

MOVILIDAD FUNCIONAL. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE SU REGULACIÓN

Brais Columba Iglesias Osorio
Profesor Asociado Doctor de Derecho del Trabajo de la Universidad de La Laguna

Abstract

La norma estatutaria en materia de movilidad funcional se vertebra en parte en conceptos jurídicos indeterminados que acaban por crear conflictividad judicial. Se fía su apreciación al criterio jurisprudencial, no siempre coincidente, respecto a cuándo una medida de movilidad funcional de la empresa atenta a la “dignidad” de la persona trabajadora o en qué circunstancias se considera que la movilidad se ha ejecutado por un tiempo “imprescindible” o cuándo se considera que un cambio técnico en el puesto de trabajo es “razonable”. Tampoco prevé la norma estatutaria un tratamiento específico de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos en el trabajo.

The statutory rule on functional mobility is somewhat structured in vague legal concepts that raise judicial conflict. Its determination is based on jurisprudential criteria, not always coincident, regarding what type of functional mobility measure jeopardize the “dignity” of workers or in what circumstances mobility is deemed to be carried out for an “indispensable” time or when a technical change in the workplace is considered to be “reasonable”. The statutory rule does not provide a specific treatment either in functional mobility for workers who are especially sensitive to certain risks at work.

Title: Functional mobility. Controversial aspects of its labour and procedural regulation

Palabras clave: Movilidad funcional. Flexibilidad empresarial. Movilidad objetiva. Movilidad funcional convencional

Key Words: Functional Mobility. Enterprise flexibility. Objective Mobility. Collective Agreements Mobility

IUSLabor 1/2023, ISSN 1699-2938, p. 46-85

DOI 10.31009/IUSLabor.2023.i01.02

Fecha envío: 16.1.2023 | Fecha aceptación: 13.2.2023 | Fecha publicación: 17.3.2023

Sumario

1. Introducción
2. La movilidad funcional horizontal: estrategia empresarial vs. oportunidad para la persona trabajadora
3. La movilidad funcional vertical: indefinición de su carácter causal y temporal
4. Polivalencia funcional sobrevenida y la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*
5. Movilidad funcional y sus límites conceptuales: lo “digno”, lo “imprescindible” o lo “razonable”
6. Movilidad funcional con desplazamiento de centro
7. Movilidad funcional descendente por supuesta inadaptación de la persona trabajadora a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo
8. Persona trabajadora movilizada por motivos ajenos a las necesidades habituales de la empresa
 - 8.1. Movilidad funcional por razones de salud y seguridad
 - 8.2. Movilidad funcional por motivo de una huelga
9. Algunos supuestos de previsiones convencionales en materia de movilidad funcional objetiva
10. Aspectos procesales relativos a las reclamaciones en materia de movilidad funcional
11. Conclusión
12. Bibliografía

1. Introducción

El diseño de estrategias de gestión de movilidad de talento interno de las empresas para adaptar las habilidades y competencias técnicas de sus plantillas a los nuevos modelos productivos es un desafío empresarial poco explorado. Los desafíos de competitividad y adaptación a un entorno económico cambiante imponen una diversificación constante de funciones en la empresa a la que las personas trabajadoras deben adaptarse para no verse afectados por medidas extintivas. La empresa debe también asumir que es posible retener talento interno si se canaliza correctamente a través de una estrategia de gestión eficiente que atraiga y seduzca a la persona trabajadora a comprometerse con nuevos roles y funciones que le permitan un mayor desarrollo profesional, alcanzar nuevos objetivos, mejorar su capacidad profesional, su compromiso y motivación. Cuando la persona trabajadora se involucra en nuevos desafíos laborales afianza su capacidad adaptativa y conquista espacios de colaboración y decisión y fortalece su liderazgo. Además, el artículo 4.2 b) ET dispone que uno de los derechos de la persona trabajadora es la potestad de exigir a su empleador la promoción y formación profesional en su trabajo, exigir también que se efectúe el proceso formativo para su adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo (artículo 52.b) ET), así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor estabilidad en el empleo. Al empleador le saldría a cuenta adaptar el talento de su plantilla a las nuevas exigencias del mercado, antes que optar por las medidas extintivas.

Así pues, la movilidad funcional no debería ser vista como el uso y abuso del *ius variandi* de la empresa, causa de infinitas perturbaciones en el clima laboral (estrés, acoso, menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora, discriminación directa e indirecta, etc.), sino como una oportunidad de desarrollo del talento multifuncional de la persona trabajadora para cambiar -dentro de su grupo profesional- de rol, de equipos, de proyectos, intercambiando puestos laterales o promociones horizontales (talento multifuncional). Se debe avanzar hacia un modelo de relación laboral menos vertical y más colaborativo en el que la parte empresarial y la persona trabajadora compartan espacios de colaboración mutua. El ejercicio regular de las facultades de dirección de la parte empresarial no puede extralimitarse más allá del ámbito normal de la obligación de la persona trabajadora de realizar su prestación laboral con diligencia y colaboración, lo que supone una actuación recíproca de buena fe (artículo 20.2 ET). Es necesario, pues, reorientar la filosofía de la movilidad funcional para ponerla en valor, y desechar algunas prácticas empresariales que podrían llevar equivocadamente a una interpretación exógena, destructiva o punitiva de la movilidad funcional impuesta por obstinación empresarial rayana al acoso y al menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora, obviando que muchas otras actuaciones empresariales en esta materia son lícitas y ajustadas a sus necesidades.

Sin embargo, muy poco se ha avanzado en esta dirección colaborativa. Se anunciaba en el preámbulo del RDL 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que el objetivo de la referida norma era la “flexiseguridad” en la regulación de las relaciones de trabajo. Esta regulación dio una nueva dimensión a la flexibilidad interna de la empresa ampliando su autonomía en diferentes ámbitos, especialmente los relativos a la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En el ámbito de la movilidad funcional, como se advertía en el preámbulo del RDL 3/2012, de 6 de julio, el legislador estableció el grupo profesional como única referencia del sistema de clasificación profesional con la finalidad de sortear la “rigidez” de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional “ordinaria” un mecanismo de adaptación “*más viable y eficaz*”. De ahí que el ejercicio del poder de dirección empresarial ordinario (artículo 20 ET en relación al artículo 39.2 ET), no se encuentra sujeto a ningún tipo de justificación causal ni temporal. Por tanto, la entidad empresarial ejercita de forma legítima su poder de dirección aplicando criterios meramente organizativos o técnicos en la distribución de las tareas entre los trabajadores y trabajadoras del mismo grupo profesional, sin entrar a valorar la mejor o peor eficacia empresarial¹. Por tanto, la medida empresarial, que exija a la persona trabajadora la prestación de unas determinadas tareas y no otras dentro de las propias o correspondientes a su cualificación profesional, no puede considerarse ilegal, en tanto en cuanto dicha decisión “*entra de lleno en la libertad de empresa*”².

Se ha reprochado que el “*reforzamiento de la imperatividad de la norma*”, en el ámbito de la flexibilidad interna, acabó por revertir los principios tuitivos del Derecho del trabajo, desplazando su propio objeto, dado que el del RDL 3/2012, de 6 de julio, apuntaló la tutela de la empresa y la productividad en vez del trabajo³. Supuestamente,

¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen (coordinadora); GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (coordinador), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al Profesor Alfredo Montoya Melgar*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 32. Véanse también FABREGAT MONFORT, Gemma, *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 9-12.

² STSJ Asturias, nº 837/2012 de 16 de marzo (rec. nº 212/2012).

³ Entre muchos otros estudios, véase MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 23/24, sección monografías, 2012; QUINTANA HERNÁNDEZ, José Manuel, “¿Flexibilidad laboral, Flexiseguridad o Flexplotación?” *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, nº 26, 2012; ORTIZ GARCÍA, Pilar, “Flexibilidad laboral en el mercado de trabajo español”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 32, 2013; PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, “La flexibilidad interna tras La ley 3/2012, de 6 de julio”, *Temas Laborales*, nº 118, 2013; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R., *Reforma laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012; SÁEZ LARA, Carmen., “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de

este *ius variandi* empresarial tenía que traducirse en una medida alternativa a las prácticas extintivas que se habían generalizado como consecuencia de la crisis financiera de 2008. No obstante, diversos factores han contribuido a la infrautilización de las medidas de flexibilidad interna que se perpetúan en el momento actual tras la crisis sanitaria de la COVID-19. Entre ellos, citemos: (i) la caída desbocada de la productividad en algunos sectores tras la crisis financiera de 2008 no podía paliarse con medidas de flexibilidad interna; (ii) el tejido empresarial, formado mayoritariamente por pequeñas empresas, no dispone de un contexto laboral propicio para la flexibilidad interna; (iii) la regulación jurídico-positiva de las medidas de flexibilidad son percibidas por la empresa como una fuente de conflicto, no solo por la oposición sindical, sino también por el control e interpretación restrictiva de las facultades empresariales por los órganos judiciales; (iv) algunas personas trabajadoras prefieren la opción de acogerse a un despido indemnizado y posterior prestación por desempleo antes que sufrir la modificación a la baja de su relación laboral; y (v) en aquellos sectores y empresas con una fuerte representación y presión sindical se firman convenios colectivos con cláusulas más restrictivas de flexibilidad que las previstas en la norma estatutaria, lo que acaba provocando una reacción empresarial a su aplicación y, por tanto, una mayor predisposición de la empresa a la extinción de la relación laboral.

El grado de aplicación de los diferentes tipos de medidas de flexibilidad interna -jornada laboral, cambios de contrato, sistema de retribución y cuantía laboral, movilidad funcional y movilidad geográfica-, en empresas con 5 o más personas trabajadoras entre 2013 a 2019 se mueve en una horquilla entre el 20,7% al 27,2%⁴ del total de empresas que aplicaron alguno de estos mecanismos de ajuste laboral, siendo mayor el porcentaje en las grandes empresas y corporaciones. En este período, la movilidad funcional ha sido residualmente aplicada y fue disminuyendo cada año (salvo un pequeño repunte en 2016). El porcentaje de empresas con trabajadores movilizados con carácter horizontal o vertical oscila entre un 2,5% en 2013 a 1,3% en 2019⁵. Curiosamente, esta proporción

trabajo”, *Temas Laborales*, nº 115, 2012; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Flexibilidad interna y externa en el RDL 3/2012”, *La Ley*, nº 7833, 2012; DEL REY GUANTER, Salvador, “La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Actualidad laboral*, nº 17-18, 2012 y POSE VIDAL, Sara, “La aplicación judicial de la flexibilidad interna”, *La Ley*, nº 8177, 2013.

⁴ Véanse los datos de las encuestas anuales laborales del Ministerio de Trabajo en los que se constata que la aplicación de medidas de flexibilidad interna por las empresas entre 2013 a 2019 fue decayendo sucesivamente, salvo en el año 2016. Así, en el año 2013 solo el 27,0% de las empresas encuestadas aplicaron alguna medida de flexibilidad interna. El porcentaje decae al 24,3% en 2014 y al 20,7% en 2015. Repunta al 27,2% en 2016 para volver a caer al 25,5% en 2017, al 24,4%, en 2018 y finalmente al 22,5% en 2019. El informe para 2020 (última encuesta disponible) arroja un porcentaje muy superior (54,2%) debido a la crisis sanitaria del COVID-19 y las actuaciones legislativas destinadas a obligar a las empresas a adoptar medidas de flexibilidad interna (por ejemplo, los ERTE) antes que las extintivas. (<https://www.mites.gob.es/estadisticas/eal/welcome.htm>; consulta: 16/09/2022).

⁵ Correlativamente, la movilidad funcional ha tenido escaso impacto en el mercado laboral. En el año 2013 solo el 2.5% de las empresas encuestadas aplicó algún tipo de movilidad funcional. El porcentaje

de empresas que aplicaron mecanismos de movilidad funcional se mantiene en el año 2020, aun cuando el episodio pandémico de la COVID-19 elevó a un 54,2% el porcentaje de empresas -de más de 9 personas trabajadoras- que aplicaron medidas de flexibilidad interna conducentes a la modificación de la jornada laboral (un 50,8% de las empresas), a cambios de contrato (un 8,2%), al sistema de remuneración y cuantía salarial (un 2,6%). Sin embargo, la movilidad funcional, como se ha señalado, no varía porcentualmente en relación a los años anteriores.

El hecho de que el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, dé por buena la regulación de la flexibilidad empresarial de la reforma laboral de 2012 en todos sus términos, en tanto en cuanto no se altera el redactado de los artículos 39-41 ET, es una constatación de que los agentes sociales han preferido mantener el *status quo* ante la incertidumbre socio-económica persistente. La parte sindical no forzó su modificación porque los representantes de las personas trabajadoras disponen de capacidad para limitar el marco jurídico de la norma estatutaria a través del pacto convencional respecto a aspectos relativos a la aplicación unilateral de la empresa de medidas de flexibilidad interna. Sin embargo, la actividad más litigiosa en la cuestión debatida se localiza en las pequeñas empresas de menos de 10 personas trabajadoras en las que el poder de dirección empresarial se ejerce sin apenas control sindical.

2. La movilidad funcional horizontal: estrategia empresarial vs. oportunidad para la persona trabajadora

La gran recesión provocada por la crisis financiera y el sucesivo impacto económico de la crisis sanitaria han producido cambios de modelos y actitudes empresariales junto a una nueva percepción de las personas trabajadoras de sus capacidades, competencias y habilidades para incorporarse a nuevos retos, roles o funciones dentro de la empresa. Surge una nueva concepción de la relación laboral mucho más abierta y colaborativa y el legislador actual, consciente de ello, optó nuevamente por mantener la regulación de 2012 de la movilidad funcional ordinaria y vertical ante la posibilidad de que la empresa la sepa utilizar en beneficio de ambas partes de la relación laboral o ante la expectativa de que la negociación colectiva pueda mejorar la norma estatutaria.

Al hilo de esta cuestión, interesa recordar que la situación económica derivada de la crisis financiera de 2008 predispuso que el RDL 3/2012, de 6 de julio, eludiera gran parte de los principios rectores del II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva de

decae al 2% en 2014 y al 1,6 % en 2015. Repunta al 2,4% en 2016 para volver a caer al 2% en 2017, al 1,9%, en 2018, al 1,8% en 2019 y finalmente al 1,3% en 2020. (<https://www.mites.gob.es/estadisticas/eal/welcome.htm>; consulta: 16/09/2022).

2012. En dicho Acuerdo se planteaban ciertos límites a la unilateralidad empresarial en tanto en cuanto se exigía que en cualquier tipo de movilidad funcional se garantizase la información, la idoneidad y la formación para la asignación de nuevas funciones junto con el respeto a la dignidad de la persona trabajadora y su desarrollo profesional. El referido RDL 3/2012, de 6 de julio, dispuso que la movilidad funcional ordinaria, la que se efectúe dentro del grupo profesional en que esté encuadrado el trabajador, es prerrogativa de la autonomía empresarial, siempre que su aplicación se formalice de acuerdo con las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y que se realice sin menoscabo de la dignidad de la persona movilizada (artículo 39.1 ET)⁶. Obviamente, la medida empresarial no puede eludir el control judicial al objeto de apreciar si la actuación de la empresa ha sido arbitraria, contraria a la buena fe contractual o con ánimo de venganza o agravio de la persona trabajadora movilizada. Además, las previsiones del artículo 4.2ºb) ET junto con las del artículo 23 del referido texto legal serán objeto de aplicación con carácter general por sus efectos en los derechos laborales de las personas trabajadoras. En todo caso, para determinar el alcance y contenido de la movilidad funcional ordinaria, habrá que referirse a lo previsto en el artículo 22.2 ET, donde se estipula qué se entenderá por grupo profesional. Dispone el citado precepto que el grupo lo constituye aquel conjunto de personas trabajadoras que comparten unitariamente aptitudes profesionales, titulaciones y el contenido general de la prestación, aunque las personas trabajadoras puedan desarrollar distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades.

Por otra parte, la ubicación de una persona trabajadora en un determinado grupo profesional viene determinado por el pacto contractual en el que se establece su encuadramiento junto con el contenido de la prestación laboral, que puede contener todas o sólo parte de las funciones correspondientes al grupo. Así pues, las distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades que se le pueden asignar a una persona trabajadora -independientemente de las funciones para las que hubiese sido contratado inicialmente- estarán incluidas en la estructura de funciones del grupo profesional en el que esté encuadrado. En realidad, la práctica nos muestra que el cambio de funciones dentro de un mismo grupo profesional no es más que una simple especificación de las tareas que la empresa asigna a cada persona trabajadora en virtud de su poder de dirección, atendiendo a las necesidades de la empresa. En síntesis, en virtud de la relación contractual suscrita, cada persona trabajadora será encuadrada en el sistema de clasificación profesional en función del puesto que ocupa o la categoría que ostente. Ello implica que cada puesto o categoría pertenece a un único grupo profesional, a una única área de actividad y a un único bloque funcional.

⁶ Véase, TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de jornada tras la Reforma Laboral de 2012*, Albacete, Bomarzo, 2012.

La justificación del legislador respecto a la unilateralidad de la medida empresarial es la de poner a disposición de la empresa un instrumento ágil y eficiente para optimizar recursos y garantizar la propia viabilidad del proyecto empresarial, lo que repercute en beneficio de la persona trabajadora. El titular de la empresa podrá efectuar el cambio de funciones de una persona trabajadora dentro del grupo profesional de su encuadramiento sin necesidad de alegar causas específicas. Tampoco tiene obligación de concretar principios o medidas de afectación, ocupacionales o temporales, ni está compelido a regirse por un determinado procedimiento, que la ley no prevé, ni siquiera tiene el mandato de comunicar previamente la medida a la persona trabajadora afectada o a la representación sindical. Por ello, tampoco existe un control judicial sobre la justificación de la medida o el procedimiento que se haya seguido, salvo que la actuación empresarial no respetase los límites impuestos por el contenido y alcance del grupo profesional o no se efectuase de acuerdo con las titulaciones académicas o profesionales exigidas para ejercer la prestación laboral. También podrá impugnar la persona movilizada la vulneración de sus derechos fundamentales que atenten a su dignidad o cuando pudiera probar que la movilidad se ejecutase arbitrariamente contraria a la buena fe contractual⁷ o cuando se extralimitasen las disposiciones convencionales en esta materia.

Es notorio que las organizaciones sindicales han denunciado en la última década algunos abusos empresariales en el cambio de funciones y tareas de las personas trabajadoras bordeando la ley o amparándose en una regulación lasa y permisiva. También los órganos judiciales en el ámbito laboral han puesto coto a algunas arbitrariedades empresariales que injieren un cierto tipo de acoso o menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora por actuaciones empresariales de cambio de funciones degradantes destinadas esencialmente al desistimiento de la persona trabajadora⁸. Este tipo de movilidad arbitraria impuesta por la empresa, cuando se produce, suele ocasionar problemas de adaptación de la persona trabajadora a su nueva función que pueden derivar en situaciones de acoso laboral, marginación, menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora o simplemente servir de pretexto para una medida extintiva por supuesta incapacidad maliciosa o inadaptación tecnológica al puesto de trabajo por no superar el proceso formativo (artículo 52. b) ET). Son todas estas cuestiones las que están generando una gran actividad judicial con difícil pronóstico para los operadores jurídicos, dado que la carga de la prueba recae generalmente en la

⁷ La movilidad funcional como represalia vulnera la garantía de indemnidad, STSJ Canarias, Sala de lo Social nº 1442/2019, de 30 de diciembre (rec. nº 590/2019).

⁸ “*el hostigamiento laboral consiste no sólo en situaciones de violencia psicológica y/o física de forma prolongada y a través de mecanismos diversos, sino en especial también mediante la implantación de medidas organizativas (así, no asignación de tareas o encargo de funciones inadecuadas, degradantes, de imposible cumplimiento...)* y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral (tales como impedir la relación con los compañeros de trabajo o con clientes), todo lo que produce al afectado alteraciones psico-somáticas de ansiedad y, en ocasiones, su abandono del trabajo al no poder soportar el estrés al que se halla sometido” STS, Sala de lo Social, de 25.02.2015 (rec. nº 3330/2013).

persona trabajadora. Por otra parte, conviene mencionar que, en algunos casos, el ejercicio de esta facultad empresarial se mueve en los contornos de una tenue línea fronteriza que separa la movilidad funcional de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET) que requieren un procedimiento tasado para su aplicación.

Sin embargo, hay indicadores que demuestran que este tipo de comportamientos empresariales tienden a disminuir, no tanto por la acción sindical y el control judicial, sino por una nueva cultura colaborativa en las relaciones laborales en nuestro país. Como se ha ya señalado, el mercado laboral está sujeto a constantes cambios técnicos y organizativos en los diferentes modelos empresariales que requieren un mayor dinamismo en el proceso de adaptación de las plantillas a las nuevas necesidades del mercado y la gestión de recursos. Por eso, la movilidad funcional colaborativa que se adapta a las capacidades y habilidades actuales o potenciales de las personas trabajadoras puede contemplarse por la persona trabajadora como una oportunidad de progresión profesional y como una actuación empresarial que favorece el clima laboral.

En todo caso, el cambio de funciones impuesto unilateralmente por el empleador tiene sus límites que derivan no solo de la ley, sino del criterio jurisprudencial ya consolidado⁹. El desempeño de tareas o puestos que pertenezcan al mismo grupo profesional, por considerarse tareas de una similar valoración socio-profesional y retributiva, atiende, con carácter general, a las siguientes reglas estatutarias y jurisprudenciales, salvo que exista una disposición convencional más favorable a la persona trabajadora para la movilidad funcional horizontal: (i) El titular de la empresa solo puede encomendar funciones correspondientes a otro puesto o función del mismo grupo profesional. (ii) La persona trabajadora solo podrá movilizarse de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales exigidas para ejercer la prestación laboral. (iii) La medida empresarial no podrá ejecutarse de forma arbitraria, contraria a la buena fe contractual o con ánimo de represalia o castigo, bien sea vulnerando su dignidad profesional o atentando a sus derechos fundamentales. (iv) La movilidad no puede revertir en un perjuicio “real y efectivo”, objetivamente constatable, que afecte a la naturaleza y objeto del contrato en tanto en cuanto pueda frustrar las expectativas legítimas de la persona trabajadora como es el derecho a su promoción profesional. Por otra parte, la unilateralidad de la medida empresarial se manifiesta en las siguientes prerrogativas: (i) El titular de la empresa no necesita alegar necesidades del servicio, organizativas o productivas para ejercer su derecho a este tipo de movilidad. (ii) La temporalidad de la medida no está sujeta a determinación, en tanto que la norma estatutaria no prevé un límite temporal a la realización de funciones a la persona trabajadora movilizada. (iii) No se exige formalidad o procedimiento tasado ni se obliga

⁹ Véase, por todas, STSJ Comunidad Valenciana nº 852/2021, de 12 de marzo (rec. nº 2814/2020).

al titular de la empresa a comunicar su decisión al afectado ni a los representantes de las personas trabajadoras.

3. La movilidad funcional vertical: indefinición de su carácter causal y temporal

La movilidad funcional vertical impuesta por la empresa, no pactada, para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional del encuadramiento contractual tendrá que acreditarse en *“razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención”* (artículo 39.2 ET). Uno de los temas más controvertidos de este precepto se halla en su apartado tercero relativo a la retribución de funciones. Por una parte, en el desempeño de funciones inferiores se *“mantendrá la retribución de origen”*, mientras que la ejecución de funciones propias de un grupo profesional superior da *“derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice”*. Así pues, si la persona trabajadora viese reducido su salario en los casos de movilidad funcional descendente se alteraría *“el sistema de remuneración y cuantía salarial”* (artículo 41.1.d) ET), materia que encaja necesariamente en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que está sujeta a un procedimiento propio y al potencial derecho de la persona trabajadora a optar por el despido indemnizado. Sin embargo, resulta en muchos casos complejo determinar en qué proporción la ejecución de funciones propias de un grupo profesional superior da derecho a la retribución correspondiente al grupo superior movilizad cuando se compatibilizan funciones del grupo de origen y del superior. Por ejemplo, si la persona trabajadora ejerce algunas o parte de las funciones del grupo superior, ¿habría realmente movilidad ascendente? o ¿si la ejerce durante días o meses para cubrir una necesidad eventual? El criterio jurisprudencial sigue siendo impreciso en la medida en que se limita a afirmar que *“es necesaria la perfecta acreditación de que efectivamente se están desempeñando fundamentalmente estas funciones de la categoría [actualmente, grupo] superior y no parte de las mismas”*¹⁰. Además, la ejecución de funciones propias de un grupo superior tiene que ser efectiva, real y en tiempo considerable¹¹. ¿Qué significado ha de darse a las expresiones *“parte de las mismas”*? ¿Acaso no se permite compatibilizar funciones del grupo de origen y del grupo superior y retribuirlas proporcionalmente? Todo parece indicar que el criterio jurisprudencial no permite la compatibilidad de funciones, porque no se considerará movilidad a un grupo superior si la persona trabajadora solo realiza parte o algunas de

¹⁰ SSTs, Sala de lo Social, de 20.09.2004 (rec. nº 2615/2003) y de 05.11.2019 (rec. nº 3974/2017). En la misma línea, desde 1992 la doctrina del TS viene reiterando que *“para tener derecho a retribuciones superiores, es necesario no solo que el ejercicio de dichas funciones de categoría superior excedan de modo evidente a las que son atribuidas a su categoría profesional, sino que es preciso que entren en pleno en las asignadas en la categoría superior”* STS, Sala de lo Social, de 12.02.1997 (rec. nº 2058/1996).

¹¹ El derecho a una mayor remuneración por ejercer funciones de un grupo superior *“exige una realización efectiva y continuada, con desempeño auténtico y real de todas las funciones que son esencia de la categoría superior”* STSJ de Cataluña nº 1909/2018, de 23 de marzo (rec. nº 238/2018).

las funciones de este grupo superior y, por tanto, será retribuido por su grupo de adscripción contractual. La interpretación jurisprudencial tiene cierta lógica, teniendo en cuenta que la polivalencia funcional tiene que pactarse y no imponerse unilateralmente por la parte empresarial.

La movilidad funcional vertical tiene que estar justificada en razones ligadas a los aspectos técnicos de la empresa o del sistema de producción, o bien, a la organización de la producción o del trabajo. De ahí que, junto a los poderes ordinarios de dirección y organización del trabajo, la empresa tiene facultades de movilidad funcional más allá del contenido ordinario de la prestación de tareas en un puesto de trabajo. Este tipo de movilidad, ascendente o descendente, se puede efectuar dentro de la correspondiente escala profesional, esto es, dentro de la ordenación jerárquica de grupos profesionales, por lo que puede tener un campo de actuación muy amplio y variado, dado que la encomienda empresarial puede afectar a funciones del grupo profesional inmediatamente superior o inmediatamente inferior, pero también a otros posibles grupos profesionales más alejados del grupo original de encuadramiento¹².

Por tanto, si existen razones técnicas u organizativas que justifiquen la movilidad vertical, si su aplicación se efectúa solo por el tiempo imprescindible para la atención de la necesidad (que se presume urgente o imprevista) y si se notifica a la persona trabajadora o sus representantes -sin necesidad de realizar un periodo de consultas-, la empresa podrá adoptar unilateralmente la movilidad funcional entre grupos profesionales distintos, manteniendo o no parte de las funciones propias del grupo de su encuadramiento.

Sin embargo, la mayor incertidumbre se cierne sobre el contenido y alcance de las causas que justifican la movilidad funcional vertical, esto es, la existencia de razones técnicas u organizativas (artículo 39.2 ET). Aparentemente esta causalidad exigida para este tipo de movilidad funcional vertical corre pareja a la exigida para el cambio sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 ET. Sin embargo, existe una diferencia muy significativa porque la movilidad funcional vertical no contempla razones económicas. Por tanto, la movilidad vertical no tiene que justificarse por una potencial quiebra o deterioro del balance económico de la empresa, bien al contrario, los beneficios y los resultados económicos pueden ser óptimos, pero, a juicio de la parte empresarial, pueden mejorarse mediante nuevos recursos técnicos u organizativos. Por

¹² “Esta vía extraordinaria de movilidad funcional regulada en el artículo 39 del ET puede tener radio de acción muy amplio y variado, ya que está prevista para todos aquellos supuestos en los que se pretendan asignar a la persona trabajadora funciones “no correspondientes” al grupo profesional de referencia. Puede suponer la encomienda a la persona trabajadora de funciones del grupo profesional inmediatamente superior o inmediatamente inferior, pero también de otros posibles grupos profesionales más alejados del original en la correspondiente jerarquía empresarial”, STSJ Andalucía, Granada, nº 1473/2020, de 12 de junio (rec. nº 2026/2019).

tanto, es el modelo de gestión de recursos lo que permite a la empresa este tipo de movilidad vertical amparada en el artículo 39.2 ET. Lo que no deja de ser sorprendente, dado que es sabido que en toda actividad y modelo empresarial la optimización de recursos es un objetivo central y constante y, por tanto, las razones técnicas u organizativas estarán siempre presentes en todo modelo o proyecto empresarial. De ello se colige que la invocación empresarial -de que concurren razones técnicas u organizativas que justifiquen la movilidad funcional- está siempre abierta, en tanto que puede producirse incluso en fases sostenidas y expansivas de su actividad económica. La optimización de recursos para la diligente gobernanza de una empresa presupone que se produzcan constantes reajustes técnicos y organizativos. Siendo así, el impedimento que opera en la movilidad funcional vertical -la necesidad de que exista una causa técnica u organizativa- apenas tiene efecto diferenciador de la movilidad funcional ordinaria. Es por ello que no es la causa el elemento diferenciador de la movilidad horizontal y vertical, sino la asignación, y sus efectos, de funciones inferiores o superiores de otros grupos profesionales. Otros factores como el posible menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora, vulneración de sus derechos de promoción profesional, etc., afectan por igual a la movilidad funcional horizontal y vertical. En tanto en cuanto solo será preciso la concurrencia de razones técnicas u organizativas para aplicar cualquier tipo de movilidad vertical, -tras la supresión de la exigencia de que concurren necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva que regía como requisito en la norma estatutaria anterior a la Reforma laboral de 2012 para la movilidad descendente-, se unifica el presupuesto causal de la movilidad vertical ascendente y descendente, reduciéndose la diferencia exclusivamente en el elemento temporal (para el caso de la movilidad descendente, “por el tiempo imprescindible para su atención”). Es el elemento de la temporalidad el que puede establecer el límite también entre la movilidad en el ámbito del artículo 39 del ET y aquella que debe aplicarse en el ámbito del artículo 41 del ET. Esto es, la empresa tendrá que acudir al procedimiento de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando pretenda aplicar la movilidad funcional más allá del tiempo imprescindible para la atención de las circunstancias concurrentes o cuando pretenda superar los plazos de aplicación de la movilidad ascendente.

Otro de los aspectos que precisan mayor clarificación es el relativo a la extralimitación o incumplimiento exacto del requisito temporal de la movilidad funcional vertical. La asignación de funciones superiores o inferiores tendrá que efectuarse “*por el tiempo imprescindible para su atención*” (artículo 39.2 ET). La jurisprudencia contrapone argumentos contradictorios con la literalidad de la norma porque estima que la ejecución de funciones propias de un grupo superior tiene que ser por un “tiempo considerable”¹³. La exigencia de que la cobertura de la necesidad surgida en la empresa tiene que efectuarse por el “tiempo imprescindible” o “considerable” confiere un

¹³ STSJ Cataluña nº 1909/2018, de 23 de marzo (rec. nº 238/2018).

carácter temporal o transitorio, pero impreciso, a la movilidad funcional vertical, lo que puede ser una fuente de conflicto de intereses. Siendo cierto que el encargo de funciones superiores no puede exceder de 6 meses en un año o de 8 meses en dos años, si el empleador quiere evitar la reclamación de ascenso de la persona trabajadora, en la práctica la encomienda empresarial puede perpetuarse en el tiempo hasta que la persona trabajadora acuda a la vía judicial.

En suma, la conflictividad que genera la movilidad funcional vertical se centra principalmente en discernir no tanto cuál es la causa técnica u organizativa que justifica la movilidad entre grupos profesionales, sino cuál debería ser el “tiempo imprescindible” para la atención de esas nuevas necesidades de la empresa¹⁴ y cuándo las funciones de diferentes grupos se pueden compartir sin previo pacto de polivalencia funcional. La práctica forense muestra que la actividad contenciosa en este ámbito es frecuente y con resultados poco previsibles para los operadores jurídicos por la excesiva imprecisión que emana de algunos términos de la norma estatutaria que requieren una interpretación subjetiva en el contexto de los hechos.

Pese a estas ambigüedades de la norma y de la jurisprudencia, los convenios colectivos pueden precisar con mayor detalle aquellos aspectos que pudieran ser controvertidos, superando el marco normativo en favor de la persona trabajadora. De ahí que el acuerdo convencional podría incluso prever que en los casos de movilidad descendente la retribución de origen no jugase como límite. Asimismo, pueden acordarse previsiones limitadoras del tiempo por el que se puede efectuar la movilidad funcional vertical, interpretando el concepto “de tiempo imprescindible” para la cobertura de funciones en los casos de necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad. Es así que aquella movilidad funcional vertical de carácter indefinido, o la que implique una modificación permanente de las propias funciones previstas en el convenio colectivo, no puede ampararse en el artículo 39 ET, en tanto que estas conductas empresariales constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (41 de ET)¹⁵.

El incumplimiento de los requisitos del artículo 39.2 ET exigidos para la movilidad vertical exige al titular de la empresa optar por otras vías, bien sea el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (artículo 39.4), salvo que existiesen previsiones concretas (más favorables al trabajador) en la norma convencional. Si mediase pacto entre partes para el cambio de funciones acarrearía una relación laboral *ex novo* (novación) que, como pacto autónomo, no puede contemplarse sujeto a las disposiciones jurídicas del instituto de movilidad funcional que prevé el artículo 39 ET.

¹⁴ STSJ Andalucía, Granada, nº 1473/2020, de 12 de junio (rec. nº 2026/2019).

¹⁵ STSJ Comunidad Valenciana nº 852/2021, de 12 de marzo (rec. nº 2814/2020).

4. Polivalencia funcional sobrevenida y la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Cuando la persona trabajadora pacta con la empresa desempeñar funciones correspondientes a otro grupo profesional no equivalente, superior o inferior, junto con la realización de funciones propias del grupo o categoría que originaron su relación laboral será clasificado en el grupo en el que desarrolle funciones durante mayor tiempo (artículo 22.4 ET), salvo que exista una disposición contractual o convencional más favorable al trabajador. Respecto a la forma, la movilidad funcional pactada se rige por las reglas generales de los contratos del artículo 1271 CC -referidas al consentimiento, ausencia de error, dolo, violencia, discriminación o intimidación-, por las previsiones del artículo 8 ET y, además, habrá que atenerse a las condiciones previstas en la norma estatutaria o convencional. Así pues, el pacto de encuadramiento para realizar funciones propias de más de un grupo profesional, y salvo que el convenio colectivo prevea una condición más favorable a la persona trabajadora, requerirá que esta se encuadre en el grupo al que destine una mayor parte de su jornada y, por tanto, se regirá por las condiciones de dicho grupo profesional en la relación laboral. Siendo así, la empresa no retribuirá el salario del grupo que sea más o menos cualificado, ni tampoco deberá efectuar una proporción o prorrata entre los diferentes niveles salariales atendiendo al tiempo destinado a cada uno de los grupos profesionales, sino que el salario será el correspondiente al grupo profesional en el que desempeñe funciones durante más tiempo.

Para dar cumplimiento a lo prescrito en el artículo 22.4 ET, el pacto de polivalencia funcional tiene que concretar la distribución del tiempo de trabajo que se prestará para cada grupo en porcentajes sin necesidad de detallar un horario determinado. La persona trabajadora no podrá oponerse a desarrollar esas tareas correspondientes a diferentes grupos profesionales, aunque no estén detalladas en el pacto de polivalencia ni podrá reclamar las diferencias salariales por la realización de tareas de un grupo superior¹⁶.

Así pues, cuando la persona trabajadora y la empresa acuerdan el contenido de la prestación en el contrato de origen, y posteriormente este le asigna una función distinta de la pactada o un grupo profesional distinto de su encuadramiento es un supuesto de movilidad funcional vertical (artículo 39.2 ET). En cambio, en la polivalencia funcional, las partes acuerdan *ab initio* o *ex novo* los elementos constitutivos de una relación

¹⁶ Como señala el Tribunal Supremo, “(q)ue se opte por la polivalencia no significa una actuación contra legem pues el propio artículo 22.4 ET dispone que ‘Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas’” (STS, Sala de lo Social, de 17.12.2014 (rec. nº 24/2014). Véase, también STSJ Cataluña nº 7087/2014 de 24 de octubre (rec. nº 3971/2014).

contractual, entre ellos: (i) el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo (artículo 22.5 ET); (ii) la identificación de los grupos profesionales en los que tendrá o podrá realizar sus tareas; y (iii) en qué grupo se va a clasificar al trabajador, y, por tanto, fijar las condiciones de trabajo, y en especial la retributiva.

En la práctica, la polivalencia funcional acaba por crear un contexto socio laboral conflictivo por la indefinición normativa respecto a los criterios para la correcta clasificación de la persona trabajadora. El criterio de la prevalencia, que es el que rige en la actual norma estatutaria (artículo 22.4 ET), se basa en el componente cuantitativo, esto es, a la persona trabajadora se le ha de adscribir al grupo profesional al que dedique un mayor período de tiempo. Mientras que el criterio de preeminencia o cualitativo (jerárquico) beneficiaría a la persona trabajadora en tanto en cuanto se le equipara al grupo profesional mejor clasificado. El criterio de la prevalencia es un manifiesto exceso de flexibilidad empresarial que quiebra el principio de reciprocidad y equivalencia de prestaciones que debe regir en una relación contractual, cuando la empresa asigna a la persona trabajadora, con posterioridad al pacto contractual, un porcentaje de funciones muy elevado en el grupo mejor clasificado sin superar el 49.9% de la actividad prestacional de la persona trabajadora. Es un tipo de polivalencia funcional sobrevenida impuesta unilateralmente por la parte empresarial. Siendo así, esta se puede enriquecer injustamente retribuyendo funciones superiores por debajo de su valor prestacional.

No obstante, la acción sindical puede revertir de algún modo este desequilibrio prestacional a través de la negociación colectiva. Al objeto de equiparar a la persona trabajadora en los supuestos de polivalencia funcional, el convenio colectivo de aplicación puede determinar un mecanismo de corrección de la norma estatutaria; bien sea efectuando la equiparación proporcional al tiempo en que la persona trabajadora realice cada una de las funciones, o clasificándola en un determinado grupo profesional, al tiempo que le reconoce el derecho inherente (salario y condiciones de trabajo) al desempeño de funciones superiores¹⁷. También el convenio podría reconocerle a la persona trabajadora polivalente una retribución y condiciones laborales variables atendiendo a las funciones que en cada momento realizase. Nada impide que el convenio pueda facilitar la aplicación del criterio de preeminencia o incluso el establecimiento de retribuciones (complementos salariales) o condiciones laborales propias y específicas para los casos de polivalencia funcional o de disponibilidad funcional de la persona trabajadora polivalente. Así pues, el criterio de prevalencia recogido en el artículo 22.4 ET solo sería de aplicación en el caso de que no existiese ninguna disposición convencional más favorable a la persona trabajadora.

¹⁷ En referencia al aspecto retributivo de la actividad desarrollada en funciones superiores o plus de polivalencia funcional, véase STS, de 13.10.2004 (rec. n.º 5555/2003) o STSJ Galicia n.º 1290/2016, de 8 de marzo (rec. n.º 915/2015).

La concepción genérica del objeto de la polivalencia funcional del artículo 22.4 ET deja también abierta una puerta a la conflictividad laboral, dado que no se concretan los parámetros relativos al tiempo máximo en el desempeño de aquellas funciones del grupo profesional al que se dedica mayor cantidad de tiempo. Tampoco se fija en el citado precepto la continuidad temporal de las funciones desempeñadas en cada grupo profesional. ¿Tendría sentido que una persona trabajadora aceptase un tipo de polivalencia funcional en la que desempeñe, por ejemplo, un 49% en un grupo profesional superior y otro 51% en otro inferior o 182 días seguidos en el grupo de mayor nivel y los otros 183 en el grupo inferior? Existen multitud de modelos de negocio en los que la carga de trabajo se concentra en temporadas del año y se comprime en otras. Es posible que la empresa y la persona trabajadora acuerden que este ocupe un puesto de trabajo correspondiente a un grupo profesional en temporada alta de negocio y otro distinto en un grupo inferior o superior en épocas de escasa actividad o viceversa. El desarrollo de unas u otras tareas lo determina unilateralmente la empresa atendiendo a sus necesidades de trabajo.

La polivalencia funcional pactada, como todo pacto laboral, por un período superior a cuatro semanas, obliga al titular de la empresa a informar por escrito a la persona trabajadora “*sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral*” (artículo 8.5 ET), dado que la forma contractual prevista en el citado precepto es también de aplicación al pacto de polivalencia funcional. Por tanto, el empleador tendrá que comunicar a la persona trabajadora sobre las funciones que tiene que desarrollar en el marco de los diferentes grupos profesionales en los que desarrolle su actividad, salvo que aquellas ya figurasen en el contrato de trabajo de polivalencia. Así pues, en aplicación del citado precepto, no solo es preciso que se le comunique a la persona trabajadora el grupo profesional al que ha sido equiparado -necesariamente, aquel en el que desempeñe funciones durante mayor tiempo¹⁸-, sino todas y cada una de las funciones que son objeto de la polivalencia.

Los supuestos en los que la polivalencia funcional no figure en el contrato y aquella se pacte posteriormente generan una revisión contractual anómala. La regla básica de que los pactos deben cumplirse (*pacta sunt servanda*) se puede ver alterada por circunstancias imprevisibles que resultan lesivas o excesivamente onerosas para la persona trabajadora, mientras que la empresa se beneficia de estas circunstancias inesperadas que afloran en un momento posterior al pacto contractual de origen. Pese a ello, este no es nulo ni anulable, ni rescindible ni resoluble, pero podría ser revisable para evitar el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra. Es el supuesto paradigmático de la aplicación, de carácter restrictivo, de la cláusula *rebus sic stantibus*. Con frecuencia, la empresa alega circunstancias sobrevenidas para invocar la cláusula *rebus sic stantibus*. La crisis financiera y su encadenamiento con la sanitaria

¹⁸ STSJ Madrid nº 258/2019, de 1 de marzo (rec. nº: 812/2018).

han quebrado el equilibrio prestacional en algunas actividades de negocio afectando singularmente a la parte trabajadora que ha sufrido en muchos casos un deterioro de sus condiciones de trabajo desequilibrando su carga obligacional contractual o convencional por decisión unilateral del empleador. Repárese que la irrevocabilidad de lo pactado es una exigencia permanente en toda relación contractual y que las obligaciones que surgen de los contratos tienen fuerza de ley (artículo 1.091 CC), sin embargo, la propia legislación contractual prevé, en relación a la naturaleza y efecto de las obligaciones, que “*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*” (artículo 1.105 CC). La parte empresarial impuso en muchos casos la polivalencia funcional no pactada o modificó los elementos constitutivos del pacto polivalente, cuando este existiere, alegando la necesidad de restablecer el equilibrio prestacional entre los contratantes quebrado por acontecimientos sobrevenidos e imprevisibles ajenos a la voluntad de las partes. Esta aplicación de la cláusula *rebus*, como medida unilateral, solo puede revertirse por vía judicial, dado que no tiene efectos rescisorios, resolutorios o extintivos de los contratos. Pues bien, la polivalencia funcional sobrevenida impuesta o pactada con posterioridad a la celebración del contrato y sin que exista ninguna cláusula contractual que la haya previsto, no deja de ser una “revisión” contractual impuesta por la empresa recayendo el desequilibrio de la carga prestacional en la persona trabajadora que puede ver acrecentadas sus obligaciones o mermada su cualificación y motivación.

Por otra parte, el redactado del artículo 22.4 ET es confuso. Si la polivalencia funcional presupone la realización de funciones propias de más de un grupo, no se entiende si la expresión disyuntiva –“*polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo*”- se refiere a dos objetos jurídicos o a dos formas de expresión para referirse al mismo objeto conceptual. Teniendo en cuenta, que polivalencia funcional se define como la realización de funciones propias de más de un grupo, hemos de entender que las dos representaciones gráficas aluden al mismo instituto jurídico. Existe también amplitud semántica en relación al contenido y alcance del término general “funciones” propias de más de un grupo. De ello, se deduce que el pacto obliga a la persona trabajadora a asumir cualquiera de las funciones o todas las funciones de aquellos grupos profesionales en los que ejerza su prestación. Sin embargo, las funciones de grupos profesionales distintos pueden ser antagónicas, incompatibles, inconexas y cambiantes y podrían suponer un exceso obligacional para el trabajador, por eso se debería proponer en la norma que la polivalencia funcional se limitase a funciones afines o similares¹⁹.

¹⁹ STSJ Cataluña nº 1909/2018, de 23 de marzo (rec. nº 238/2018).

5. Movilidad funcional y sus límites conceptuales: lo “digno”, lo “imprescindible” o lo “razonable”

Recordemos que son límites comunes a todas las categorías de movilidad funcional: el respeto a la dignidad de la persona trabajadora y estar en posesión de las titulaciones académicas o profesionales necesarias para ejercer la prestación laboral (artículo 39.1). Respecto al ámbito de la dignidad profesional se ha de entender que la movilidad funcional será ilícita cuando la actuación empresarial implique mengua de la imagen de la persona trabajadora ante el público en general o ante las demás personas trabajadoras o cuando las nuevas funciones se presten en condiciones denigrantes o humillantes. Sin embargo, la noción de la dignidad humana no está exenta de aristas y matices que se reproducen en nuestra apreciación mental de la dignidad profesional. De ahí que la doctrina científica y jurisprudencial articula el derecho de la persona trabajadora a su dignidad profesional atendiendo a concomitancias analógicas referidas a la dignidad como derecho fundamental de las personas²⁰. En el ámbito laboral, el contenido y alcance del derecho básico de la persona trabajadora a su intimidad, a la consideración debida a su dignidad y a la protección frente a todo tipo de acoso, en cualquier forma en que este se manifieste, encuentra su encaje normativo en el artículo 4.2.e) ET. En este derecho inviolable, inherente a la propia integridad personal, la dignidad de la persona se configura como “*pilar del orden político y de la paz social*”²¹. Por otra parte, en el ámbito del poder de dirección de la parte empresarial, este podrá adoptar las medidas que considere más oportunas para vigilar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de la persona trabajadora, siempre y cuando la adopción y aplicación de dichas medidas no atente a la consideración debida a la dignidad de la persona trabajadora (artículo 20.3 ET).

²⁰ Como señala Elisa SIERRA HERNAIZ “(u)na de las cuestiones más complejas desde un punto de vista jurídico es dotar a la dignidad del trabajador de un contenido propio y autónomo, pues se trata de una noción dinámica y abstracta cuyo significado habrá de determinarse en cada momento histórico, vinculada en muchos casos al ejercicio de un derecho fundamental” (SIERRA HERNAIZ, Elisa, “El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Lan Harremanak*, nº 43, 2020, p. 75. Véase también los estudios de RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “Dignidad, honor e intimidad en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, 2014 y RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, “Acoso en el trabajo y dignidad de las personas: la lesión de derechos fundamentales en clave restrictiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, nº 429, 2018.

²¹ SIERRA HERNAIZ, Elisa, “El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Lan Harremanak*, nº 43, p. 75 o MONEREO PÉREZ, José Luis, “La dignidad de la persona como eje del sistema de derechos fundamentales (artículo 10.1 CE y normas concordantes)”, en MONEREO PÉREZ, José Luis (director), VILA TIerno, Francisco (director), ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos (director), Belén del Mar (coordinadora), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Granada, Comares, 2020, p. 112.

La noción del derecho de la persona trabajadora a la consideración debida a su dignidad se enmarca no solo en la concepción que los diversos sistemas y culturas jurídicas tengan de los derechos fundamentales en cada época histórica, sino también de la forma en que empresa y personas trabajadoras se adecúan a los estándares de dignidad profesional en los centros de trabajo. Es así que la interpretación jurídica de dignidad profesional, por ser dinámica y contextual, requeriría de “*un contenido propio y autónomo*” en el ámbito laboral²².

La cuestión a dilucidar en el caso que nos ocupa es si la cota de menoscabo de la dignidad puede ser objeto de valoración objetiva. En general, la interpretación jurisprudencial mantiene el criterio de que una conducta empresarial de trato degradante, deshumanizante o de desprecio hacia la persona trabajadora atenta contra su dignidad. Mayor complejidad se produce en aquellas conductas que afectan a la dignidad en relación al derecho al honor²³. La doctrina jurisprudencial estima que el “*menoscabo de la dignidad puede entenderse, en sentido amplio, como toda falta de respeto, vejación o descrédito de carácter grave que sufre la persona trabajadora ante sus compañeros de trabajo o jefes y su entorno socio-familiar, como persona o como profesional*”²⁴. Desde esta óptica, cuando se asignan funciones que conllevan una degradación o humillación -que no pueden justificarse por motivos técnicos de producción u organización- se está atentando contra la dignidad de la persona trabajadora²⁵. Pues bien, la degradación más visible es la asignación de tareas correspondientes a un puesto equivalente del mismo grupo profesional pero considerado de inferior categoría en el contexto de la empresa, y que, además, no se ajusta a la categoría profesional de la persona trabajadora, cercenando asimismo sus opciones de promoción²⁶. Sin embargo, la degradación laboral no puede comportar una modificación sustancial de las condiciones laborales, incluidas aquellas que afectan a la categoría y

²² SIERRA HERNAIZ, Elisa., “El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Lan Harremanak*, nº 43, 2020, p. 75.

²³ STC 192/2003, de 27 de octubre.

²⁴ STSJ Comunidad Valenciana, nº 2011/2020 de 1 de junio (rec. nº 211/2020).

²⁵ Véase, respecto a las tensiones laborales derivadas del menoscabo de la dignidad, CORDERO SAAVEDRA, Luciano, “La delimitación jurídica entre el acoso moral y las tensiones laborales” *Aranzadi Social*, nº 6, 2003, p. 2882-2884; SERRANO OLIVARES, Raquel., *El acoso moral en el trabajo*, Madrid, Consejo Económico Social, 2005, p. 155 y siguientes. CASTRO CONTE, Macarena., “Incumplimiento contractual del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores por modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº 12, 2019; véanse especialmente las p. 186-191.

²⁶ Por todas, STSJ Navarra, nº 157/2010 de 31 mayo (rec. nº 143/2010) en base a la esencialidad del cambio o apartamiento de las funciones o la STSJ Castilla-La Mancha, nº 766/2014 de 25 junio (rec. nº 372/2014) por actuación vejatoria por parte de la empresa al no encargarle actividad alguna a la trabajadora.

funciones de la persona trabajadora²⁷. Viene al caso recordar que la persona trabajadora puede solicitar la extinción del contrato por incumplimiento empresarial cuando se haya producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sin respetar no solo el procedimiento previsto (artículo 41 ET), sino también la dignidad de la persona trabajadora.

Por otra parte, la persona trabajadora deberá probar la concurrencia de un perjuicio especialmente cualificado y grave al afectar a un derecho básico como es el respeto a su dignidad²⁸. No olvidemos, no obstante, que la dignidad de la persona trabajadora implica no solamente el respeto a los derechos laborales básicos y específicos previstos en el artículo 4 ET, sino también a los propios derechos como ciudadanía -libertad de asociación, de expresión, derecho a la intimidad personal, etc.-. La evaluación y valoración de la falta del debido respeto es compleja y muestra una extensa gama de matices y escalas dependiendo de la persona trabajadora afectada. En el plano objetivo y en relación a la movilidad funcional, existirá menoscabo de los derechos de la persona trabajadora, según el criterio jurisprudencial, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: (i) que la persona movilizada, en contra de su voluntad, no responde a una necesidad de cobertura de un puesto de trabajo o actividad específica; (ii) que se trate de cobertura sin previsión de término *ad quem*, lo que representaría indiciariamente la existencia de abusos o de duraciones excesivas e irrazonables de la movilidad; (iii) que la persona trabajadora afectada no reúna los requisitos de aptitud profesional necesarios, lo que vulneraría las disposiciones normativas que determinan los límites de la titulación académica o profesional requerida para el desempeño de las tareas a realizar en el nuevo puesto²⁹; (iv) que la novación contractual, si existe pacto entre partes, se establezca en condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos en perjuicio de la persona trabajadora, vulnerando lo dispuesto en el artículo 3.1.c) ET³⁰.

²⁷Entre otras, STSJ Comunidad Valenciana, nº 2011/2020 de 1 de junio (rec. nº 211/2020) o la STSJ de Madrid, nº 260/2020 de 6 de marzo (rec. nº 1038/2019), recogiendo los argumentos de dicho Tribunal, Sección 3ª, en la Sentencia de 10 de abril de 2018, en la que se examina y se pronuncia respecto al artículo 50.1.a) ET y en la que se reafirma que no es suficiente que se haya calificado la modificación de las condiciones de trabajo como sustancial, sino que es necesario que dicha modificación cause un menoscabo en la dignidad del trabajador. Véase también la STSJ Extremadura, Sala de lo Social, de 21.09.2020 (rec. nº 212/2020) o la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 11.02.2019 (rec. nº 2231/2018).

²⁸ STSJ Castilla-León, nº 1061/2013 de 25 de abril (rec. nº 667/2013). Véase, ROJAS RIVERO, Gloria Pilar, “Dignidad del trabajador”, en BAYLOS GRAU, Antonio (coordinador), THOMÉ, Candy Florencio (coordinador), GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo (Coordinador), *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 692-695.

²⁹ La única titulación imprescindible para desempeñar un puesto de trabajo es aquella que requiera una ley para el ejercicio profesional independientemente de lo que señale el convenio colectivo (STS, Sala de lo Social, 17 .8. 2018 (rec. nº 2672/2017).

³⁰ STS, Sala de lo Social nº 713/2019, de 15 de octubre (rec. nº 195/2018).

En general, se aprecia cierta imprecisión terminológica en el ámbito normativo en tanto en cuanto se utilizan términos o expresiones que representan modelos conceptuales relativamente difusos y de contornos poco definidos. Por ejemplo, ¿Dónde están los límites de la apreciación conceptual de la “dignidad” de la persona trabajadora respecto de la movilidad funcional ordinaria o vertical? ¿Cómo se cuantifica el “tiempo imprescindible” para la atención de nuevas funciones (artículo 39.2 ET)? En el ámbito de inadaptación de la persona trabajadora por mejoras técnicas operadas en su puesto de trabajo (aspecto que también tratamos en este estudio), ¿cómo se determina que el cambio operado es “razonable”? (artículo 52.b).

Lo que es “digno”, “imprescindible” o “razonable” respecto a unos hechos o conductas humanas se inserta en la narrativa de nuestra cultura social, jurídica y en un contexto laboral propio de un país que dispone de un ordenamiento laboral avanzado. Sin embargo, estos modelos conceptuales no dejan de ser vulnerables ante la diversa interpretación que cada ciudadano -en particular, empleador y empleado- pueda tener de una situación o actuación humana respecto de lo que se considera pundonoroso, indispensable o sensato. ¿Es suficientemente precisa la norma para atajar aquellas conductas empresariales que pretenden provocarle a la persona trabajadora un entorno laboral hostil que aliente su renuncia o abandono del puesto de trabajo, bien sea asignándole funciones impropias, humillantes o degradantes que atentan a su dignidad o prolongando injustificadamente la asignación de funciones distintas a su puesto de trabajo para atender supuestamente situaciones derivadas de razones técnicas u organizativas? En términos generales, se podría afirmar que la ley dispone de mecanismos correctores de estas prácticas empresariales abusivas, pero los casos concretos que se juzgan en el foro nos confirman que en la práctica de la prueba es la persona trabajadora el que tiene que demostrar, según el caso, el menoscabo de su dignidad, el exceso de la temporalidad en la atención de nuevas funciones o lo irracional de los cambios operados en su puesto de trabajo.

6. Movilidad funcional con desplazamiento de centro

La movilidad funcional horizontal que implique el desarrollo de tareas o puestos que pertenezcan al mismo grupo profesional con una análoga valoración socio-profesional y retributiva acompañada de desplazamiento de centro -respetando las condiciones de trabajo que la persona trabajadora tenía en el anterior centro, entre ellas, jornada y horario, grupo profesional y sin cambio de residencia³¹-, no está sujeta a límite temporal

³¹ Así, la STS, Sala de lo Social, de 27.12.2013 (rec. nº 3034/2012) plasmaba ese *iter* doctrinal, aludiendo a los contornos difusos en las descripciones, e integrando el siguiente pasaje concerniente a la figura del traslado que es objeto del litigio de autos: “(e)l traslado de centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones, se viene considerando por la reiterada jurisprudencia de esta Sala como una modificación accidental de las condiciones de trabajo y encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario”; c) “el cambio de centro de trabajo efectuado en el ámbito de

o procedimiento alguno, ni requieren causa justificativa empresarial de necesidades del servicio o necesidades organizativas ni productivas, salvo disposición diferente de convenio colectivo. Es criterio asentado del TS que el traslado de centro de trabajo de la persona trabajadora sin cambio de domicilio es una modificación accidental de las condiciones de trabajo amparada en el ordinario poder de dirección y potestad organizativa del titular de la empresa (artículos 5.1.c) y 20 ET)³². Se trataría de un “*ius variandi*” ordinario del titular de la empresa sin ninguna exigencia de motivación causal o procedimental -a excepción del informe del Comité de Empresa, para el supuesto de traslado total o parcial de las instalaciones-, y sin necesidad de otorgar a la persona trabajadora afectada el derecho extintivo que solo le ampararía si el cambio de centro implicase una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET)³³.

En la práctica, el componente contencioso que se presenta en este ámbito no surge de la medida empresarial, sino de su posible carácter gravoso para la parte trabajadora. Esta tiene que afrontar no solo un cambio y adaptación a nuevas funciones, sino también a posibles perjuicios derivados del traslado de centro (por ejemplo, la distancia o, en su caso, el tiempo de desplazamiento entre el nuevo centro de trabajo y el domicilio de la persona trabajadora, los costes del desplazamiento, etc.). De ahí que el trabajador, horizontalmente movilizad y trasladado a un nuevo centro de trabajo, pese a que no se justifique cambio de domicilio, puede verse sometido a una mayor carga prestacional. La oposición que pueda presentar la persona trabajadora es baldía, aun cuando el titular de la empresa va a verse beneficiado a costa de la nueva prestación y ubicación de la persona trabajadora. En la práctica es inviable que la persona trabajadora pueda alegar la quiebra del pacto contractual, ni mucho menos acogerse a una posible invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* porque la medida empresarial (cambio de funciones incluyendo cambio de centro de trabajo sin movilidad residencial) es una circunstancia totalmente previsible. Es por ello que el titular de la empresa no está compelido a atender las solicitudes o reclamaciones de la persona trabajadora al objeto de reequilibrar lo pactado. Tampoco es previsible que la parte empresarial acceda a suscribir una norma convencional que limite este ámbito de su poder de dirección estatutariamente reconocido. Con cierta frecuencia, en este contexto de autonomía empresarial, algunas empresas abusan de este tipo de movilidad funcional con traslado

una misma localidad ... “no reviste aquella esencialidad, sino cualidad accesoria, porque manteniéndose en su integridad todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, a excepción del lugar de prestación de servicios, la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro ofrece una importancia escasa o muy relativa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red viaria” (véase, STS, Sala de lo Social, nº 383/2020 de 21 de mayo (rec. nº 326/2018).

³² Por todas, véase STS, Sala de lo Social, nº 383/2020 de 21 de mayo (rec. nº 326/2018).

³³ Sin embargo, en un supuesto de readmisión por nulidad de despido el TS estimó que existía readmisión irregular en otro centro porque la actuación empresarial implicaba una serie de modificaciones en los puestos de trabajo, entre otras, de las funciones (STS, Sala de lo Social, de 18.01.2017 (rec. nº 108/2016)

de centro, bien sea como medida disciplinaria para personas trabajadoras incómodas o poco productivas, o simplemente para incentivar la renuncia a sus puestos de trabajo. Sin embargo, los casos que se sustancian en vía judicial aduciendo el carácter disciplinario de la actuación empresarial tienen escaso recorrido para la persona trabajadora por tratarse de medidas ajustadas a derecho y, por tanto, corresponde a aquella probar el carácter correccional injustificado de la conducta empresarial.

7. Movilidad funcional descendente por supuesta inadaptación de la persona trabajadora a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo

La asignación de funciones inferiores puede ser una medida alternativa cuando el empleador considera que la persona trabajadora no superó con éxito el proceso de formación para la adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo. Bien es cierto que esta actuación empresarial no es una medida unilateral en tanto en cuanto este tipo de movilidad funcional descendente es generalmente aceptada por la persona trabajadora para evitar el despido objetivo (artículo 52. b) ET). Sin embargo, la materia contenciosa en este ámbito es relativamente frecuente ante el diferente criterio de la parte empresarial y de la persona trabajadora sobre aspectos relativos al grado de dificultad técnica operada en el puesto de trabajo, al proceso formativo para la adaptación, al tiempo dedicado al proceso formativo ante singularidades técnicas que acarrear riesgos laborales, al grado de especialización y capacidad formativa del formador, etc.³⁴.

Dejando aparte aquellas modificaciones que, siendo técnicas, no constituyen movilidad funcional, nos centramos en este apartado en aquellos supuestos en los que las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo solo pueden resolverse entre partes por medidas de movilidad funcional descendente por incapacitación o por vía del despido objetivo. Es evidente que las empresas se enfrentan a un constante proceso de transformación tecnológica para afrontar los retos del mercado, para ahorrar costes y para ser más eficientes. La innovación y adaptación tecnológica no es una opción empresarial, sino una necesidad para la elaboración de sus planes estratégicos y la captación de fondos. Tampoco puede obviarse que existe una brecha generacional en la capacidad de adaptación formativa a los nuevos retos tecnológicos. De ahí que algunas empresas no dispongan de personas trabajadoras con perfiles profesionales adaptados a las nuevas exigencias tecnológicas en sus plantillas ni confíen en su capacidad formativa para su adaptación a las nuevas mejoras técnicas y opten por las medidas extintivas al amparo del artículo 52.b) ET. Por otra parte, los cambios técnicos operados en los puestos de trabajo pueden ser de tal magnitud que impiden superar satisfactoriamente la adaptación. Repárese que la falta de adaptación debe producirse en

³⁴ Véase, STS, Sala de lo Social, nº 979/2017 de 11 de diciembre (rec. nº 265/2016) y STSJ de Castilla y León de 25.07.2016 (rec. nº 676/2016).

el puesto de trabajo habitual ocupado por la persona trabajadora y no por el cambio a otro con distintas exigencias técnicas, de modo que el empleador no podrá aducir como causa de despido objetivo la falta de adaptación cuando la persona trabajadora realice funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional (artículo 39.3 ET).

La alternativa al despido objetivo puede ser la asignación, consentida por la persona trabajadora, de funciones inferiores al grupo profesional de su encuadramiento, teniendo en cuenta que el apartado 3 del citado precepto también prevé que la persona trabajadora tendrá derecho a la retribución de origen en los casos de encomienda de funciones inferiores. Cuestión distinta es la temporalidad de la medida, dado que el artículo 39. 2 ET prevé que este cambio de funciones se hará “por el tiempo imprescindible para su atención”. La realidad contenciosa nos muestra que esta movilidad funcional descendente encubierta suele perpetuarse porque la persona trabajadora y la empresa se hallan en una situación de precariedad envolvente. Por una parte, el empleador ya no podría invocar como causa de despido objetivo la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional efectivamente operada (artículo 39.3 ET), mientras que la persona trabajadora mantiene su empleo con una retribución salarial similar a su puesto de origen, pero verá degradada su capacidad profesional, formativa y de promoción.

El acomodo de la persona trabajadora a un puesto inferior puede ser consciente y pacífico en tanto que reconoce sus limitaciones para adaptarse a los nuevos cambios tecnológicos. Sin embargo, es cada vez más frecuente la actividad contenciosa surgida de posicionamientos empresariales que alegan que el proceso prescriptivo de formación dirigido a facilitar la adaptación de la persona trabajadora a las exigencias de los nuevos cambios tecnológicos no se superó satisfactoriamente por la persona trabajadora. Ante esta supuesta incapacidad laboral para realizar las tareas propias de su puesto trabajo, la persona trabajadora queda al único arbitrio empresarial que decide su destino acudiendo al despido por causa objetiva (artículo 52.b ET) o a la asignación de tareas y funciones inferiores no correspondientes a su grupo profesional vía novación contractual anómala.

En este supuesto se plantean diferentes cuestiones: (i) ¿cuál es el contenido o alcance de las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, cuando la ley solo exige que sean “razonables”?; (ii) ¿qué mecanismos se arbitran para acreditar que la formación empresarial dirigida a la adaptación tecnológica ha sido suficiente, correcta e impartida por personal cualificado?; (iii) ¿qué riesgos laborales (personales o medioambientales) pueden producir las mejoras tecnológicas introducidas?; (iv) ¿con qué procedimientos cuenta la persona trabajadora para probar (ante una autoridad imparcial externa) su adaptación a los nuevos cambios tecnológicos?; y (v) ¿dónde se halla el estándar que pauta un posible menoscabo de la dignidad profesional de la

persona trabajadora? La práctica forense nos muestra que los operadores jurídicos se hallan en estos supuestos en un espacio yermo con aristas y matices confusos en los que la subjetividad de las actitudes empresariales juega siempre en contra de las personas trabajadoras en tanto en cuanto la introducción de mejoras tecnológicas suele estar asociadas a un ajuste del personal.

En todo caso, la extinción contractual por causa objetiva ante la falta de adaptación de la persona trabajadora a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo (artículo 52.b) ET) exige que concurran los elementos constitutivos de dicha causa, a saber:

- a) Variación técnica en el puesto habitual. La modificación técnica tiene que producirse en el puesto habitual de la persona trabajadora y no en el que circunstancialmente ocupe por razones de movilidad funcional vertical. Repárese, por tanto, que no entra en el ámbito de despido objetivo la asignación de otro puesto de trabajo que exige habilidades técnicas distintas al que venía desempeñando. Si la persona trabajadora muestra incapacidad de adaptación para realizar las tareas encomendadas, no podría la empresa acogerse al despido objetivo (artículo 52.b) ET) porque en este supuesto entraría en juego la regla contenida en el artículo 39.3 ET, en el que se establece que la empresa no podrá invocar falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.

- b) Impericia profesional objetiva. Constituye causa objetiva de despido la inadaptación de la persona trabajadora a los cambios técnicos operados en su puesto de trabajo por carencia de cualidades profesionales, pese a haber recibido la formación prevista al efecto. No sería, en cambio, causa objetiva de despido si la persona trabajadora supuestamente dispone de capacidad suficiente de adaptación para desempeñar las nuevas tareas que exige su puesto de trabajo, pero se niega a adaptarse haciendo las tareas propias de su puesto de trabajo de forma deficiente, bien porque no quiere recibir la formación requerida o, en su caso, realizar las pruebas de habilitación para ejercer su trabajo en su puesto habitual. En este supuesto, la empresa podrá acudir al despido disciplinario (artículo 54.2 b) y e) ET). Más complejo es el supuesto en el que la persona trabajadora se niega a someterse a las pruebas de habilitación exigidas para el desempeño ordinario de su puesto de trabajo por haberse producido un cambio legislativo que obliga a adquirir nuevas destrezas, conocimientos y competencias. Repárese, por ejemplo, en la exigencia normativa sobrevenida, con posterioridad al pacto contractual, del conocimiento de la lengua autonómica para el desempeño del puesto de trabajo.

- c) Variación razonable. La modificación técnica operada en el puesto de trabajo no puede implicar un nivel mayor de adaptación que el exigido a una persona trabajadora con condiciones profesionales estandarizadas. La persona trabajadora no tiene que asumir mayores riesgos de salud y seguridad para el desempeño de su puesto de trabajo tras las modificaciones técnicas. El componente conceptual de lo que es “razonable”, aun siendo impreciso y sujeto a interpretaciones subjetivas, puede delimitarse por el contexto socio-cultural y laboral que se asocia a lo previsible, lo aceptable y al prudente proceder empresarial.
- d) El período necesario de adaptación. La norma estatutaria prevé que en caso de inadaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, la empresa no podrá extinguir la relación contractual “hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación” (artículo 52.b). Los dos meses a los que se refiere la norma no operan como límite temporal del curso de capacitación. En algunos casos las modificaciones técnicas pueden ser de tal magnitud o peligrosidad que exigen que el curso de capacitación tenga una duración adaptada a las modificaciones técnicas operadas. Tras finalizar el curso de capacitación, la persona trabajadora aún dispone de dos meses para adaptarse antes de que la empresa acuda al procedimiento extintivo alegando ineptitud para desarrollar las tareas del puesto de trabajo técnicamente modificado³⁵. Sin embargo, quedan muchas incógnitas por la falta de concreción de la norma.

No existen criterios de carácter normativo que establezcan los requisitos y los procedimientos del curso de capacitación. No se prevé la exigencia de personal cualificado y experto para realizar el curso formativo ni una forma concreta para acreditar que se ha superado o no la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. Tampoco se especifica en la norma si los conocimientos previos de la persona trabajadora pueden constituir por sí mismos un impedimento para afrontar con éxito el curso de capacitación, por lo que no habría propiamente modificación técnica en el puesto de trabajo, sino una transformación del mismo en otro distinto. La casuística es compleja y juega siempre en contra de la persona trabajadora en tanto que su capacidad para probar y demostrar su destreza para realizar las tareas de su puesto

³⁵ Según la doctrina jurisprudencial, “(l)o determinante para poder apreciar falta de adaptación no es la superación o no de un curso de capacitación o el no poder realizar determinados trabajos, sino la necesidad de tomar esa modificación técnica por ser una necesidad objetiva de la empresa, y si esa necesidad se acredita contundentemente por el empresario y éste aporta datos suficientes de esa falta de adaptación del trabajador, es indudable la procedencia del despido, y ante la ausencia de la justificación terminante y concluyente de los hechos narrados en la carta de despido, (...), el motivo no puede prosperar, ya que ante la gravedad que implica la extinción del contrato de trabajo por despido el hecho determinante del mismo ha de estar plenamente corroborado en el proceso” (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, nº 19/2014, de 9 de enero de 2014, rec. nº 1609/2013).

modificado es escasa. Por tanto, es un instrumento más que opera a favor del titular de la empresa para aplicar una medida extintiva.

8. Persona trabajadora movilizada por motivos ajenos a las necesidades habituales de la empresa

8.1. Movilidad funcional por razones de salud y seguridad

La LPRL identifica genéricamente como vulnerables, ante determinados riesgos laborales, a las trabajadoras en el período de embarazo y lactancia (artículo 26 LPRL), a los y las jóvenes trabajadoras menores de edad (artículo 27 LPRL) y a las personas trabajadoras con una relación laboral temporal o de duración determinada o que hayan sido contratadas en una empresa de trabajo temporal (artículo 28 LPRL). Para estos colectivos se prevén medidas de protección singular, adaptadas a su nivel de vulnerabilidad objetiva. En cambio, el carácter abierto y genérico de las medidas de protección del artículo 25 LPRL para los y las trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos impide una sistematización de los grupos de personas trabajadoras afectadas³⁶ (véase, personas trabajadoras con escasa formación o de avanzada edad, inmigrantes, etc.), aunque ya existe una normativa europea en la materia que obliga a trasponer a las legislaciones nacionales medidas de protección a los “*grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles*” contra aquellos peligros que específicamente les afecten³⁷. Repárese que en el citado precepto (artículo 25 LPRL) la fragilidad o vulnerabilidad se asocia solo a situaciones individuales de sensibilidad específica, a un “*estado biológico conocido*” o a una “*discapacidad física, psíquica o sensorial*” reconocida y solo frente determinados riesgos laborales relacionados con el puesto de trabajo o el tipo de trabajo que se realiza.

En lo que a este estudio concierne, cabe reseñar que la movilidad funcional no está prevista como una obligación que haya impuesto el legislador a la empresa para los supuestos de personas trabajadoras especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Entre las medidas de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo

³⁶ Como advierten algunas voces, el referido precepto incorpora “*elementos generadores de incertidumbre e inseguridad jurídica, complicando sobremanera la gestión de riesgos laborales en las empresas. Y se genera también, con ello, el riesgo añadido de que esta figura legal se acabe utilizando desviadamente como cajón de sastre, entendiendo que presta cobertura a colectivos enteros aquejados de una genérica vulnerabilidad, fragilidad o debilidad, pero que no tienen por qué estar necesariamente vinculada a los riesgos del trabajo*” (MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a José, *Trabajadores especialmente sensibles: concepto y obligaciones empresariales en materia preventiva*, CEOE, 2016, p. 12 (disponible en: <https://prl.ceoe.es/wp-content/uploads/2018/11/Trabajadores-Especialmente-Sensibles-Concepto-y-obligaciones-empresariales-en-materia-preventiva.pdf>; consulta: 24/02/2023).

³⁷ Véase el artículo 15 de la Directiva Marco 89/391, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

(artículo 25 LPRL) de estas personas trabajadoras no se incluye la movilidad funcional, pues si la adaptación no resultase eficaz para su protección, el titular de la empresa podría acogerse a la “ineptitud” para el puesto de trabajo y aplicar la medida extintiva prevista en el artículo 52 ET. Por tanto, en relación a las medidas de protección que deberá adoptar la empresa en consonancia con lo previsto en el artículo 25 LPRL no se halla la exigencia de que esta modifique su modelo organizativo, la reestructuración o creación, en su caso, de nuevos puestos de trabajo para ofrecer una mayor protección de la salud y seguridad de aquellas personas trabajadoras especialmente sensibles. En consecuencia, salvo previsión convencional específica, la empresa no estaría obligada a reubicar a estas personas trabajadoras expuestas a riesgos especialmente sensibles en puestos de trabajo funcionalmente distintos³⁸.

Sin embargo, la movilidad funcional expresamente se prevé para los supuestos de protección de la maternidad (artículo 26 LPRL) en los períodos de embarazo y lactancia de las trabajadoras. Si los resultados de la evaluación revelasen que existen determinados riesgos para la seguridad y la salud sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, la empresa adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dichos riesgos, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Si estas medidas no resultasen eficaces para la protección de la

³⁸ Sin embargo, recientemente se abre un nuevo enfoque sobre la posibilidad de reorientar la ineptitud sobrevenida como causa automática de despido objetivo. El criterio jurisprudencial tiende a que se prime la permanencia de la persona trabajadora afectada en la empresa si esta dispone de alternativas de actividad adaptadas a su capacidad. Si el trabajador pierde la aptitud que precisa el desempeño de su concreto puesto de trabajo ese deber de actuar se traduce para el empresario en que, antes que extinguir el contrato, haya de intentar procurarle a aquél otra ocupación dentro de los límites de la movilidad funcional para la que sí reúna condiciones, siempre que las circunstancias de la empresa lo hagan factible. El artículo 25.1, párrafo segundo, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, prohíbe emplear a los trabajadores en puestos de trabajo en los que, a causa de su estado biológico, entre otros factores, puedan ponerse en situación de peligro. Está fuera de discusión que el precepto no se dicta con ánimo de despojar a estos trabajadores de su fuente de ingresos sino de que se les proporcione puesto adaptado a sus características peculiares. Como ha señalado la doctrina, el cumplimiento de esta norma respecto de trabajadores no afectados de una incapacidad ha de realizarse a través de la aplicación del artículo 39 del ET sobre movilidad funcional. La STS de 18 de diciembre de 2013 (RCUD 2566/2012) va incluso más lejos y en ella se afirma que el cambio de turno de trabajo para adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones físicas de una trabajadora no está amparado por el *ius variandi*, ni tampoco está constreñido por los límites del artículo 41 ET al tratarse del cumplimiento de una obligación con independencia de la posibilidad de analizar la adecuación del cambio de turno y su acomodo a las medidas preventivas en las que se sustentaba. Esta solución es también la acogida por el TJUE en la sentencia de 11 de abril de 2013 (asunto Ring) y en la que se descarta la posibilidad de poner fin a la relación laboral por causas objetivas relacionadas con la pérdida de capacidad de la persona trabajadora para el desarrollo de las tareas propias del puesto de trabajo como consecuencia de una pérdida sobrevenida de incapacidad física si no se han agotado las posibilidades de adaptación o reajuste de la actividad laboral a las limitaciones del trabajador, siempre que tales posibilidades no aparezcan como una carga excesiva para el empleador (STSJ Baleares nº 30/2021, de 8 de febrero (rec. nº 286/2020).

trabajadora, una vez que se emitan los certificados médicos correspondientes, la empresa le deberá asignar *“un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado”*. El mismo precepto determina que el cambio de puesto o función se llevará a cabo atendiendo a las reglas y criterios aplicables a la movilidad funcional, lo que se ha de interpretar como una remisión explícita al artículo 39 ET. Asimismo, se contempla en el artículo 26 LPRL que el cambio de puesto o función *“tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto”*. Y si no existiese *“un puesto de trabajo o función compatible”* (que hemos de interpretar, correspondiente a su grupo profesional), la empresa le asignará un puesto no correspondiente a su grupo o categoría profesional, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen; lo que también se ha de interpretar que el citado precepto de la LPRL se refiere a que la empresa la puede reubicar en un puesto de un grupo profesional inferior. Todo ello en conjugación con lo previsto en el artículo 39.3 ET en el que se prescribe que *“(e)l trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen”*.

Inciendo en la prescripción normativa derivada del artículo 26 LPRL para la protección de la maternidad se contempla también obligación empresarial de incluir entre sus medidas de protección de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos, lo que implícitamente llevaría a incardinar la movilidad funcional horizontal o vertical entre estas medidas de protección. Del mismo modo que se presume que la empresa podrá acogerse a la movilidad funcional para aquellas personas trabajadoras que justifiquen que la nocturnidad afecta a su salud. Pues, el artículo 36.4 ET prevé que las personas trabajadoras con problemas de salud reconocidos como ligados al hecho de su trabajo nocturno *“tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos”*, por tanto, incluye una posible movilidad funcional horizontal o vertical. Lo confirma el hecho de que el propio precepto se remite a lo dispuesto en los artículos 39 y 41 ET.

En todo caso, independientemente de que no exista una previsión normativa explícita (ni en el artículo 39 ET ni en el artículo 25 LPRL) que obligue a la empresa a una movilidad funcional para personas trabajadoras especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, la reubicación unilateral empresarial de la persona trabajadora para salvaguardar su seguridad y su salud en un puesto de un grupo profesional inferior, sorteando los requisitos y criterios exigidos en el artículo 39 ET, evitaría la medida extintiva a la que alude el propio precepto. Bien es cierto, que sería necesario que la regresión funcional fuese aceptada o pactada con la persona trabajadora afectada por la falta de cobertura legal de la empresa para movilizarla unilateralmente.

8.2. Movilidad funcional por motivo de una huelga

Otra cuestión de relativa presencia en sede judicial es la movilidad funcional de aquellas personas trabajadoras que no secundan la huelga y que se ven compelidas a realizar las funciones de los huelguistas. No existe una disposición expresa que prohíba al titular de la empresa atenuar los efectos más nocivos de la huelga. Es más, en virtud de su imperio y autonomía, dispone, también en períodos de huelga, de la facultad ordinaria de utilizar todos los medios técnicos y organizativos que son inherentes a su actividad habitual para mantener, aunque sea parcialmente, el proceso productivo. En este contexto de conflicto laboral el empleador podría recurrir a movilizar a la persona trabajadora que no secunda la huelga a realizar funciones en otro puesto, no solo las que sean equivalentes a su grupo profesional, sino también las funciones de grupos profesionales inferiores³⁹, si se cumplen los requisitos previstos, ya mencionados, en el artículo 39 ET para la movilidad horizontal y vertical. Obsérvese, además, que si la legislación relativa al derecho de huelga prohíbe expresamente utilizar los servicios de una persona trabajadora que no estuviera vinculado a la empresa en el momento de ser convocada la huelga para realizar el trabajo abandonado por un huelguista, se ha de interpretar, a *contrario sensu*, que se permite la movilidad sustitutiva interna por personal ya perteneciente a la empresa.

Sentado esto, no se puede obviar que la movilidad funcional en períodos de huelga no podría utilizarse como mecanismo que desvirtúe el propio derecho de huelga. Como estima el Alto Tribunal, la potestad directiva de la empresa para la aplicación de medidas de flexibilidad interna (movilidad funcional, la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo) están pensadas “*para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología*”⁴⁰. Por eso, la solución jurídica para casos de conflicto debe ponderarse atendiendo a los intereses en pugna y a la luz de los principios y derechos constitucionales que amparan a los contendientes.

Repárese que la huelga es un derecho subjetivo de la persona trabajadora que insiere un derecho fundamental constitucionalmente consagrado y, por tanto, el propio Estado social y democrático de Derecho no solo no puede exceptuar, sino que debe proporcionar los cauces institucionales adecuados para su ejercicio. De ahí se infiere que el derecho de huelga puede anestesiar otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial, como puede ser el de

³⁹ El TC se pronunció sobre ilicitud de la sustitución interna de los trabajadores en huelga (STC 123/1992 o STC 33/2011). Véase PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 30ª edición, Madrid, Ramón Areces, 2022, p. 441.

⁴⁰ STC 123/1992, de 28 de septiembre.

dirección y control de la actividad laboral (artículo 20 ET). Esto nos lleva a pensar que las facultades que le permiten al titular de la empresa efectuar una movilidad funcional horizontal o vertical (artículo 39 ET) podrían quedar neutralizadas cuando se utiliza como instrumento para cercenar o privar de efectividad a la huelga⁴¹.

Así pues, aparte de que no exista una disposición que prohíba al titular de la empresa utilizar los medios técnicos y organizativos de los que dispone en su actividad habitual para mitigar los efectos nocivos de la huelga, se ha de entender también que la huelga no garantiza por ley a los huelguistas el éxito o el logro de los objetivos pretendidos, como consecuencia de que la empresa hubiera utilizado los medios técnicos y organizativos a su alcance para evitar un cese total de la actividad⁴². Por otra parte, pese a que el perjuicio causado a la empresa por la huelga es legítimo, los huelguistas también tienen que ser conscientes de que el perjuicio no puede convertirse en un fin en sí mismo, sino que el único fin es la mejora de los intereses profesionales de las personas trabajadoras⁴³.

9. Algunos supuestos de previsiones convencionales en materia de movilidad funcional objetiva

Los convenios colectivos podrían establecer mecanismos para compensar la carga prestacional que puede soportar la persona trabajadora en ciertas circunstancias no previstas en la norma estatutaria. En general, los convenios del sector privado se limitan a reproducir o, en su caso, a remitir al artículo 39 ET o simplemente no hacen referencia alguna a la movilidad funcional⁴⁴. Se exceptúan los convenios del personal laboral en el sector público, tanto por la mayor capacidad negociadora de la representación sindical como por la mayor aquiescencia de las administraciones públicas para acceder a nuevos límites de la norma estatutaria⁴⁵. Así pues, pese a que una gran mayoría de convenios

⁴¹ STS, Sala de lo Social, de 12.05.2010 (rec. n° 2191/2009); STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 03.03.2005 (rec. n° 4/2005); STSJ Galicia, n° 62/2011 de 17 de diciembre (rec. n° 3526/2010). Respecto a la ilegalidad de sustitución interna de trabajadores huelguistas como manifestación arbitraria y abusiva del ejercicio del *ius variandi* empresarial, véanse SSTS, Sala de lo Social, de 04.07.2000 (rec. n° 75/2000), de 09.12.2003 (rec. n° 41/2003) y de 14.02.2011 (rec. n° 130/2010) o STSJ Andalucía, Sevilla, n° 445/2013 de 7 de febrero (rec. n° 3204/2012).

⁴² STS, Sala de lo Social, de 04.07.2000 (rec. n° 75/2000).

⁴³ STS, Sala de lo Social, de 11.05.2001 rec. n° 3609/2000).

⁴⁴ Véase el IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el VI Convenio del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. Un estudio de la Consejería de Empleo de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre la movilidad funcional en los convenios colectivos en esta Comunidad que arroja el siguiente resultado: (i) solo un 2,59% de los convenios (todos de empresa) regulan una movilidad funcional por mutuo acuerdo; (ii) un 7,08% de los convenios prevén movilidad funcional a instancia del trabajador; (iii) un 32,43% de los convenios (la mayoría en el sector público) prevén la movilidad funcional por riesgo de embarazo; (iv) la movilidad funcional por motivos disciplinarios representa solo 0,79%, lo que confirma que en estos casos

colectivos incluyen estipulaciones de movilidad funcional, especialmente los convenios de empresa, apenas introducen mejoras significativas para el trabajador. Por ejemplo, la movilidad por mutuo acuerdo o a instancia de la persona trabajadora tiene una mínima presencia en los convenios. Lo más significativo suelen ser las disposiciones relativas a la movilidad funcional objetiva relativa al riesgo de embarazo o la fijación de plazos distintos a los previstos en la norma estatutaria para supuestos de movilidad vertical, dado que el propio artículo 39 ET prevé que mediante la negociación colectiva puedan fijarse períodos distintos a efectos de reclamar la cobertura de las vacantes⁴⁶.

Algunos convenios que desarrollan nuevos límites a la movilidad funcional, superando la norma estatutaria, dejan constancia de que la medida empresarial se ajusta a Derecho incidiendo en que la movilidad no es solo un ejercicio regular de las facultades organizativas y directivas de la empresa, sino también un instrumento para facilitar la competitividad y la estabilidad en el empleo y su calidad, de modo que su uso flexible debe considerarse como un mecanismo ágil de adaptación de lo pactado para dar respuesta a las necesidades empresariales⁴⁷.

Indudablemente, la presión sindical puede conquistar nuevos límites a la autonomía empresarial en el ámbito de la movilidad funcional. Por ejemplo, la norma convencional podría exigir que la empresa motive la medida incluso para la movilidad dentro del mismo grupo profesional o que aquella se ajuste a las aptitudes de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo de la persona trabajadora movilizada. De ahí que los convenios podrían establecer, para la movilidad horizontal, un procedimiento de comunicación motivada a quienes ostenten la representación del personal laboral y, en su caso, a la Comisión Paritaria. Se podría acordar igualmente que la persona trabajadora deba tener la competencia profesional, la cualificación y la formación necesarias para el ejercicio de las nuevas funciones asignadas o bien dispusiese de las necesarias acciones específicas formativas previas al cambio funcional como se establecía en el II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva de 2012. Siendo así, la negociación colectiva puede incidir en la importancia de la formación para poder llevar a cabo la movilidad funcional, convirtiéndose en un auténtico requisito exigido convencionalmente.

Sin embargo, lo más eficaz para la persona trabajadora sería establecer unos criterios y límites más restrictivos a la clasificación profesional en la negociación colectiva. Existe

el empleador quiere tener libertad para las medidas extintivas; y (v) la previsión de llegar a acuerdos de polivalencia funcional figura en un 10,61% de los convenios (disponible: chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_117_0.pdf (consulta: 30.08.2022)).

⁴⁶ Véase nota anterior.

⁴⁷ Véase, a modo de ejemplo, el artículo 19 del V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE de 21.5.2015)

una extensa y variada tipología de grupos profesionales en los convenios colectivos con sistemas, configuración interna y criterios de definición en muchos casos asistemáticos o muy amplios con tareas muy distintas dentro del propio grupo. Frente al tradicional sistema de clasificación que pivotaba en el eje de la categoría profesional se han impuesto sistemas de clasificación profesional más flexibles capaces de agrupar (según la definición de grupo profesional que se dio ya en el artículo 22.2 en 1994) *“unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”*. Recuérdese que el propio artículo 22 ET remite al acuerdo entre empresa y representación sindical la constitución y configuración de la clasificación profesional. Por tanto, la negociación colectiva tiene el cometido de establecer el modelo clasificatorio y diseñar la propia configuración de grupo o de categoría, en su caso. Asimismo, el modelo de clasificación establecido en la negociación colectiva sectorial puede ampliarse, restringirse o matizarse en los convenios de empresa incorporando nuevas especialidades, categorías profesionales o funciones que no se hubiesen previsto en el ámbito de la negociación sectorial.

Igualmente, en casos de movilidad funcional para el desempeño de puestos de trabajo de distinto grupo profesional, los convenios pueden complementar los requisitos estatutarios estableciendo nuevos límites. Es así que se podría acotar el “tiempo imprescindible” en la movilidad descendente de las nuevas funciones al que se refiere la norma estatutaria a un tiempo cierto. Se podría reflejar también en qué circunstancias se considera que la empresa se halla ante necesidades reales. La norma convencional podría, asimismo, exigir que el desempeño de un puesto de trabajo de grupo profesional superior se encomendase preferentemente al personal laboral del grupo profesional inmediatamente inferior. Cuando la persona trabajadora, que reúna la cualificación correspondiente, realice varias tareas de distintos niveles profesionales, y no pueda medirse su trabajo, se le podría retribuir aplicando el máximo nivel. En el caso de que una persona ocupe puestos de categoría superior, durante un determinado tiempo podría consolidar el salario de dicho nivel cuando concluya dicho período, sin que ello suponga necesariamente la creación de un puesto de trabajo de este nivel⁴⁸.

Téngase en cuenta que, según la norma estatutaria, la realización de funciones de categoría superior no consolida el ascenso de la persona trabajadora movilizada⁴⁹, solo le da el derecho de reclamar judicialmente la cobertura de la vacante atendiendo al sistema de cobertura de la empresa. Si hubiere transcurrido el plazo sin que la empresa proceda a la cobertura de la vacante, se incurriría en una modificación sustancial de las

⁴⁸ Artículo 20 del Convenio colectivo de la industria del calzado 2019-2021 (BOE de 22.08.2019)

⁴⁹ La doctrina jurisprudencial reitera que “la consolidación de categoría está supeditada a que proceda legal o convencionalmente el ascenso, sin que el desempeño prolongado de funciones de derecho a su consolidación ni reconocimiento automático de esa superior categoría” (STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife nº 824/2022, de 19 de diciembre (rec. nº 203/2022)).

condiciones de trabajo que implicaría que la empresa debería acudir al procedimiento establecido al efecto (artículo 41 ET). En la práctica se producen situaciones de movilidad ascendente indefinidas con el consentimiento tácito de la persona trabajadora porque admite que ha mejorado su estatus y retribución. Por eso los convenios colectivos pueden introducir previsiones de consolidación de ascensos por esta vía de la movilidad funcional, aunque podrían estar condicionadas a concursos en los que puedan participar todas las personas trabajadoras especialmente en el sector público.

En la práctica, los convenios suelen introducir nuevos mecanismos y límites para casos de movilidad funcional objetiva ante ciertas circunstancias no previstas en el pacto contractual. Piénsese, por ejemplo, en la potencial exposición de la persona trabajadora a posibles efectos nocivos en el centro de trabajo. Así, la trabajadora gestante podría ser movilizadada, durante el embarazo, a un puesto de trabajo y/o turnos distintos del suyo para evitar posibles efectos adversos para su salud o la del feto, si existiese la correspondiente prescripción médica del riesgo cierto. El cambio de puesto de trabajo, siempre y cuando la empresa disponga de un puesto y/o turnos alternativos, no implicaría modificación de la categoría, ni merma de los derechos económicos de la gestante. Una vez finalizada la causa que motivó el cambio de puesto de trabajo, se procedería a la reincorporación a su destino original. En todo caso, en aplicación del artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, algunos convenios ya establecen un desarrollo específico de dicho mandato. Es por ello que le corresponde al titular de la empresa la evaluación de los riesgos laborales, de modo que la parte empresarial está obligada a evaluar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de la trabajadora en situación de embarazo a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o del feto⁵⁰.

Raramente se establece en la norma convencional disposiciones que contemplen la movilidad funcional por razones de conciliación⁵¹. Son los convenios del sector público los que excepcionalmente prevén este tipo de medida si existiese un puesto de trabajo de

⁵⁰ IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE de 17.05.2019).

⁵¹ Véase, SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Reducción de jornada conciliatoria que provoca movilidad funcional impuesta (Caso Hospital Sanitas de La Moraleja)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 10, 2021, p. 9. El TC tuvo ocasión de pronunciarse respecto a una posible discriminación indirecta por razón de género (en el contexto de la conciliación laboral y familiar) como consecuencia de una medida empresarial de movilidad funcional (STC 61/2021 de 15 de marzo). Entiende el Alto Tribunal que, en el caso de autos, no existe discriminación indirecta porque la medida empresarial se justificó por motivos organizativos de índole sanitaria y ordenada a un fin legítimo. Al hilo de esta Sentencia, Sempere Navarro concluye que “da la impresión de que el TC está queriendo poner, cada vez más, en manos de los órganos judiciales la administración de su propia doctrina, que ya considera suficientemente elaborada”. (Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001481; consulta: 31.08.2022).

“*necesaria cobertura*” del mismo grupo profesional de la persona trabajadora y siempre y cuando concurren causas graves de índole familiar (por ejemplo, que la persona trabajadora tenga a su cuidado y atención a su cónyuge, pareja de hecho o descendiente hasta el primer grado de consanguinidad o de afinidad, que por razones de discapacidad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida).

La movilidad funcional para la protección de la salud de la persona trabajadora se podrá determinar convencionalmente en supuestos de declaración de cualquier grado de incapacidad o disminución de la capacidad para el ejercicio del puesto de trabajo habitual de la persona trabajadora. Se podrá acordar el cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a la situación de la persona trabajadora, siempre que exista un puesto compatible con su grado de incapacidad o disminución de la capacidad de su grupo profesional. En todo caso, si se movilizase a la persona trabajadora para funciones distintas de las habituales, la empresa ya no podría invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación (artículo 39.3 ET). Asimismo, si la persona trabajadora afectada fuese movilizada a un puesto de un grupo profesional inferior con carácter permanente se procedería a una novación modificativa de su contrato y si las circunstancias lo requieren sería preciso la previa formación necesaria para ejercer las funciones del nuevo puesto.

10. Aspectos procesales relativos a las reclamaciones en materia de movilidad funcional

No existe una modalidad procesal concreta y específica para litigios relacionados con la aplicación por parte de la empresa de medidas de movilidad funcional. Es necesario alojar las reclamaciones en distintos procesos ateniéndose al contenido concreto de la movilidad o al supuesto de exceso de los límites de la decisión modificativa empresarial. Piénsese que el procedimiento que se contempla para la reclamación de categoría o grupo profesional del artículo 137 LJS no se aplica a todos los supuestos. Por ejemplo, la impugnación de medidas de movilidad funcional podría deducirse en un proceso laboral ordinario cuando la pretensión de la persona trabajadora se ciñe en la demanda a la reclamación de cantidad por diferencias salariales o cuando la reclamación se circunscribe a la posible extralimitación de los límites de la movilidad funcional establecidos para los grupos profesionales o categorías equivalentes.

Para supuestos de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, o la que en su caso se hubiese establecido en el convenio de aplicación, la persona trabajadora solo podrá reclamar el ascenso de categoría que le correspondería a través de un proceso especial en materia de clasificación profesional. Conforme a lo previsto en el artículo 39.2 ET, en relación con el artículo 137 LJS, la modalidad procesal

de clasificación profesional es el “cauce adecuado para estas reclamaciones en las que existe una divergencia entre el grupo o categoría profesional que la persona trabajadora tiene reconocida en la empresa y las funciones que verdaderamente realiza” (artículos 22 y 39.4 ET)⁵².

Si el cambio de funciones excede los límites del artículo 39 ET por incardinarse la medida en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 ET, la reclamación se sustentaría por el proceso que corresponde a supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Si la movilidad funcional tuviera carácter colectivo se encauzaría la demanda de las personas trabajadoras a través del proceso de solución de conflictos colectivos. El apartado 5 del artículo 41 ET dispone que “contra las decisiones empresariales de modificación colectiva de las condiciones laborales se puede reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual, que en su caso, quedará paralizada con la interposición del conflicto colectivo. Para determinar si nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones individual o colectiva, habrá de estarse a los umbrales que establece el apdo. 2, artículo 41 ET”⁵³.

Finalmente, si se produjese una violación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora afectada, este tendría que acudir al proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Por ejemplo, cuando la movilidad funcional implica una discriminación directa por razón de género, ningún otro motivo organizativo o técnico puede legitimar una medida contraria al artículo 14 CE, pues la conducta empresarial estaría fundada en motivos expresamente prohibidos como la discriminación de género, cuya valoración no puede ser admitida como un mero acto de libertad empresarial.

11. Conclusión

El grupo profesional es el único referente para el sistema de clasificación profesional tras el RDL 3/2012. Se rompe así la rigidez de la noción de categoría profesional con el objeto de que la movilidad funcional sirva de mecanismo de adaptación “más viable y eficaz” para atender las necesidades empresariales. De ahí que el ejercicio del poder de dirección empresarial ordinario en el uso de la movilidad funcional horizontal (artículo 20 del ET en relación al artículo 39.2 ET) no se halla sujeto a ningún tipo de justificación causal ni temporal. Siendo así, el control judicial, cuando se impugna una medida de movilidad funcional ordinaria, no entra a valorar si existe o no una causa, sino si la medida es o no arbitraria. Recuérdese que las normas estatutarias constituyen

⁵² STSJ País Vasco, nº 2066/2013 de 26 de noviembre (rec. nº 2029/2013).

⁵³ STS, Sala de lo Social, de 22.12.2015 (rec. nº 7/2015).

un “*derecho necesario relativo*”, en la medida en que el convenio colectivo puede establecer límites en el ejercicio del poder empresarial en materia de movilidad funcional. Recuérdese también que la medida de movilidad funcional ordinaria estará siempre sometida al principio de la buena fe contractual (artículo 1258 CC, 5.a) y 20.2 ET), a la prohibición de discriminación (artículos 14 CE, 4.2.c) y 17.1 ET) y respetando la dignidad de la persona trabajadora, la movilidad dentro del grupo profesional, los títulos académicos y profesionales y los derechos fundamentales de la persona trabajadora. Acatando estos límites o/y otros existentes en el convenio colectivo de aplicación, la empresa puede decidir la movilidad que requieran sus necesidades. El órgano judicial no podrá valorar si la medida empresarial ha sido más o menos eficiente, dado que la prestación de unas determinadas tareas y no otras dentro de las propias o correspondientes a su grupo y cualificación profesional es prerrogativa de la libertad de empresa.

Sin embargo, los mayores desajustes en la relación laboral se producen en la movilidad vertical, especialmente cuando la persona trabajadora movilizada a un grupo superior compatibiliza funciones con tareas de su grupo de encuadramiento, sin haberse producido pacto de polivalencia. No se determina qué porcentaje de actividades en el grupo superior y durante cuánto tiempo -cuando se ejerza la prestación por un periodo inferior a seis meses durante un año u ocho durante dos años- dan derecho a los beneficios (retribuciones, pluses, etc.) del grupo de mayor nivel. El criterio jurisprudencial que se sustenta en que es necesario que se acredite por parte de la persona trabajadora el desempeño efectivo de todas las funciones del grupo superior y no parte de las mismas para obtener los derechos inherentes a dicho grupo no proporciona la suficiente seguridad jurídica al trabajador.

Por otra parte, entre las causas que justifican la movilidad funcional vertical -la existencia de razones técnicas u organizativas- no se hallan razones económicas. Por tanto, la movilidad vertical no tiene que justificarse por una potencial quiebra o deterioro del balance económico de la empresa, bien al contrario, los beneficios y los resultados económicos pueden ser óptimos, pero, a juicio del titular de la empresa, pueden mejorarse mediante nuevos recursos técnicos u organizativos. Esto puede suponer, en la práctica, un desequilibrio de la carga prestacional contractual.

La norma estatutaria incluye nociones conceptuales poco precisas que acaban por crear una gran conflictividad. Se fía todo al criterio jurisprudencial, no siempre coincidente, respecto a cuándo una actuación empresarial atenta a la “dignidad” de la persona trabajadora o en qué circunstancia se considera que la movilidad se ha ejecutado por un tiempo “imprescindible” o cuándo se considera que un cambio técnico en puesto de trabajo es “razonable”.

Siendo cierto que la presión sindical puede acotar nuevos límites a la autonomía empresarial en el ámbito de la movilidad funcional, también es evidente que las personas trabajadoras de pequeñas empresas muy poco pueden hacer en la cuestión debatida por sus limitaciones en la negociación colectiva.

Las reformas legislativas estatutarias relativas a la protección del empleo desde la década de los años noventa han tenido como objetivo flexibilizar el mercado de trabajo para paliar las medidas extintivas. En la misma línea, el diálogo social ha facilitado la introducción de nuevas formas de flexibilidad interna para adaptar las competencias y habilidades de las personas trabajadoras a las variaciones de nuevas realidades económicas. Sin embargo, no se rompe la tendencia de la segmentación y diversificación de los mercados de trabajo ni se frenan las medidas extintivas ni se incrementa el nivel de seguridad de empleo y de protección social. En el ámbito de la movilidad funcional, ni la ley estatutaria ni la mayoría de los convenios colectivos establecen una estrategia definida de retención de talento interno a través de un sistema eficiente y sostenido de acceso a la formación que permita la transición entre las distintas formas de contratos encaminados a una movilidad vertical ascendente pactada. Sería deseable que las personas trabajadoras pudieran tener una percepción distinta de la movilidad funcional. El cambio de tareas o rotación de puestos de trabajo en la propia empresa de forma colaborativa puede convertirse en una excelente herramienta formativa abriendo el espacio a nuevas oportunidades de promoción y de responsabilidad individual.

12. Bibliografía

CASTRO CONTE, Macarena, “Incumplimiento contractual del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores por modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº 12, 2019, p. 169-193.

CORDERO SAAVEDRA, Luciano, “La delimitación jurídica entre el acoso moral y las tensiones laborales”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2003, p. 2881-2884.

DEL REY GUANTER, Salvador, “La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Actualidad laboral*, nº 17-18, 2012. p. 3-4.

FABREGAT MONFORT, Gemma, *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Albacete, Bomarzo, 2016.

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en GARCÍA PERROTE

ESCARTÍN, Ignacio (director) y MERCADER UGUINA, Jesús R. (director), *Reforma laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 223-240.

MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 23/24, sección monografías, 2012, p. 85-120.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a José, *Trabajadores especialmente sensibles: concepto y obligaciones empresariales en materia preventiva*, CEOE, 2016.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “La dignidad de la persona como eje del sistema de derechos fundamentales (art. 10.1 CE y normas concordantes)”, en MONEREO PÉREZ, José Luis (director), VILA TIerno, Francisco (director), ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos (director), LÓPEZ INSUA, Belén del Mar (coordinadora), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Granada, Comares, 2020, p. 1-186.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen (coordinadora); GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco A. (coordinador), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al Profesor Alfredo Montoya Melgar*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

ORTIZ GARCÍA, Pilar, “Flexibilidad laboral en el mercado de trabajo español”, *Áreas: Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 32, 2013, p. 93-102.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 30^a edición, Madrid, Ramón Areces, 2022.

POSE VIDAL, Sara, “La aplicación judicial de la flexibilidad interna”, *La Ley*, nº 8177, 2013.

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, “La flexibilidad interna tras La ley 3/2012, de 6 de julio”, *Temas Laborales*, nº 118, 2013, p. 13-50.

QUINTANA HERNÁNDEZ, José Manuel, “¿Flexibilidad laboral, Flexiseguridad o Flexplotación?”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, nº 26, 2012, p. 131-159.

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, “Acoso en el trabajo y dignidad de las personas: la lesión de derechos fundamentales en clave restrictiva. Comentario a la Sentencia del

Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, nº. 429, 2018, p. 200-210.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “Dignidad, honor e intimidad en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, 2014, p. 133-163.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Flexibilidad interna y externa en el RDL 3/2012”. *Diario La Ley*, nº 7833, 2012.

ROJAS RIVERO, Gloria Pilar, “Dignidad del trabajador”, en BAYLOS GRAU, Antonio Pedro (coordinador), THOMÉ, Candy Florencio (coordinador), GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo (coordinador), *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 691-697.

SÁEZ LARA, Carmen, “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 115, 2012, p. 226-229.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Reducción de jornada conciliatoria que provoca movilidad funcional impuesta (Caso Hospital Sanitas de La Moraleja)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 10, 2021.

SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral en el trabajo*, Madrid, Consejo Económico Social, 2005.

SIERRA HERNAIZ, Elisa, “El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Lan Harremanak*, nº 43, 2020, p. 73-94.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de jornada tras la Reforma Laboral de 2012*, Albacete, Bomarzo, 2012.