma laboral de 1994, como de la regulación laboral de 1997 que introdujeron una mayor flexibilidad y elasticidad en la utilización de la prestación de trabajo, eliminando definitivamente el límite objetivo-funcional de la categoría profesional bajo cuyo respeto se lograba coexionar un ámbito de movilidad funcional con la determinación inicial del objeto del contrato.

El juicio de la equivalencia viene a ser el nuevo límite-objetivo de la movilidad funcional accidental para el supuesto de sistema de clasificación por categorías profesionales en la empresa o sector de actividad. Su aplicación está condicionada inicialmente por la adopción de este sistema de clasificación profesional o la adopción de un criterio de grupo profesional que, por su falta de definición, no contiene la debida homogeneidad entre sus especialidades o categorías profesionales. Como decimos, su aplicación es subsidiaria, en todos los aspectos, al grupo profesional. El legislador toma al grupo (y por tanto configura las prestaciones laborales como obligaciones genéricas) como el límite-objetivo de la movilidad funcional y la equivalencia ocupa entonces un espacio de movilidad funcional accidental; aquél que no puede ocupar el grupo.

La idea de equivalencia en el cambio funcional no se encuentra, sin embargo, relegada y marginada sino todo lo contrario, pues en la actualidad se está exportando a los cambios dentro del grupo profesional. En efecto, son varios e importantes los convenios que establecen una limitación a la movilidad funcional en el seno del grupo vinculada a la idoneidad en la aptitud y a una mejor adecuación profesional a semejanza del juicio de equivalencia.

III.- El papel que viene a cubrir el *juicio* de equivalencia entre categorías es ser el nuevo límite objetivo de la movilidad funcional y, por tanto, respetando el mismo, el empresario tiene una facultad de sustituir la categoría por otra equivalente. Según lo anterior, la superación de la categoría profesional como límite objetivo de la movilidad en un entorno de mayor flexibilidad en la utilización de la prestación laboral ha llevado a que el *juicio* de equivalencia se haya visto como un supuesto de eliminación de los límites de la movilidad y ampliación del poder de dirección, o como una determinación parcial de la prestación por el legislador a los sistema negociados en base a categorías

profesionales. El art. 22.3 ET tiene entonces una misión tácita: para forzar el cambio al criterio del grupo profesional para buscar la mayor flexibilidad funcional del grupo profesional.

La ejecución de la movilidad entre categorías equivalentes es un juicio de relevancia abstracto. Así, y dado que pueden ser muchos o pocos los rasgos que consigan tal juicio, es preciso un opción regulada (la conexión con el resto de institutos jurídicos sobre la prestación de trabajo del ordenamiento laboral) y condicionada.

IV.- Otro de los objetivos del presente estudio ha sido cuestionar el hecho de la falta de exigencia legal de causa en su ejercicio. Puesto que no haya que explicitarlos el empresario al momento de ejercitar el cambio funcional no significa que no deba estar presente la causa organizativa para su correcta realización.

El poder empresarial al juridificarse pasa a ser un *poder directivo*. Con tal reconocimiento legal asegura la obediencia al mismo del trabajador, pero también su corrección y ejercicio regular. En efecto, el derecho del Trabajo, se ha dicho, al tiempo que ha juridificado, ha corregido la posición dominante del empresario como empleador. Los poderes empresariales no son meros poderes del propietario o titular de la empresa, se colocan dentro del esquema de ejecución del contrato, y así se legitiman frente al trabajador.

Su juridificación (aunque sea con los términos con los que el art. 22.3 ET lo realiza) y contractualización abre paso también a su limitación y control. En efecto, al incluir como supuesto dentro del objeto del contrato la posibilidad de sustitución de la prestación equivalente fruto de la función económica-jurídica que aquella está llamada a mantener con el objetivo de no modificar o extinguir la relación laboral, esta finalidad objetiva –que las partes del contrato persiguieron en su suscripción-- refuerza la opción unilateral del empresario, pero su inclusión en el contrato (en el objeto del contrato) permite considerar mejor los derechos del trabajador.

En este sentido, debemos llamar la atención sobre el renovado papel que le corresponde al contrato de trabajo como garantía ante la imprecisión y desregulación su objeto. El respeto por la cualificación contratada como previsión sustancial que las partes tuvieron presente así como una lectura de la equivalencia en clave constitucional,

nos llevan a reclamar como parámetro o criterio básico de la equivalencia el respeto a la profesionalidad del trabajador.

V.- La opción empresarial por la sustitución de la categoría o prestación por otra equivalente a la vez que supone un reconocimiento o integración dentro del contenido del contrato de trabajo (conforme a la definición del objeto del contrato con base en la realidad externa sobre la que se va a prestar servicios laborales); implica un refuerzo del poder empresarial, al tiempo que supone una delimitación más precisa del contenido y los límites en su ejercicio (de forma más concreta que los que establece el legislador), a fin de garantizar la accidentalidad del cambio funcional y, en todo caso, se realiza bajo la prueba de la sustituibilidad de las categorías.

Los límites legales de la equivalencia son límites negativos, en el sentido de que no afectan directamente al poder de dirección. Las previsiones o límites que debe observar garantizan lo que el trabajador no está obligado a hacer (aquellas prestaciones que redunden en perjuicio de su formación o promoción profesional, por ejemplo), y su control siempre es a posteriori, dando mayor virtualidad al deber de obediencia por el trabajador y a una presunción de la legitimidad del cambio empresarial. De ahí que, al vincularse la equivalencia en el contrato de trabajo, cuando el actuar empresarial se considere ejercicio ilegítimo, no sólo existe una vulneración de la ley, sino también un incumplimiento contractual.

Por último, conforme a los que han sido el eje del presente estudio, se pueden establecer las siguientes **conclusiones**:

1.- Con las categorías profesionales equivalentes se manifiesta una referencia inmediata a un ámbito de movilidad funcional accidental –semejanza de la categoría de origen y de destino-, que aparentemente pretende otorgar al empresario un mismo ámbito de movilidad funcional que el previsto para el cambio de funciones dentro del grupo profesional, pero, y a diferencia de la movilidad dentro del grupo profesional, sin precisar de una concreción por el convenio colectivo de la categorías que sean equivalentes.

Es más, la referencia a las categorías equivalentes se realiza en un sistema de clasificación profesional basado en categorías profesionales. Puesto que la “ratio legis” del art. 39.1 ET en relación con el art. 22.3 ET ha sido crear un instrumento jurídico por el cual el empresario puede actualizar las funciones asignando otra categoría más idónea a las necesidades actuales de la empresa para la satisfacción de los intereses que motivaron la contratación de unas determinadas capacidades profesionales que permitían cumplir con las funciones contratadas. En esa categoría inicial y en la categoría de destino equivalente deberían confluír los intereses tanto del empresario, como del trabajador y los intereses colectivos. Así para el empresario las categorías equivalentes permiten superar el límite a movilidad funcional interna que significaba la categoría asignada como punto de referencia principal y única de la movilidad.

Comenzando por una primera delimitación negativa de la institución, hay que indicar que las categorías profesionales equivalentes, pese a lo que pudiera parecer por su ubicación en el art. 22 del ET no son un referente funcional del sistema de clasificación profesional. Los únicos referentes jurídicos son la categoría y el grupo profesional.

En la regulación de los sistemas de clasificación profesional por los convenios colectivos y/o por los acuerdos de empresa no hay menciones sobre las categorías equivalentes. Si bien, sería posible (no es materia indisponible) y adecuado su reflejo convencional. En efecto, sería conveniente que los convenios contemplaran cuadros de equivalencia para mejor interpretación e identificación de categorías de la misma familia profesional o áreas funcionales.

Delimitado lo que no es, corresponde realizar una delimitación positiva de la institución. Así, las categorías profesionales equivalentes son un ámbito de ejercicio por el empresario de la movilidad funcional. Estamos ante un referente jurídico de la movilidad funcional, que por su previsión legal, permite el cambio funcional accidental, horizontal u ordinario en las empresas con un sistema de clasificación profesional por categorías.

El supuesto de hecho para la aplicación de la equivalencia, —según sugiere el artículo 39 ET— es la existencia de un sistema de organización por categorías profesionales. Así lo establece la cláusula disyuntiva del art. 22.1 ET [...no exista un sistema de clasificación profesional por grupos “definidos”].

La deuda del trabajador es de actividad, determinada genéricamente, y precisa, consecuentemente, de múltiples especificaciones relativas, entre otras, a la clase y calidad del trabajo que ha de prestarse, contribuyendo por una parte a reforzar la justificación de la atribución al empresario de poderes y facultades que modalicen la prestación de esa actividad y por otra parte, a determinar la posición del empresario y del trabajador.

De la disciplina del art. 22.5 ET y la delimitación del objeto del contrato del Código civil, deduce que forman parte de la prestación debida y le son exigibles directa e inicialmente al trabajador las funciones y prestaciones de la correspondiente categoría o grupo profesional.

2.- La aplicación de la equivalencia es un supuesto de poder de dirección –*strictu sensu*- que se ejerce en un sistema de clasificación profesional por categorías y por grupos profesionales no adaptados a su definición legal (el viejo grupo de las cinco categorías de las OOLL), sin más límites que el respeto a las titulaciones profesionales y guardando respeto a la identidad que fija el artículo 22.3 ET.

De esto se podría entender, que nos encontraríamos ante una figura *en vías de desaparición* por aplicarse sobre un “campo de juego desfasado” (el de la categoría profesional), actualmente sobrepasado por el moderno y actual criterio del «grupo profesional», pero en la práctica su ejercicio puede realizarse en cerca de la mitad de los convenios colectivos.

Sin embargo, su importancia y función viene marcada por ser un instrumento legal que certifica la exigencia de idoneidad en los cambios de prestaciones no genéricas, pero a su vez, también significa un límite – y por ello, interpretar restrictivamente sus elementos legales a la vez que otros complementarios--, a la movilidad funcional accidental, es decir aquella dentro del *qualitum* objeto del contrato de trabajo. La actualidad práctica de la equivalencia como herramienta del cambio funcional se evidencia en las resoluciones judiciales.

En aquellos sectores de negociación donde, por afectar a actividades con poca exigencia de adaptaciones funcionales, se mantenga el criterio de la categoría profesional los conflictos de clasificación profesional y movilidad funcional giran en torno a la categoría profesional equivalente.

Igualmente, sirve de parámetro para otros derechos laborales formativo y de seguridad social.

El poder directivo que ostenta el empresario no consiste en establecer mediante actos unilaterales obligaciones a cargo del trabajador o modificar las preexistentes. De hecho, el propio empresario será el primer interesado en no vulnerar los límites que al especificar la prestación laboral le son impuestos por la categoría y, tras la redacción del art. 39.1 del Estatuto, por la Ley 11/1994, por la categoría profesional equivalente.

El legislador laboral no desea que se resuelva el contrato por alteración sobrevenida (nuevas necesidades organizativas) que no recoge una categoría profesional con una única función, por lo que ofrece un régimen jurídico flexible a los poderes de modificación del empresario de las cláusulas contractuales

3.- El *juicio* de la equivalencia entre categorías es el presupuesto del ejercicio de la facultad empresarial y el propio límite de la movilidad funcional accidental.

El juicio es un juicio relacional entre cualificación objetiva y subjetiva de las dos categorías puestas en comparación. Las categorías profesionales sometidas al juicio de equivalencia deben ser las clásicas categorías profesionales que definen los puestos de trabajo e identifican la profesión. Así, en los casos que exista una renovación de los cometidos funcionales en los convenios, donde la categoría no define los puestos de trabajo, sino que se realiza una descripción por aptitudes profesionales o funcionales.

Por lo que la prestación debida se redefine de un modo distinto, no a través de la categoría asignada inicialmente, sino utilizando ahora referentes y contenidos cualificacionales que dificultan conocer objetivamente los elementos de equivalencia (funciones básicas o propias) así como la concreción de la aptitud requerida para su realización. En estos casos de convenios con descripciones sólo subjetivas, sería posible la equivalencia de funciones entre una y otra categoría, comprobando la supervisión que tienen de su trabajo (autonomía) o el mando sobre otros trabajadores. (responsabilidad, mando, complejidad...).

4.- La equivalencia amplía la prestación en el mismo grado y sentido que el grupo profesional.

Es otra de las ideas que han sido repetidas a lo largo del estudio. El legislador quiso ofrecer la misma posibilidad de cambio funcional «accidental» que el ofrecido por grupos profesionales, rompiendo con la resistencia de los sistemas de clasificación por categorías profesionales. Este objetivo lo logra a través de un nuevo concepto sobre el que los agentes negociadores no tienen poder directo: la “aptitud profesional” del trabajador. Es dentro de la empresa donde el empresario juzga la correspondencia entre esa «cualificación real útil» y la categoría profesional de destino, y de ahí la necesaria previsión de procesos formativos previos y la imposibilidad —tras el cambio de alegar ineptitud— de causar el despido.

5.- La aplicación de las *categorías profesionales equivalentes* y el concepto de “identidad aptitudinal”.

Los problemas de interpretación derivados de la definición legal (22.3 ET). Las previsiones que sobre la misma se realicen los convenios colectivos servirá para encauzar la ambigüedad y vaguedad de muchos de sus términos voluntariamente establecidos por el legislador, y así, podría especificarse mejor la aptitud profesional de cada categoría, la definición de cuáles sean las funciones básicas, los procedimientos formativos obligatorios a todo cambio funcional, o la cláusulas de mantenimiento de la retribución de la categoría primera en caso de ser superior a las nuevas funciones. Igualmente sería preciso que los convenios colectivos o los contratos de trabajo, establecieran los criterios complementarios a los elementos legales a fin de garantizar la prueba de sustituibilidad propia de la idea de equivalencia.

De esta forma los convenios colectivos podrían compaginar; el grado de desregulación que insertó el legislador con los elementos que dieron razón de ser al derecho del trabajo y que no son otros (y no siguen siendo otros) que ser garantista a favor de los trabajadores, corrector del mercado y limitativo del margen de libertad de decisión del empleador

especificación y reasignación: no contemplan las misma posibilidades: Esta posibilidad de especificación en las categorías enriquecidas profesionalmente es posible por el contenido funcional acordado por las partes, pero tendría serias dudas de aplicarse a través de la movilidad entre categorías profesionales equivalentes, rectamente interpretada, al no existir entre ambas categorías bidireccionalidad o intercambiabilidad de la cualificación. Por tanto, cuanto más reducida viene la

prestación laboral (categoría profesional unifuncional) más necesidad existe de que el legislador reconozca al empresario la facultad para modificar el contenido de la prestación (categorías equivalentes)

El estudio de otros elementos para la equivalencia entre categorías distintos de los legales, se debe a la insuficiencia de datos que confirmen la realidad del juicio de equivalencia entre dos categorías. La necesidad de datos para la equivalencia es el talón de Aquiles de las posibilidades de reasignación de una nueva categoría profesional equivalente

De la doctrina italiana se ha extraído la división entre elementos objetivos y subjetivos del juicio de equivalencia. El elemento subjetivo —aptitud profesional del trabajador— es el que tiene el mayor peso y significación en el juicio de equivalencia.

Por último y como resumen de todo lo anterior, se puede establecer una regla general: cuanto más enriquecida profesionalmente esté y más descriptiva sea la categoría en sus referentes funcionales más facilidad habrá para conocer los requisitos cualificacionales para su desempeño, y, en consecuencia, se hará más fácil el juicio de equivalencia por el empresario y el control de la corrección de la equivalencia a posteriori por el trabajador

BIBLIOGRAFIA CITADA

AAVV (Albiól Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., Goerlich Peset, J.M^a). *La reforma laboral de 1997* Tirant lo Blanch. Valencia, 1997

AAVV (Díez Picazo, J.L., Guillón, A.). *Sistema de Derecho Civil, vol. II* 6^a ed. Ed. Técno. Madri, 1988

AAVV (Martín Valverde, A., et al). *Derecho del Trabajo*, Técno. Madrid, 2007

AAVV (Palomeque López, M. C., y Álvarez de la Rosa, M.). *Derecho del Trabajo*, 4^a Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1996,

-A-

Alarcón Caracuel, M.R. «La ajeneidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo» REDT núm. 28, 1986.

—. «La Clasificación profesional y la movilidad funcional» en AAVV, Nuevo marco de Relaciones Laborales. Ed. Institut d'Estudis Laborals, Barcelona, 1995.

Alemán Páez, E., ««La polivalencia funcional en el sistema español de relaciones laborales», En Relaciones laborales núm. 10/1994.

—. «La nueva regulación de la clasificación y de la movilidad en la Ley 11/1994 reformadora del Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV. (coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.), La nueva regulación de las relaciones laborales, Ed. Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 1995.

—. «La movilidad funcional: Puntos críticos para su reforma», en AA.VV (coord. MONEREO PÉREZ, J.L.), La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1996.

—. *El encuadramiento profesional*?. MTSS Madrid. 1995

Alía Ramos, M., y Montané Merinero, J. *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, Ed. CISS, Valencia, 1995.

Alonso Olea, M. *Derecho del Trabajo*, Civitas. Madrid. 1998.

—. *Estatuto de los Trabajadores*. Civitas. Madrid 1995.

Álvarez Sacristán, I. ««La clasificación profesional y la movilidad funcional», en Actualidad laboral núm. 26/1995 pág. 438.»

-B-

Baylos Grau,A., «Por una (re)politización de la figura del despido» en Revista de Derecho Social, núm. 12/2000

-c-

Camps Ruiz, L.M. *La modificación de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch.Valencia 1994,

—. «El nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional», TS, nº 43, 1994.

- . «Promoción profesional en la empresa», Actualidad Laboral, Tomo I/1994
- Casas Baamonde, M.E. ««Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva»
En *Las Reformas laborales de 1994 y 1997*. (coord.. Rojo Torrecilla) Marcial Pons. Madrid. 1998.
- Conde Martín de Hijas. ««Clasificación profesional...» Actualidad Laboral
- Conde-Pumpido Tourón, M.T. ««El nuevo poder de dirección del empresario», en cit. pág. 9.»
- Cruz Villalón, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ed. MTSS, Madrid, 1983
- Cuenca Alarcón, M., «La determinación de la prestación de trabajo: Clasificación profesional y trabajo
convenido CES Madrid. 2006.»

-d-

- De Castro, F. «Derecho Civil de España cit. pág. 573.»
- De Soto Rioja, S. ««El contenido de la prestación laboral», cit., pág. 29.»
- Del Rey Guanter, S. «Los despidos por “causas empresariales...”» cit. pág. 176.
- . *Prólogo a: Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Bosch, 1999.
- Del Valle Villar, J. M. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y
de producción ACARL 1996*, pág. 131.
- Diez-Picazo, L. y Guillón, A. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I Técno Madrid 1997
- . *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Vol. 1* Civitas. Madrid. Pág. 354-355
- Doral García, M *El negocio jurídico ante la jurisprudencia* Trivium, Madrid.1994
- Durán López, F., «La organización del trabajo como facultad del empresario y sus límites: el cambio de
puesto de trabajo y la clasificación profesional», RPS, nº 108, 1975
- . «La Clasificación profesional de los trabajadores: Función y significado en la Organización Capitalista del
Trabajo», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978

-E-

- Escudero Rodríguez, R., «Movilidad funcional y formación de los trabajadores», *Revista de Economía
Sociología y Trabajo*, nº 21-22, 1993
- Escribano Gutiérrez, J. *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo CES,
2000*, pág. 109.

-F-

- Fabregat Monfort, G. *El régimen jurídico de la movilidad funcional*. Ed. CES Valenciano, Valencia, 2003
- . *La movilidad funcional por razones objetivas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

Fernández López, M^a F. «El poder disciplinario en la empresa, cit.,

Fernández Villazón, L.A., *Las Facultades Empresariales de control de la Actividad laboral*, Aranzadi. 2003

-G-

Galiana Moreno, J.M. *El contrato de trabajo en el derecho inglés*. Bosch 1978. p 133.

García Murcia, J. *Traslados y desplazamientos en la empresa.. cit. pág. 66.*

Gete-Alonso M^a. C., «Comentarios al art. 1271 CC» en *Comentarios al Código Civil* M.Jusiticia. Madrid. 1991

Gil y Gil, J.L. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Ed. Ministerio de Justicia. 1993, pág. 34.

González Ortega, S., «Clasificación profesional y movilidad funcional» En: *Reforma de la Legislación Laboral* (Jornadas organizadas por la Junta y Ilmo. Col. Abogados Málaga) Coord ESCUDERO RODRÍGUEZ, Sevilla 1997

-J-

Jordano Fraga, F., «Obligaciones de medios y resultados» en *Anuario de derecho civil* 1991

-L-

Lacruz Berdejo, J.L. *Elementos del Derecho Civil vol. II Derecho de Obligaciones*. Ed. Bosch. 1989 pág. 100.

Larenz, K. «Derecho Civil, cit. pág. 281.»

Lasarte Alvarez, C., *Principios de Derecho Civil* Tribium. 1993 vol 2

Livellara. ««La modificación del contrato de trabajo...» cit. pág. 616.»

Lumia, G. «Principios de teoría e ideología del Derecho, cit., p. 106.»

Luque Parra, M. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral* Bosch Editor. Barcelona. 1999.

-M-

Martín Valverde, A. ««ideologías jurídicas y contrato de trabajo», cit., pág. 100.»

Martínez Abascal, V.A. *La Nueva regulación de la movilidad funcional* Aranzadi 1996 págs. 23 a 31.

—.«El acuerdo sobre cobertura de vacíos (III): Sistema de clasificación profesional y movilidad funcional». En la reforma del marco normativo del mercado de trabajo y formación II. jornadas melillenses de D^o del Trabajo y Seguridad.»

Montoya Melgar, A. «La nueva configuración del poder de dirección del empresario», *Reforma de la Legislación Laboral*. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso Olea. Marcial Pons, Madrid 1995.

—. *El poder de Dirección...*, cit. pág. 44.

-O-

Ojeda Avilés, A. «Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la Ley» en Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva: la reforma laboral de 1997 (coords. Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Re, Casas Baamonde.)

—. «Flexibilidad judicial y contractualismo» en Rev. Facultad Derecho Universidad Complutense núm. 14 (monográfico), pág. 59-84.»

-P-

Palomeque López, M-C. *La reforma laboral de 1997 Guía práctica para su aplicación. Praxis. Barcelona. 1997. pág. 18.*

—. «El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional», RPS, 1972, núm. 95

Pérez de los Cobos Orihuel, F. «La denuncia modificativa y el principio de condición más beneficiosa», Actualidad Laboral núm. 21/1996, pág. 415.»

Pérez del Río, T. «La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7-111-1986», Temas Laborales, núm. 8, 1986, págs. 93 y ss.»

-Q-

Quesada Segura, R y otros., *Temas de Derecho del Trabajo. CE. Ramón Areces. Madrid. 1996, pág. 535.*

Quintana Navarro, B. «Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución: criterios jurisprudenciales», En Actualidad laboral, núm. 46, pág. 899.»

-R-

Rivero Lamas, J. «Artículo 41. Modificación de las condiciones de las condiciones de trabajo» en VVAA Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VIII. Revista de Derecho Privado. 1982, pág. 134.»

—. «Poderes, libertades y derechos...»

Rodríguez de la Borbolla Canoman, J. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal. CES Madrid 1994*

—. *El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo. Sevilla. 1975.*

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. «La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil», Relaciones Laborales núm. 21/1996.

—. «La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo» cit.,

—. «La huida del Derecho del Trabajo». Relaciones Laborales núm. 12/1992

—. «La negociación colectiva y el sistema de Relaciones Laborales» *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación colectiva. MTAS colección. Informes y Estudios. Madrid 2001*

—. «La movilidad del trabajador dentro de la empresa», Documentación Laboral, nº 9, 1983

—. «Presentación» en *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas.* (coord.) Escudero Rodríguez, R., La Ley Madrid 2005

Román De la Torre, M^a D. *El poder de dirección del empresario*. Ed. Grapheus Valladolid. 1992 p. 56? 1992.

—. «Clasificación profesional y movilidad funcional» En VVAA La reforma del Mercado laboral Ed. Lex Nova, 1994.

Ruiz Castillo, M.M. ««El pacto individual y las fuentes del derecho del trabajo...»

-s-

Sagardoy Bengoechea, J.A. «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral» en VVAA, Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo Madrid. 1990.

—. «Ineptitud, despido y desempleo» »

Sala Franco, T. «La movilidad funcional» en AAVV La reforma del Estatuto de los Trabajadores Monográfico Relaciones laborales, 1994.

San Juan Puig, V., El objeto del contrato Aranzadi. 1996

Santos Fernández, M.D. *El Contrato de trabajo como límite al poder empresarial...*, cit. pág. 206.

Savatier, J. « «modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels» en Droit Social junio 1988 pág. 135.»

Senra Biedma, F. ««Promoción profesional...», cit., pág. 23.»

Serrano Olivares, R. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES Madrid. 2000.

Supiot, A. *Crítica del Derecho del Trabajo*, cit. pág. 121.

-U-

Ureste Garcia, C. R. ««La movilidad funcional» en Bodas Martín, R., (coord.) El poder de dirección del empresario Ed. Ibídem. Madrid 1997. pág. 24 y ss.»

-V-

Valdés Dal-Ré, F. ««Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral», Relaciones Laborales, T. 1, 1993, págs. 27 y ss.»

—. «Poderes »..cit. pág. 32.»

Valdés de la Vega, B. *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta. 1997. pág. 191.

Valle Muñoz, F.A. *La Movilidad funcional del trabajador... cit. pág. 184.*

Vallejo Dacosta, R. *Modificación de las condiciones de trabajo: un análisis desde la perspectiva del sistema de fuentes de la relación laboral*. CES Madrid. 2002 pág. 187.

Bibliografía extranjera

AAVV. Working paper on Atypical Work in the European Union oficina de publicaciones Luxemburgo, 2001.

-D-

De Luca Tamajo y Fianchi D'Urso. (s.f.). "La mobilità professionale dei lavoratori", En LD n° 90/1990. p 245.

Deakin, D. y. Labour Law Butterworths Londres 2001 pág. 378.

Durand, P. y. Traité du Droit du Travail, T II. p.140.

-G-

Giugni, G. Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro, Ed. Jovene, Napoli 1963.

Gragnoli, E. Rapporto di lavoro pubblico e inquadramento professionale CEDAM, Padova, 1992 p. 130.

-I-

Ianni, R. Il cambiamento delle mansioni e la mobilità interna CEDAM, Padova, 2001.

-L-

Larenz, C. La base del negocio jurídico. pág 35.

Liso, F. La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale; Ed. Franco Angeli, Milano, 1982.

-M-

Mazzoni, G. Manuali di diritto del lavoro 6 E. Ed. Guiuffrè Milán 1988.

-P-

Pessi, R. Il Potere Direttivo dell' Imprenditore 1973.

-S-

Selwyn, N. Law of Employment. Lexis Nexus 12th Ed. London. 2003 pág. 90.

Supiot, A. Les notions de contrat de travail et de relation de travail Europe rapport pour la commission. Oficina de publicaciones. Luxemburgo 1992. p. 39.

-T-

Treu, T. Le relazioni del lavoro in una prospettiva europea, Diritto di lavoro. 1988,I, p. 387.

-W-

Wedderburn, L. Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa..., ult op. cit., p.374..

Introduction

Spanish labour law offers employers one of the greatest degrees of flexibility found anywhere in the national legal systems of the European Union. Connected to this flexibility is the fact that Spain also pursues an economic model characterised by competition, low employer-costs, and high rates of unemployment. The subject matter of this thesis is therefore to look at one particular reform made to Spanish labour law that was designed to increase the flexibility of employers.

The reform in question is that of Law 11/1994, which was passed by the Spanish Parliament in May 1994. Law 11/1994 radically changed the Spanish Workers Statute [Estatuto de los trabajadores], which sets down the basic terms and conditions in an individual employee's contract of employment – terms and conditions that include the ability of the employer to modify the duties of an employee. In essence, Law 11/1994 gives employers increased control over where and how employees can be set to work in one part of the employer's company and then later set to work in another part. Not only has Law 11/1994 radically increased the mobility of employees and re-regulated their rights contained in the individual contract of employment, but the legislation also increased the pressure on unions and employers to conclude collective agreements which classified workers according to the tasks they performed inside professional groups, and identify groups of professionals that would be considered to be equivalent to each other.

The research presented in this thesis analyses the employer's right to require mobility within the context of the Spanish Workers Statute, and pays particular attention to the notion of functional change between equivalent professional categories. Articles 39(1) and 22(3) of the Spanish Workers Statute therefore adopt a central place in this research

Where there is no clearly defined classification of workers based on a professional category system, or where the workers are classified according to a system of categories of professions, then the employer can still secure functional mobility by moving an employee between equivalent professional categories.

The creation of 'equivalent professional categories' (EPCs) contain a broader range tasks and a greater degree of functional change. However, the EPCs are currently very ambiguous and provide only vague descriptions as to what the equivalent categories are. Since the EPCs exist alongside the normal professional functions, it is likely that there will be a great deal of short-term legal confusion surrounding the framework regulating the labour market.

Article 39(1) of the Spanish Workers Statute must also be read in conjunction with Article 22 of the Spanish Workers Statute. Article 22 regulates the company's professional classification system. Again, the system of professional classification depended on the task to be performed by the worker. Where the tasks to be carried out relate to a professional category to which the employee does not belong, then this must be justified by a new collective agreement concluded between the company and worker representatives. Law 11/1994 changes this aspect of the Spanish Workers Act too. It goes much further, and in a different direction. That it is to say, the wording of the amended wording to Article 22(3) of the Workers Statute opens the way for an employer to be able to order tasks to be carried out that are related to the EPC in which the employee is situated.

This may be justified by the worker having equal or equivalent qualifications to that required by the other task, or alternatively, an employer can justify the move on the grounds of 'where necessary'. The legal phrase 'where necessary' allows an employer to put the employee on a training course (or other simple process of readaptation), such that after finishing the course, the employee will be deemed to possess the equal or equivalent qualification, and thus it will be open for the employer to move the employee to another position

Definitions

A few introductory observations need to be made on several of the key terms used in this thesis. The first concerns the key term of 'functional mobility', and two specific forms of functional mobility. This thesis uses the term 'functional mobility' in accordance with the definition contained in Article 39 of the Spanish Workers Statute. That is to say, functional mobility is understood to cover both 'substantial changes in the functional working conditions', and also 'changes of functions within the same professional group, or between the relevant professional categories'.

Both of these specific forms of functional mobility also warrant careful explanation since the term 'within the same professional group or professional categories' is generally used in the context of the power of employers to change the tasks of a category of a worker because of some accidental or unpredicted functional change. Where appropriate, the term 'normal functional mobility' has also been used. In some situations, however, choosing the appropriate term has proved, and continues to prove, rather tricky because of the contradictory use of the terms in Spanish case law and legal commentary. In so far as the term 'equivalent professional categories' (EPC) is concerned, this term should be understood as including the functional mobility that can occur between similar qualification categories, or mobility with guaranties of 'bi-directional' qualification, or mobility that might arise from an employer deeming a position to be equivalent in terms of the amount of professional responsibility which is attached to any particular position.

The second difficulty, which has become a perennial problem since the inception of Law 11/1994, is that of separating the term 'functional polyvalency', from the term 'equivalent professional categories'.

Methodology

The primary research method adopted was a re-evaluation of the existing data on the legal doctrine on worker mobility, but with a particular accent being placed on regulation by collective agreement. Another key part of the method to this thesis was to study in-depth the case law being developed in this specific area of labour law

Careful attention was paid to the historical background of the statutory measure. Analysing the Parliamentary history to the statute and the wording to 'equivalent professional category' revealed the intent of the legislature and also the revealed the intent of the legislature and thus shows the significance of how the Spanish courts have interpreted the wording of the legislation. Analyzing how the regulation is evolving also brings to the fore that the interests of employers and employees diverge on the operation of these functional mobility schemes.

The choice to focus on the primary sources of law (the wording of the legislation, and the case law) is a reflection of the reality that there is currently only a small range of secondary materials available to a researcher. The scope of primary materials used in this thesis is however a wide one, and the materials are not restricted to those about Spanish law or those which are available in the Spanish language. The reason for looking at foreign legal materials is that by looking at how legal systems in other European countries are regulating worker mobility, invaluable insight can be gained into understanding what and how Spain is regulating the phenomenon of worker mobility. The comparative findings are interspersed throughout the text of thesis and are not located in any particular section or chapter of the thesis.

The structure

The structure of the thesis reflects the research method. The thesis opens with a general overview of the subject of worker mobility seen as both a species of the statutory and contractual power of the employer to define the tasks of the worker, the place where the work is to be performed, and the professional classification that will be attached to a task that the worker will have to perform.

Chapter One explains the general theory behind functional mobility and classifying worker tasks according to professional groupings. It sets out the structure to the study, and the need to explain any changes to the contract of employment. The need to account for the Changes in the work contract to extend similar legal recognociment of functional mobility employer power belongs to the professional category, it can be ordered either in professional groups or professional categories concerned. Employers can move employees between either professional groups or professional categories, but beforehand, the employer is obliged to notify the employee of any changes made to the contract of employment.

Chapter Two brings the two issues back together by examining the legal situation of functional mobility employer power after Law 11/1994, and most especially the interpretation of Article 39 of Spanish Workers Statute

Chapters Three and Four present the situation of notion of «equivalent professional category», as functional mobility that may be carried out by the employer in Spanish

labour law, outlining the chronological development of the notion and the different elements that it contains.

Conclusion

The aim of this thesis was to study one type of functional mobility in detail, that is to say, to focus on the notion of changing functions between 'equivalent professional categories'.

Mobility concerns the object of work or the functions assigned to an employee. It is shown to be either vertical or horizontal, depending on whether or not it implies a change of equivalent occupational category or mobility within the same professional group. Horizontal mobility implies a change of professional categories. This type of functional mobility is described as belonging to an employer's managerial authority. The powers attributed to the employer are to specify and organize the work to be performed in an enterprise. According to some aspects of Spanish labour law, this authority is primarily rooted in the contract of employment although to a lesser extent, the law is also an expression of the notion of free enterprise enshrined in Article 33 of the Spanish Constitution.

The research shows that after Law 11/1994, the employer's prerogative and power to control and direct his employees was extended to give employers even greater powers to achieve 'flexibility'. The 'discretion' of an employer, in the context of horizontal mobility, has become expressed in Article 39(1) of the Spanish Workers Statute. Employers are almost completely free to change an employee's tasks, a power limited only by the fact that they must observe the obligations arising from the contract of employment, the academic or professional requirements of the job, and the tasks and duties which are appropriate to the worker's professional grouping. The limitation of the employer's power by statute, and general principles of civil law, is also limited by the wording of the collective agreement, for the collective agreements define the professional groupings and provide the limitations and guarantees in the event of an employer requiring worker mobility.

In order to study the equivalent categories, it was first necessary to know which categories were to serve as comparators and to know of their relative proximity to each other. Occupational categories are grouped by either tasks or jobs with uniform

characteristics (the same occupational group). The numbers and names of the categories within a given enterprise are normally laid down in industry wide provisions. Assignment by an employer to an occupational category also determines the specific content of the work to be performed and the appropriate level of responsibility. The level of the wage is also set according to occupational category.

Against this background, the comparators for functional mobility between equivalent categories are set down in Article 22(3) of the Spanish Workers Statute after being amended by Law 11/1994. That statutory provision looks at the level of qualification of the worker to be moved, and the level of qualification that would be required in the new position. Moving from one professional category to another within the same level of qualification can still involve a change of activity (and even an internal job transfer), but requires work of the same type of professional category because otherwise there will not be an equivalent qualification for the other type of work. What is striking is that this latter aspect is a legal development that has occurred through case law and legal commentary, because the wording of the Spanish statute was actually silent on the matter.

The law of equivalence required that both categories cover the same professional skills - an assessment involving an element of objective comparison, and a subjective of comparison. The employer must draw a comparison of knowledge, experience and technical ability which equips an initial professional category, and a worker's occupational skill contract, for exercising a new professional category. Only if all these elements concur will there be said to be permitted functional mobility between equivalent professional categories. Ability is traditionally among the decisive factors in so far as occupational classification is concerned and this is also taken as a criterion for distinguishing between skilled and unskilled workers.

Article 39 of the Spanish Workers Statute as amended by Law 11/1994 states that changes of activity must be between the equivalent professional category which have the same form as within that professional group. It also permits functional mobility for carrying out functions not related to the professional group or equivalent grades but this will be possible only if there are technical or organizational reasons that justify this. In the event of lower duties entrusted to the employee this must be justified by the peremptory or unpredictable needs of the enterprise. The employer must communicate this situation to the workers' representatives. That (no giving information to the

workers) do not mean that the technical or organizational ground does not exist in the company. They exist in all the functional mobility between equivalent categories, otherwise the employer's managerial authority could be arbitrary use.

The requirement of giving information to workers does not mean that the technical or organizational ground for occupational mobility does not exist; it is simply a statutory requirement designed to prevent the employer from exercising the managerial authority in an arbitrary way

This research also finds that in practice, an employee is likely to waive their rights at the start of the employment relationship. This happens when the terms and conditions of employment are being imposed under the guise of the employer's managerial authority, and also when there are discussions surrounding the categories of equivalent for the tasks neither belong to the same functional professional area nor constitute a really horizontal functional mobility.