

TESIS DOCTORAL

LA MOVILIDAD FUNCIONAL DEL  
TRABAJADOR EN LA EMPRESA

Por: Fco. Andrés Valle Muñoz

Directores de la Tesis Doctoral:

Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

Dra. Julia López López.

BARCELONA, 1997

(4 de 9)

En este punto también queda por determinar si la expresa mención a las razones técnicas u organizativas debe entenderse como una exigencia causal que corrige la normativa anterior en materia de movilidad funcional ascendente y dota a la misma de la connotación propia de la que adolecía (la causalidad), o si por el contrario el legislador simplemente no ha pretendido ello<sup>12</sup>.

La introducción por las normas sectoriales y por la negociación colectiva anteriores a la reforma de 1994 de fórmulas más laxas y por tanto no sujetas a las notas de perentoriedad e imprevisibilidad propias del "ius variandi in peius" fue una práctica que abundó y que se extendió también en los casos de "ius variandi in melius" con mayor motivo, debido a la falta de previsión legal que impusiera una justificación causal a los supuestos de "ius variandi in melius". Práctica que la doctrina se encargó de poner en tela de juicio<sup>13</sup>.

Los argumentos utilizados contra estas prácticas convencionales fueron los de apelar al carácter de norma mínima de derecho necesario que ostentaban las disposiciones legales objeto de estudio, y que por tanto una norma convencional no podía empeorar. De esta forma se llegaron a calificar de ilegales aquellas cláusulas de los convenios colectivos que contuviesen límites a los poderes empresariales menos favorables (aunque más flexibles) que los contenidos en los preceptos del ET, en alusión a aquellos supuestos de "ius variandi in

---

<sup>12</sup>.- MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 539. Indica RIVERO LAMAS, F., "La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/94", op. cit. pag. 712, que las razones técnicas u organizativas que legalmente se exigen que concurren para ejercitar este poder del empresario es difícil que no puedan ser justificables en el desenvolvimiento normal de la vida empresarial para adoptar medidas transitorias de organización de la fuerza de trabajo, "por lo que, a fin de cuentas, la limitación de la discrecionalidad empresarial es mínima, traduciéndose los motivos alegables en un mero actuar en interés de la empresa". En un sentido amplio en la interpretación de las causas motivadoras: DEL REY GUANTER, S., "Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma" en AA.VV. *La reforma del ET*, op. cit. pag. 176. PEREZ ESPINOSA, F., "Organización del trabajo...", op. cit. pag. 180, ya puso de manifiesto como en la configuración del "ius variandi" se coloca en un plano preferente las necesidades técnico-organizativas y productivas de la empresa, relegando a un lugar secundario el respeto al patrimonio profesional del trabajador. De tal manera que en los casos de conflicto entre las exigencias de la empresa y las exigencias de defensa de la profesionalidad, prevalecían los intereses del empresario.

<sup>13</sup>.- VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría...", op. cit. pag. 22 y 23. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 147. ORTIZ LALLANA, C., "Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica", op. cit. pag. 551. MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y movilidad laboral", op. cit. pag. 185. RIVERO LAMAS, J., "Modificación de las condiciones de trabajo", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Tomo VII, (dir. por Efrén Borrajo Dacruz) Ed. Edersa, Madrid, 1988, pag. 170. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 33, aporta una posición particular señalando que, a falta de una expresa exigencia de justificación causal en los cambios "in melius" se habrían de aplicar analógicamente las causas previstas en el art. 40 y 41 del ET.

peius" basados en necesidades ordinarias de la empresa. En otras ocasiones se apeló no sólo a la jerarquía normativa sino a la defensa de la seguridad contractual, a razones de origen histórico, y a motivaciones de orden social, razones todas ellas que avalaban una interpretación restrictiva de las ampliaciones convencionales y reglamentarias hechas en materia de justificación causal.

Dichos argumentos pusieron de manifiesto cómo tanto el "ius variandi in melius" como el "ius variandi in peius" fueron objeto de una interpretación convencional laxa, siendo ésta más abundante en el primero de ellos, a falta de previsión normativa, y siendo calificada como ilegal en el segundo de los casos, por ir contra el propio tenor de la ley.

La doctrina laboral posterior a la reforma de 1994 se ha dividido entre aquellos autores que entienden que "*las razones técnicas u organizativas*" son predicables únicamente en la movilidad extraordinaria ascendente<sup>14</sup>; aquellos otros autores que, siguiendo las pautas de la regulación precedente a la Reforma de 1994, entienden que "*las razones técnicas u organizativas*" no serían exigibles en la movilidad extraordinaria ascendente en la medida que el artículo 39.4 del ET omitiría toda referencia a las mismas, existiendo únicamente una "presunción tácita de consenso"<sup>15</sup>; y, en fin, los que entienden que dichas causas son exigibles a ambos tipos de movilidad extraordinaria, tanto ascendente como descendente, al ser diferente el conflicto de intereses y por tanto ser mayor el plus de exigencia en la

---

<sup>14</sup>.- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 419. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 226. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 200. SOUTO PRIETO, P., "Movilidad funcional (funciones equivalente, inferiores y superiores)", op. cit. pag. 169. ALARCON CARACUEL, M.R., en "La clasificación profesional...", op. cit., pag. 143, entendiendo que ello se deduce si se aplica "sensu contrario" el genérico primer párrafo del art. 39.2 del ET, de modo que en la movilidad funcional extraordinaria ascendente bastará con que existan razones técnicas u organizativas.

<sup>15</sup>.- ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 266, quien ha señalado que la exigencia de unas "razones técnicas u organizativas" no sería necesaria en los casos de movilidad ascendente, y ello porque las mismas no vienen exigidas por el art. 39.4, produciéndose por tanto una "presunción tácita de consenso que, "prima facie", subyace tras la realización de este tipo de cometidos, de modo que al trabajador desempeñar labores superiores le abre la posibilidad de enriquecer "in situ" sus conocimientos y habilidades funcionales y de mejorar su situación socio-profesional en la empresa". Pese a ello este autor pone de manifiesto el inconveniente de admitir un supuesto así por tres motivos: a) Porque la presunción tácita de consenso puede no darse en la práctica (por ejemplo, mayor responsabilidad del cargo); b) Porque se separa de la filosofía que inspira el "ius variandi" empresarial, netamente causal; y c) Porque el no exigir una causa abriría la posibilidad de extender el cambio funcional hasta agotar los plazos legales. Por lo que acaba concluyendo que: "no sería baladí por consiguiente, que las normas sectoriales introduzcan una regulación de este instituto que contemple la causa y apunte los efectos derivables de dicha situación".

motivación<sup>16</sup>.

Dentro de este tercer grupo se encuentran aquellos autores que califican a las "*razones técnicas u organizativas*" como un género cuya concreción se produciría en la movilidad extraordinaria descendente mediante las "*necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva*"<sup>17</sup>. Y aquellos otros que entienden que estas últimas necesidades refuerzan o bien deben añadirse a las primeras en los supuestos de movilidad extraordinaria descendente<sup>18</sup>.

El problema viene a la hora de determinar si las "*razones técnicas u organizativas*", y a falta de especificación acerca de su perentoriedad o imprevisibilidad, deben reputarse más favorables para el trabajador afectado en la medida que verá ampliada de este modo sus probabilidades de promoción profesional por decisión empresarial; o si, por el contrario, deben reputarse más perjudiciales, en referencia a aquellos otros trabajadores con expectativa de ascenso y que pueden verse perjudicados por una decisión empresarial amparada en unas causas excesivamente extensas.

Corresponderá a la negociación colectiva el potenciar uno u otro aspecto, siendo de destacar que un elemento común tanto a la movilidad extraordinaria ascendente como a la descendente es el de la temporalidad (el tiempo imprescindible), elemento este último que dota de excepcionalidad al "*ius variandi*" y que podría imponer una interpretación restrictiva de dichas causas.

De todo lo expuesto cabe concluir lo siguiente:

---

<sup>16</sup>.- DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional, movilidad geográfica...", op. cit. pag. 203. ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 228. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 102, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 336 y ss. SENRA BIEDMA, R., *El derecho del trabajo...*, op. cit. pag. 254 y ss. ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación profesional y la movilidad funcional", op. cit. pag. 442. URESTE GARCIA, C., "La movilidad funcional" ponencia presentada en las Jornadas sobre "Aspectos de poder de dirección del empresario tras la Reforma laboral". Madrid, 1995. En prensa.

<sup>17</sup>.- SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV., *La reforma del ET*, op. cit. pag. 72.

<sup>18</sup>.- CONDE MARTIN DE HIJAS, V.C., "La clasificación...", op. cit. pag. 251. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 539. CAMPS RUIZ, en *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. pag. 25. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., DE LA ROSA A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 839. MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 597. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 37. FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica...", op. cit. pag. 103.

a) Estamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados de difícil aprehensión y que exigen una extremada prudencia por parte de los tribunales sobre todo en la delimitación de estos términos y en la posible incidencia en lo que es la organización del trabajo efectuada por el empresario en la empresa<sup>19</sup>.

b) Mediante la exigencia legal de unas "*razones técnicas u organizativas*" el legislador ha limitado la plena discrecionalidad del empresario en el ejercicio de cualquier modalidad de "*ius variandi*", facilitando con ello su control jurisdiccional<sup>20</sup>.

c) La interpretación que se realice de las "*razones técnicas u organizativas*" podrá ser más o menos restrictiva, identificable o no con necesidades habituales o perentorias de la actividad productiva, correspondiendo a la negociación colectiva el adoptar uno u otro camino. En cualquier caso se reputarán ilegales aquellas cláusulas convencionales que permitan el "*ius variandi in peius*" justificándolo únicamente en necesidades habituales de la empresa.

d) El tenor de la ley permite entender que las "*razones técnicas u organizativas*" otorgan al empresario una mayor discrecionalidad que los casos de "*necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva*".

---

<sup>19</sup>.- Existen varias definiciones. Para RIVERO LAMAS, F., "Modificación de las condiciones...", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales*, op. cit. pag. 163, razones "técnicas" son las que inciden sobre los puestos de trabajo a consecuencia del progreso técnico. Y razones "organizativas", son las debidas a la introducción de métodos de trabajo, agrupación de instalaciones o del personal para conseguir una mayor productividad, utilización intensiva de las instalaciones, reconversión de empleados etc. En el mismo sentido, MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 104 y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 339. A diferencia de otros preceptos como el art. 40, 41 o 51 del ET, el art. 39 no impone cuándo concurren este tipo de causas. Pese a ello, la doctrina ya ha puesto de manifiesto cómo en estos preceptos, "la ley configura como razones justificativas, no tanto determinadas vicisitudes de la situación de la empresa, sino el efecto beneficioso de las medidas propuestas por el empresario sobre la organización de los recursos empresariales, traducido en la mejora de aquella situación". CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. pag. 57. PEDRAJAS MORENO, A., "Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo" en AA.VV. *La reforma del mercado laboral*. (Coord. F. VALDES) Ed. Lex nova, Valladolid, 1994, op. cit. pag. 367. Sobre la actitud prudente de los tribunales en la delimitación de estos conceptos: MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 597. SOUTO PRIETO, J., "Movilidad funcional (funciones equivalentes, inferiores y superiores)", op. cit. pag. 169.

<sup>20</sup>.- Como indica ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 286, la existencia de razones técnicas u organizativas se convierte en el presupuesto delimitador, configurador y legitimador del poder de variación. Delimitador en cuanto, como figura extraordinaria que es, excluye de dicha potestad los cambios funcionales por mera conveniencia de la empresa. Para FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica...", op. cit. pag. 103, "las razones técnicas u organizativas que habilitan la decisión del empresario deberán ser adecuadamente justificadas, en caso de discrepancia, ante los órganos de la jurisdicción social".

e) Sin embargo, también cabe una interpretación restrictiva de las "*razones técnicas u organizativas*" basada en el hecho que el requisito de la temporalidad denota una idea de excepcionalidad, opuesta a normalidad. Avalan esta afirmación las posiciones doctrinales anteriores a la reforma laboral de 1994 y la interpretación histórica derivada del artículo 64 de la derogada LCT.

f) Se produce una falta de sistematicidad entre las causas estudiadas y las exigidas en otros preceptos afines como el artículo 41.1, el artículo 40.1 o el artículo 51.1 del ET, al no mencionarse en el artículo 39.2 las causas económicas o de producción. Esta falta de coordinación entre las causas del artículo 39 y la de el resto de los preceptos mencionados es la que más debate doctrinal ha suscitado.

Por lo que se refiere a la falta de coincidencia entre la fundamentación causal del artículo 39.2 (que no menciona las causas económicas ni productivas) frente a la del artículo 41 del ET (que sí lo hace) se plantea el problema acerca de si las causas económicas o de producción pueden ser alegadas en los supuestos de modificación sustancial funcional (art. 39.5 del ET).

Un sector doctrinal entiende que en el caso de que se produzcan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, (y no sólo ante las técnicas u organizativas) cabría la movilidad funcional a funciones de cualquier grupo profesional o categoría, pudiéndose utilizar para ello la vía del artículo 39.2 ("*ius variandi in peius*") y del 39.4 ("*ius variandi in melius*"), si se trata de razones técnicas u organizativas, o la del artículo 39.5 (modificación sustancial funcional) en relación con el artículo 41, si se trata de razones económicas o productivas<sup>21</sup>.

Sin embargo parece más acertada la postura defendida por un segundo sector de la doctrina que marca diferencias entre los límites causales que aparecen en los diferentes preceptos analizados. Así, se impone interpretar globalmente ambos preceptos (el art. 41 y el art. 39) entendiendo que entre movilidad funcional extraordinaria y la modificación sustancial funcional existen numerosas diferencias<sup>22</sup> como para que puedan buscarse criterios de identificación (ni aún causales). De este modo, cabe entender que las causas que recoge el artículo 39 (técnicas y organizativas) son más limitadas que las del artículo 41 debido a que las aquí estudiadas (las del art. 39) son de menor gravedad que aquellas otras, siendo de

---

<sup>21</sup>.- CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 258

<sup>22</sup>.- DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 203.

menor trascendencia los cambios producidos, y por consiguiente, siendo de poca utilidad seguir los criterios finalistas utilizados por el artículo 41.1 o por los arts. 40.1 o 51.1 del ET<sup>23</sup>.

En esta lógica, el motivo de que las razones económicas o de producción no aparezcan entre las que legitiman al empresario a ejercer la movilidad funcional estribaría en la existencia de una jerarquización entre los poderes empresariales de variación, suspensión y extinción del contrato tal y como aparecen regulados en el ET<sup>24</sup>.

g) Finalmente, y pese a que el artículo 39.2 del ET no exige, como el artículo 41, el que las razones sean "*probadas*" se entienden que éstas han de ser presentes, no futuras, y además al ser causas que el ET hace recaer en el funcionamiento de la empresa, corresponderá al empresario y no al trabajador la carga de probar su presencia, frente a lo que podría ocurrir en los supuestos de ejercicio del poder de dirección donde la discrecionalidad aparecía más potenciada.

### 3.- LA LIMITACIÓN TEMPORAL EN EL EJERCICIO DEL "IUS VARIANDI".-

El apartado 2º del artículo 39 señala que la movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a las categorías equivalentes sólo será posible "*por el tiempo imprescindible para su atención*".

La temporalidad en el ejercicio del "ius variandi" empresarial es una característica consustancial al mismo, derivada de la propia excepcionalidad que preside esa facultad de

---

<sup>23</sup>.- MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 539. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la Movilidad funcional*, op. cit. pag. 104 y en "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 339. Por el contrario, ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 442, señala que a las razones técnicas u organizativas debe aplicarse lo dicho en el art. 41, es decir, "la más adecuada organización de los recursos", "la posición competitiva en los mercados" o "la respuesta a la demanda".

<sup>24</sup>.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 103 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 339, señala por ello que esta ordenación jerárquica tendría una doble faz: la jerarquización externa de esos distintos poderes entre sí, de tal modo que la movilidad funcional, aun la de carácter extraordinario, conformaría la medida de menor intensidad, situándose en el extremo opuesto el despido colectivo; y la jerarquización interna que implica, entre otras cosas y en primer lugar, que en el despido colectivo haya de existir material aunque no formalmente, una reconducción de las causas técnicas organizativas y de producción a las de orden económico, y en segundo lugar, que para legitimar el ejercicio de la movilidad funcional baste la presencia de una causa técnica u organizativa, por concebirse dicho par causal, en el contexto de esta movilidad, con una entidad menor que la atribuible a las causas económicas y de producción.

variación unilateral y que actúa, a su vez, como garantía del mantenimiento de la profesionalidad del trabajador en las dos manifestaciones expresadas por el artículo 39: la dignidad, y la promoción y formación profesionales<sup>25</sup>. Por tanto, la variación definitiva de la prestación debida está sujeta en nuestro ordenamiento jurídico laboral, bien al acuerdo modificativo del objeto del contrato, bien al procedimiento legal para la modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 del ET. Algo similar sucede en el ordenamiento jurídico francés, en el que si la modificación de las funciones está limitada a un corto lapso de tiempo, la misma no será considerada como sustancial, y por tanto no requerirá el acuerdo del trabajador, sino que simplemente se considerará como una modificación no sustancial que obedece a una necesidad aceptable de flexibilidad<sup>26</sup>.

Esta exigencia normativa, hoy prevista en el apartado 2º del artículo 39, no había encontrado plasmación en la redacción del texto estatutario de 1980 el cual utilizaba los términos "*tiempo imprescindible para su atención*" en los supuestos de ejercicio del "*ius variandi in peius*" (antiguo art. 23.4 del ET) pero no "*in melius*" (antiguo art. 23.1.2 y 3) para los que los requisitos temporales eran los límites de 6 meses en un año o de 8 meses en dos años, plazos que por otra parte y salvo ciertas novedades, están recogidos actualmente en el artículo 39.4 del ET. Ello había conducido a cierta doctrina a negar la naturaleza jurídica propia del "*ius variandi*" a los casos de ejercicio de la movilidad extraordinaria ascendente, en la medida en que no constituía propiamente una modificación transitoria de la prestación. Se llegó a entender que en estos casos no existía propiamente un límite temporal a la movilidad ascendente sino que, de manera similar a lo que ocurre con la actual redacción del artículo 34.4 del ET, la norma simplemente trataba de asegurar o garantizar la efectividad del derecho a la promoción profesional otorgando el derecho al ascenso tras cierto tiempo de desempeño de las funciones superiores<sup>27</sup>. Del mismo modo, las

---

<sup>25</sup>. - El sometimiento del "*ius variandi*" a una limitación temporal fue refrendado por la doctrina española anterior a la reforma laboral de 1994, la cual se mostraba unánime en entender que un cambio definitivo de funciones excedería de los límites del "*ius variandi*": CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit. pag. 91. VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 19 y ss. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador..", op. cit. pag. 33. MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y movilidad laboral", op. cit. pag. 185. Del mismo autor *Poder de dirección del empresario*, op. cit. pag. 165. RIVERO LAMAS, F., *La novación del contrato de trabajo*, op. cit. pag. 212. Tras la reforma laboral ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 287, ha puesto de manifiesto cómo el carácter transitorio de la medida minoraría el perjuicio profesional del trabajador desde el aspecto de la formación y de la promoción profesional. En la doctrina italiana: GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 332.

<sup>26</sup>. - RAY, J.M., "La mobilité du salarié, aspects individuels", op. cit. pag. 440.

<sup>27</sup>. - CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 155, niega la naturaleza jurídica del "*ius variandi*" a este supuesto. LOPEZ TARRUELLA, F., *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit. pag. 127 y ss., entendió que el precedente art. 23. 1,2 y 3 del ET no trataba de



consecuencias jurídicas derivadas de la transgresión de dichos plazos eran distintas:

Cuando se sobrepasaba "*el tiempo imprescindible*" de asignación al trabajador de funciones inferiores, la calificación jurídica otorgada a dicho cambio (pese al silencio de la norma) era la de modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>28</sup>. El carácter temporal resultaba incompatible con la indefinición en la encomienda de funciones inferiores, incluso aunque éstas fuesen desarrolladas en una parte de la jornada del trabajador (STCT 15 Junio 1988, R.A. 4264;) y éste conservase alguna de las funciones que le eran propias (STSJ Madrid. 26 Septiembre 1989, R.A. 1330)<sup>29</sup>.

La transgresión del límite temporal en los supuestos de "*ius variandi in peius*" llevaba aparejada a su vez toda una serie de consecuencias jurídicas, que se podían producir alternativamente: la restitución del trabajador a las funciones propias originarias (STCT 26 Octubre 1987 R.A. 22913; STCT 2 Julio 1987 R.A. 14983); el necesario sometimiento a las reglas previstas por el artículo 41 (STCT 15 Junio 1988 R.A. 4254), e incluso la extinción del contrato por voluntad del trabajador en virtud de lo dispuesto en el artículo 50.1 a) del ET<sup>30</sup>. Por contra, en el caso de traspasarse los límites temporales de desempeño de funciones superiores la norma permitía que el trabajador reclamara a la empresa la clasificación profesional adecuada, y contra la negativa de ésta, podía acudir la jurisdicción social<sup>31</sup>. Pues bien, todas estas consecuencias jurídicas, pueden predicarse, sin ningún

---

establecer un límite temporal a la movilidad ascendente.

<sup>28</sup>. - ORTIZ LALLANA, M.C., "Movilidad funcional, atribución...", op. cit. pag. 563. Ver por todas la STS 17 Marzo de 1988, (R.A. 2311) según la cual la atribución con carácter permanente y no causal de funciones de categoría inferior a la correspondiente al trabajador, constituía una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET con la posibilidad de exigir la extinción contractual por voluntad del trabajador.

<sup>29</sup>. - La STSJ Aragón, 21 Diciembre 1989 (R.A. 936) entiende que el sometimiento del trabajador a trabajos de inferior categoría va en contra del respeto debido al trabajador con menoscabo de su dignidad y perjuicio de su formación profesional, siempre que los trabajos de inferior categoría no lo sean ocasionalmente.

<sup>30</sup>. - "Si el trabajador lo considerara oportuno podrá plantear resolución de contrato ante Magistratura de Trabajo como si se tratase de despido improcedente, cuando considere que se ha producido perjuicio grave de su formación profesional o menoscabo notorio de su dignidad". Art. 8.2 CC 1994-1995 sobre Formación Profesional Continua de Industria Fotográfica (BOE nº 233, 29 de Septiembre de 1994). Art. 8.2 CC Pastas, Papel y Cartón (BOE nº 245, 13 de Octubre de 1994).

<sup>31</sup>. - Sin embargo, para MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 108 y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 342, el límite temporal marcaba también un límite cuyo traspaso, se entendía que producía "materialmente, una suerte de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque formalmente no fuera ésta la calificación que a dicha situación daba el legislador. Modificación material que constituía precisamente el supuesto de hecho activador de la reclamación del ascenso..."

inconveniente, con la actual regulación.

Por lo que se refiere al examen de la expresión "*tiempo imprescindible*", la doctrina había puesto de manifiesto cómo la temporalidad se vinculaba a las necesidades organizativas, y por ello la duración de la asignación a funciones inferiores quedaba condicionada a la desaparición de la causa que la motivó<sup>32</sup>. En cualquier caso, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, para cuyo acotamiento el legislador no suministra criterio alguno<sup>33</sup>.

Algunas posiciones han señalado que, dada la dificultad que encierra establecer apriorísticamente la duración exacta de las medidas a adoptar, lo conveniente sería que fuese el propio empresario quien concretara lo que debe entenderse por "*tiempo imprescindible*"<sup>34</sup>.

La ubicación sistemática de este requisito temporal en el actual artículo 39 plantea análogas reflexiones a las realizadas con anterioridad y en referencia a la presencia de una justificación causal en el ejercicio del "ius variandi".

Nuevamente caben dos interpretaciones acerca de la presencia de este requisito en la movilidad funcional extraordinaria:

La primera de ellas, derivada de su ubicación, permitiría entender que dicho requisito es exigible tanto en los supuestos de movilidad funcional extraordinaria ascendente como descendente. La segunda de ellas, acorde con una interpretación histórica, conduciría a

---

<sup>32</sup>. - VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 20. Siguiendo este argumento CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 148, fijaba un ejemplo muy significativo: "si la necesidad proviene de la ausencia de un trabajador debida a su enfermedad o similar, el tiempo imprescindible no es el período que está de baja este trabajador, sino que aquel desaparece desde el instante en que son posibles otras soluciones para la sustitución". VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos" "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 321, señalaba de forma paralela que el carácter restrictivo con que el ET concebía el encargo de funciones de inferior categoría, exigía que la situación excepcional y anormal que supone fuese no sólo muy breve, sino lo más breve: "dos días es un período corto, pero si el trabajo resulta imprescindible durante una sola jornada, sería abusivo prolongarlo dos". MARTINEZ ABASCAL, V., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 108 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 341. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 288.

<sup>33</sup>. - MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 109 y ss. y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 342.

<sup>34</sup>. - Intentando el legislador compensar ello mediante la introducción del adverbio "sólo" en la construcción jurídica del supuesto fáctico referente al poder de variación. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 288.

afirmar, como ocurría con anterioridad a la reforma de 1994, que dicho requisito sería exigible solamente en los casos de movilidad funcional extraordinaria descendente<sup>35</sup>, rigiéndose la ascendente por unos módulos temporales cuya única eficacia sería la de permitir al trabajador el paso a funciones superiores con carácter definitivo.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria posterior a la reforma laboral de 1994, cabe interpretar la exigencia legal del "*tiempo imprescindible*" como una exigencia aplicable a ambos supuestos de movilidad funcional extraordinaria: la ascendente y la descendente<sup>36</sup>.

Sin embargo, en este punto cabe también hacer ciertas precisiones y es que, si bien es plenamente admisible predicar la temporalidad como concepto genérico en todo ejercicio del "*ius variandi*", parece ser que el actual ejercicio del "*ius variandi in melius*" (y a diferencia de lo que ocurría con la anterior redacción) ha adoptado explícitamente dos límites temporales: por un lado la nota de la "*imprescindibilidad temporal*" en el desempeño de las funciones superiores, y por otro lado los períodos temporales fijados por el artículo 39.4 del ET (seis meses durante un año u ocho durante dos)<sup>37</sup>. Hecho éste que impide hablar con

---

<sup>35</sup>. - ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 288, señalando sin embargo que no deja de ser sorpresivo que si la filosofía del artículo era profundizar en las garantías del trabajador movilizad hacia funciones inferiores, no se concrete ningún arco temporal precisamente en casos que puede suponer una descualificación para el mismo.

<sup>36</sup>. - ALARCON CARACUEL "La clasificación profesional", op. cit. pag. 143, entiende que "por el tiempo imprescindible" es una exigencia predicable a ambos tipos de movilidad vertical, por situarse en el 1º párrafo del art. 39.2 (el común a ambas) y no en el segundo párrafo del art. 39.2 y porque, además, es éste un rasgo definitorio de la movilidad extraordinaria: su carácter provisional. MARTINEZ ABASCAL, V. A., "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 342. SENRA BIEDMA, R., *El derecho del trabajo...*, op. cit. pag. 255. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 251. DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 31. FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica despues...", op. cit. pag. 103. SOUTO PRIETO, J., "Movilidad funcional (funciones equivalentes, inferiores y superiores)", op. cit. pag. 169.

<sup>37</sup>. - MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 111 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 343. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional...", en AA.VV. *La reforma...* op. cit. pag. 73, poniendo de manifiesto cómo si bien la exigencia legal del "*tiempo imprescindible*" resulta aplicable a los supuestos de movilidad funcional descendente y ascendente, ello no obstante, parece contradictorio con lo dispuesto en el art. 39.4 respecto de la posibilidad legal de desempeño de funciones superiores hasta 6 meses durante un año y 8 meses durante dos años o hasta el período (incluso superior) que se hubiese fijado por CC. Sobre la existencia de dos plazos temporales bien diferenciados en el art. 39.4: ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 201. Una posición particular presenta CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. nota a pie de página nº 26, pag. 26, para quien el concepto "*tiempo imprescindible*" del art. 39.2 aparece en la actualidad como un concepto carente de contenido al relacionarse con el art. 39.4, conforme a los cuales cabe que el "*tiempo imprescindible*" durante el cual el trabajador esté realizando funciones que no correspondan a su grupo profesional o a una categoría equivalente, supere seis meses durante un año u ocho meses durante dos años.

propiedad de una plena identificabilidad entre el concepto de "tiempo imprescindible" previsto en el artículo 39.2 y los períodos fijados en el artículo 39.4 del ET<sup>38</sup>. Esta problemática exige una aclaración.

La fijación de límites objetivos en el tiempo ya sea a nivel legal ( seis meses en un año u ocho meses en dos años) como a nivel convencional genera una presunción "iuris et de iure" de que todo cambio funcional que traspase dicho plazo no tendrá acogida en el "ius variandi" por su carácter permanente y porque la variación habría adquirido las notas de habitualidad<sup>39</sup>. Admitir lo contrario, es decir, tolerar una movilidad funcional ascendente no limitada en el tiempo mientras subsistiesen las razones técnicas u organizativas que la justificaran<sup>40</sup> supondría la quiebra total de esta presunción que configura la norma.

Por tanto, la nueva redacción del artículo 39.2 del ET permite entender que siempre que el trabajador desempeñe funciones superiores más allá del "*tiempo imprescindible*" se habrá producido un ejercicio ilícito del "ius variandi" que generará sus correlativas consecuencias jurídicas, tanto a nivel de impugnación judicial como de ejercicio del "ius resistentiae". Pero únicamente en los supuestos en que se hayan sobrepasado los límites objetivos de 6 meses durante un año o de 8 meses durante dos años, podrá el trabajador, adicionalmente, reclamar las 2 consecuencias jurídicas mencionadas por el artículo 39.4: reclamar el ascenso, o reclamar la cobertura de la vacante<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup>.- Parecen defender la identificabilidad de ambos módulos temporales: DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 202. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 419. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 540. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 226. De forma tajante, señala ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación...", op. cit. pag. 443, que la expresión "por el tiempo imprescindible" tiene conexión con las razones técnicas u organizativas, y si bien es cierto que a veces no es posible decidir sobre el tiempo necesario, parece que el límite del tiempo es de 6 meses, excepto si, a efectos de cobertura de vacantes, los CC establecen períodos distintos.

<sup>39</sup>.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones*, op. cit. pag. 149. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 277. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 110 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 342. Ver STS 28 Abril 1986 (R.A. 2260), STSJ de 29 de Septiembre 1992 (R.A. 4391), STCT de 5 de Marzo de 1986 (R.A. 1442) y STSJ (Aragón) de 21 de Diciembre de 1989 (R.A. 936).

<sup>40</sup>.-Esta es la conclusión a la que llega GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 226, para quien una movilidad funcional ascendente no tendrá límite en el tiempo, siempre que persistan las razones técnicas u organizativas que la justificaron.

<sup>41</sup>.- Se trata de un doble plazo ya anunciado por la doctrina: PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 838. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 202, señalando que: a) Un plazo es el momento en el que hay que entender que ha desaparecido la razón que ha justificado el cambio de funciones. Se trata de un término establecido por las propias necesidades organizativas. b) Otro es el transcurso del plazo que la norma establece ( 6 meses en un año, 8 meses en dos) con carácter dispositivo por el CC, y que constituye el

Recordemos en este punto que el carácter dispositivo de los plazos por parte de la negociación colectiva a que alude el artículo 39.4 (2º párrafo) únicamente tendrá virtualidad "a efectos de reclamar la cobertura de vacante" pero no a efectos de prolongar o reducir "el tiempo imprescindible" en que cesará la causa excepcional que motivó el "ius variandi", al ser un supuesto imprevisible, ni siquiera por la negociación colectiva.

#### 4.- LA INTERVENCIÓN COLECTIVA EN LA FIJACIÓN DEL TIEMPO IMPRESCINDIBLE.-

En este punto, y sin perjuicio del análisis que se realizará con respecto a la movilidad funcional ascendente y descendente, deben apuntarse dos reflexiones: la primera relativa a la necesaria intervención colectiva en la fijación o no de plazos máximos temporales que precisen el carácter "imprescindible" del tiempo de asignación a funciones inferiores o superiores. La segunda relativa al análisis acerca de si dichos plazos máximos pueden quedar a su vez incluidos dentro de la calificación de plazos disponibles por la negociación colectiva.

Por lo que se refiere a la primera de las ideas, la misma había sido admitida por la doctrina anterior a la reforma legislativa de 1994<sup>42</sup>. La intervención colectiva en la limitación de los poderes de variación empresarial debe ser analizada con cautela en este punto. Debe recordarse, como se indicó en páginas anteriores, que la doctrina reaccionó con severidad frente a la reinterpretación convencional del concepto "perentoria e imprevisible necesidad", concepto que había conducido ocasionalmente a entender que el mismo acogía necesidades habituales de la empresa.

El que la negociación colectiva fije períodos objetivos de modulación del "tiempo imprescindible", lejos de limitarse a dotar de una mayor claridad o definición al poder de

---

momento que habilita al trabajador a reclamar la vacante o el ascenso. En el mismo sentido MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 111, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 343, señalando que "de una interpretación sistemática de ambos límites temporales (el tiempo imprescindible y los arcos temporales) se colige que, aunque el tiempo realmente imprescindible para atender las funciones superiores pueda exceder, en una apreciación objetiva, los límites previstos para reclamar el ascenso o la cobertura de vacante, existe una presunción tácita de que éstos últimos límites marcan la transitoriedad de esta movilidad funcional y de que, en consecuencia, es necesario proporcionar al trabajador afectado una vía para activar mecanismos que permitan poner fin al cambio funcional...".

<sup>42</sup>.- Entiende CRUZ VILLALON, J. *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 149, que por CC se pueden establecer términos ciertos, sin que ello parezca presentar obstáculos de legalidad, al entrar el juego el principio de norma mínima. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 201. MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y movilidad...", op. cit. pag. 187.

variación empresarial, podría legitimar indirectamente un uso abusivo del mismo. La existencia de plazos máximos junto con plazos dotados de "imprescindibilidad" puede ocasionar situaciones de difícil solución jurídica que se describen a continuación.

La duración de la asignación a funciones inferiores o superiores queda condicionada a la desaparición de la causa que la motivó, momento que puede no coincidir con el fijado objetivamente por el convenio colectivo. De haberse fijado en convenio colectivo un plazo amplio, el mismo habilitaría al empresario, pese a haber cesado la causa que motivó el cambio, a seguir manteniendo al trabajador en unas funciones distintas a las inicialmente contratadas al existir una presunción convencional de corrección en su conducta. A su vez, esta reflexión admite una lectura opuesta, y según la cual, podría ocurrir que, finalizado el período objetivo convencional y habiendo desaparecido con él la presunción convencional de corrección en la conducta empresarial, la causa que motivó la variación funcional del trabajador todavía estuviera presente<sup>43</sup>.

Esta dicotomía presenta perfiles ciertamente oscuros en los supuestos del artículo 39.4 del ET en el que aparecen dos módulos temporales: el legalmente predeterminado; y el basado en el "*tiempo imprescindible*". Además el tema adquiere una cierta complejidad si nos adentramos en la segunda de las reflexiones antes anunciada como era la del carácter dispositivo de los plazos.

El precepto atribuye a la negociación colectiva la posibilidad de establecer períodos distintos de los expresados "*en este artículo*" (que no solamente los fijados de manera expresa en el apartado 4º), lo que conduciría a dos nuevas cuestiones:

a) La de si transcurrido el "*tiempo imprescindible*" de prestación de funciones superiores el trabajador podría reclamar la cobertura de la vacante, aún cuando dicho plazo fuese distinto al legal (6 meses...) o al fijado convencionalmente.

b) La de si son disponibles para la negociación colectiva a efectos de reclamar la cobertura de vacante, no únicamente los períodos de 6 meses en un año, o 2 meses en dos años, sino también el "*tiempo imprescindible*".

---

<sup>43</sup>.- Como ya indicara VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 321, de "lege ferenda" quizá hubiese sido más conveniente haber conjugado la fórmula del tiempo imprescindible con la del plazo máximo de carácter subsidiario. Aplicando analógicamente esta conclusión la movilidad extraordinaria ascendente debiera desarrollarse por el tiempo imprescindible, sin que pudiera exceder en ningún caso de 6 meses en un año o 8 meses en dos, transcurridos los cuales el trabajador podría reclamar el ascenso o la cobertura de vacantes.

La respuesta a ambas cuestiones debe ser negativa y ello en la medida que los dos módulos temporales de que se compone el artículo 39 obedecen a motivaciones diferentes que deben deslindarse con claridad.

Mientras que desde la perspectiva del ascenso automático, los plazos de 6 meses en un año y 8 meses en dos, tratan de evitar el indebido empleo en funciones superiores sin asignar éstas a quien por el transcurso del tiempo ha demostrado estar capacitado para ello, desde la perspectiva estricta del "ius variandi", el "*tiempo imprescindible*" lo que pretende es que el cambio tenga lugar sólo por el tiempo indispensable que la necesidad temporal de la empresa lo requiera<sup>44</sup>. Atribuir efectos distintos más allá de los pretendidos legalmente puede llegar a introducir no sólo confusiones terminológicas, sino posibles abusos empresariales en el ejercicio del poder de variación respaldados en cláusulas convencionales.

La fijación convencional de duraciones máximas a la asignación de funciones superiores o inferiores, precisando con ello el término "*tiempo imprescindible*", solamente será admisible cuando pretenda evitar que una necesidad imprevisible y perentoria se prolongue por tiempo indefinido<sup>45</sup> pero en ningún momento puede admitirse una regulación convencional que legitime variaciones funcionales abusivas.

---

<sup>44</sup>.- RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad laboral...", op. cit. pag. 34. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 334.

<sup>45</sup>.-Tras la reforma de 1994, algunos CC han fijado un módulo temporal al "tiempo imprescindible" en que deben desempeñarse las funciones inferiores: "Si por necesidad de la empresa se destina a un trabajador a trabajos de categoría inferior a la que tenga asignada conservará el salario correspondiente a su categoría. Esta situación no podrá prolongarse durante más de tres meses". Art. 8.2 CC 1994-1995 sobre Formación Profesional Continua de Industria Fotográfica (BOE nº 233, 29 de Septiembre de 1994). "Por circunstancias excepcionales o de fuerza mayor y por tiempo no superior a un mes, podrá destinarse a los trabajadores de un mismo grupo profesional, en forma rotativa y diaria, a realizar trabajos de categoría inferior, percibiendo el salario y los complementos que correspondan a su categoría de origen". Art. 8 del CC de 1994 de Industrias de Alimentos Compuestos para Animales (BOE nº 261, 1 Noviembre de 1994). El mismo CC para 1995-1996 en su art. 8 (BOE nº 248, 17 Octubre 1995). "Con el límite de tres años, manteniendo tanto su pertenencia al Grupo Profesional, como el sueldo correspondiente a su nivel". Art. 9 CC 1996-1998 de Banca Privada. (BOE, nº 50, 27 Febrero 1996). "Esta situación (trabajos de categoría inferior) no deberá prolongarse más del tiempo imprescindible de 6 meses". art. 8 Acuerdo Marco Estatal 1996-2000 de Pastelería, Confitería, Bollería, Heladería, Repostería y Platos Combinados (BOE nº 61, 11 de marzo 1996). "El cambio de funciones de inferior nivel se realizará por el tiempo imprescindible y en todo caso no podrá exceder de dos meses..." art. 9. CC 1995-1997 de Industrias de Pastas alimenticias. (BOE nº 114, 10 Mayo 1996). "A un trabajador no se le podrá imponer la realización de trabajos propios de categoría inferior durante más de tres meses al año, mientras todos los trabajadores de la misma categoría no hayan rotado en la realización de dichas tareas. No se considerarán a efectos del cómputo los supuestos de avería o fuerza mayor". art. 36 CC para 1996 de la Industria del Corcho, (BOE nº 128, 27 de mayo de 1996).

## 5.- LA MOVILIDAD FUNCIONAL EXTRAORDINARIA DESCENDENTE.-

### 5.1.- Aproximación conceptual.-

El artículo 39.2 del ET acoge la categoría jurídica del "ius variandi in peius" en los siguientes términos: "*En el caso de encomienda de funciones inferiores ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva*".

La figura del "ius variandi in peius" carece de regulación en otros ordenamientos jurídicos en los que la atribución al trabajador de funciones inferiores, y consecuentemente la alteración unilateral "in peius" del trabajo convenido, exigen el requisito necesario del consentimiento del trabajador afectado, y únicamente en circunstancias específicas. Esto es lo que sucede por ejemplo con el artículo 13 del Statuto dei Lavoratori italiano, en el que no se hace una explícita referencia a la asignación a categorías inferiores, pero que de una lectura completa de la norma se infiere la prohibición de adscribir al trabajador a una categoría no equivalente e inferior, al contener dicho artículo una sanción de nulidad para todo aquel pacto (contractual o colectivo) en contrario. Pese a ello, la más reciente doctrina italiana<sup>46</sup> ha puesto de manifiesto toda una serie de hipótesis que habilitarían la adscripción del trabajador a categorías inferiores como un mal menor para evitar la extinción de la relación jurídico-laboral. Tales hipótesis serían las siguientes: aquellos casos en que el cambio "in peius" es la única alternativa al despido<sup>47</sup>, cuando el cambio "in peius" deriva de una sobrevenida inidoneidad física del trabajador para sus funciones, cuando el cambio "in peius" es temporal, y cuando el cambio "in peius" sea debido a un fenómeno de crisis empresarial que afecte a un conjunto de trabajadores.

En nuestro Derecho, y tras la reforma operada en 1994, este tipo de movilidad funcional extraordinaria, en el ejercicio del "ius variandi in peius", ha generado todo un debate propiciado principalmente por la asistematicidad y la ambigua utilización de los conceptos "*grupo profesional*", "*categorías profesionales equivalentes*" y "*funciones inferiores*" que debieran configurarse como los parámetros funcionales de la movilidad descendente.

---

<sup>46</sup>.- VAVARO, S., "La modifica "in peius" delle mansioni del lavoratore". *Lavoro e diritto*. n° 1, 1995, pag. 146 y ss.

<sup>47</sup>.- El mecanismo sería la llamada denuncia modificativa o "recesso modificativo", "Aenderungskündigung" en el ordenamiento jurídico alemán, que consiste en un negocio jurídico en el que el empresario fuerza al trabajador a ver modificadas (por lo general "in peius") sus condiciones de trabajo, como única alternativa al despido por causas objetivas. Ver al respecto GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 394 a 406. Sobre la validez de la denuncia modificativa en nuestro ordenamiento jurídico, acudir al análisis realizado en las páginas correspondientes al estudio del art. 39.5 del ET.



La reforma de 1994 incide por tanto en el marco funcional del "ius variandi in peius" tal como venía operando con anterioridad y que se limitaba a trabajos de "*inferior categoría*". Recordemos en este punto que el apartado 1º del artículo 39 del ET circunscribe la movilidad funcional ordinaria en el ejercicio del poder de dirección al "*grupo profesional*" y a falta de definición de éste a "*las categorías profesionales equivalentes*". A su vez el apartado 2º del artículo 39 del ET al regular la movilidad funcional extraordinaria en el ejercicio del "ius variandi", la circunscribe a la realización de funciones "*no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes*". Y finalmente, el 2º párrafo del apartado 2º de dicho artículo delimita la movilidad extraordinaria descendente al desempeño de "*funciones inferiores*", sin decir nada más, y desde luego sin clarificar si se debe de tratar de funciones correspondientes a una categoría profesional inferior en el seno de un mismo grupo profesional, o bien si se trata de funciones correspondientes a un grupo profesional inferior.

No es de extrañar que este tema haya llevado a diferentes pronunciamientos doctrinales: se ha llegado a afirmar que nuestro ordenamiento jurídico recogería una doble movilidad funcional descendente, que quedaría sujeta a su vez a una regulación distinta según se realizara en el ámbito del grupo profesional o de categorías equivalentes (art. 39.1) o no (art. 39.2)<sup>48</sup>. Otros autores han señalado que nuestro ordenamiento jurídico no regularía una movilidad vertical descendente dentro del grupo profesional o de las categorías profesionales equivalentes<sup>49</sup>. E incluso un tercer posicionamiento, y ante la complejidad que conllevaría esclarecer lo que debiera ser la "noción técnica de inferioridad", ha prescindido de la sistemática impuesta por la ley, optando por acudir a un análisis en cada caso concreto de la naturaleza de los cometidos (de las funciones precedentes y posteriores) para después realizar una labor de integración normativa en el convenio colectivo, y con ello alcanzar una ponderación final, siendo elementos definitorios el que se hubiera producido una descualificación y una regresión profesional del trabajador<sup>50</sup>.

Frente a estas posiciones, y en base a las argumentaciones que se han venido defendiendo a lo largo del presente estudio (a las que se hizo especial referencia a la hora de configurar los límites funcionales en el ejercicio del poder de dirección), cabe concluir que la movilidad

<sup>48</sup>.- CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones...*, op. cit. pag. 25.

<sup>49</sup>.- SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 76.

<sup>50</sup>.- ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 290, señalando, por lo que respecta a la realización "efectiva" de funciones inferiores, que la operatividad del precepto debiera extenderse a cualquier asignación de labores inferiores, independientemente de su entidad y alcance, ya se sustituya "in totum" a un trabajador de inferior calificación, como si se asignan tareas parciales de inferior naturaleza.

funcional extraordinaria descendente se producirá de manera vertical y descendente, siempre que se ordene un cambio a funciones inferiores situadas fuera de las categorías profesionales equivalentes que pueden existir dentro de un grupo profesional (salvo que éste no se haya constituido) o a categorías inferiores de un grupo profesional distinto que, por definición, no serán nunca equivalentes<sup>51</sup>.

Delimitado el ámbito funcional del "ius variandi in peius", cabe señalar que el legislador de 1994 ha introducido una alteración en la sistemática que venía operando con el precedente artículo 23.4 del ET en su redacción de 1980<sup>52</sup>. Y ello es así en la medida en que ciertos requisitos consustanciales de esta institución, algunos de los cuales actúan como auténticos límites a este tipo de alteración unilateral (como pueden ser la temporalidad de la modificación, o el respeto a los derechos profesionales de los trabajadores o el mantenimiento de la retribución) aparecen dispersos a lo largo del artículo 39 y por tanto deben integrarse. De este modo, y pese a que el párrafo en cuestión se limita a enunciar la exigencia de unas necesidades productivas perentorias e imprevisibles para proceder a destinar a un trabajador a funciones inferiores, la naturaleza jurídica del "ius variandi in peius" impone que el carácter temporal de la medida deba de buscarse en el párrafo precedente bajo los términos "*tiempo imprescindible para su atención*". De igual manera el respeto a la dignidad profesional<sup>53</sup> del trabajador así como a su formación y a su promoción profesional<sup>54</sup> deben situarse en el apartado 3º del artículo 39 del ET, como límites comunes a todo tipo de movilidad funcional, sea ordinaria o extraordinaria, los cuales serán objeto de estudio en páginas posteriores.

Finalmente, otros elementos que no actúan en propiedad como límites sino como requisitos adicionales, tales como el mantenimiento de la retribución de origen o la comunicación a los

---

<sup>51</sup>. - ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional"..., op. cit. pag. 143.

<sup>52</sup>. - Bajo el título "trabajos de superior e inferior categoría", indicaba este párrafo que "si por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva el empresario precisara destinar a un trabajador a tareas correspondientes a categoría inferior a la suya, sólo podrá hacerlo por el tiempo imprescindible, manteniéndole la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional y comunicándolo a los representantes legales de los trabajadores".

<sup>53</sup>. - Como cláusula que intenta salvaguardar la dignidad del trabajador en los supuestos de "ius variandi", en los CC se suele pactar la siguiente: "Asimismo se evitarán que las empresas reiteren la realización de estos trabajos de inferior categoría a un mismo trabajador". Art. 6.6.3. del CC 1994-1995 de Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE, nº 21, 25 Enero de 1995). Art. 15 CC para 1994 del Frío Industrial (BOE nº 215, 8 Septiembre de 1995).

<sup>54</sup>. - No es por ello extraño que convencionalmente se pacten formulas como las siguientes: "En todo caso, se respetará siempre el orden jerárquico profesional para adscribir al personal a trabajos de categoría inferior". Por todos, Art. 8.2.6. del CC 1994-1997 de Comercio del Papel y Artes Gráficas (BOE nº 300, 16 Diciembre de 1994).

representantes de los trabajadores, deben interpretarse igualmente de manera sistemática: el primero de ellos en atención a lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 39 del ET que será objeto de estudio en su momento, y el segundo de ellos según lo dispuesto a reglón seguido del párrafo que estamos analizando.

## **5.2.- La exigencia causal: Las necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva.-**

Los términos "*necesidades perentorias o imprevisibles*" como justificación causal de la movilidad funcional extraordinaria descendente, responden al mismo tenor literal recogido en el anterior artículo 23.4 del ET en su redacción de 1980. Por tanto es extrapolable en este punto la elaboración doctrinal que dichos conceptos suscitaron.

Con anterioridad al ET de 1980, tanto el artículo 77 de la LCT de 21-11-31 como el artículo 64 de la LCT de 26-1-44 utilizaban la expresión "*por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos*" como requisito imprescindible para que el trabajador pudiera prestar "*mayor trabajo u otro del acordado*". Se trataba por tanto de estrictas razones de fuerza mayor o relacionadas con la misma las que permitían al empresario ejercitar la alteración unilateral de la prestación<sup>55</sup>, situación que no es extrapolable a la regulación actual<sup>56</sup>.

Es lo que la doctrina dio en llamar la "urgente necesidad" y que, como indicara VALDES DAL-RE, su concreción se plasmaba en aquellos "acontecimientos extraordinarios que no

---

<sup>55</sup>.- Sobre otra serie de disposiciones legales que permitían incrementar la facultad empresarial de alteración de ciertas condiciones de trabajo y sus repercusiones, ver MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y movilidad laboral", op. cit. pag. 186 y ss.

<sup>56</sup>.- Como vino a indicar CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 145, con la redacción del ET de 1980 ya no era preciso que se pusiera en peligro la propia continuidad de la empresa o el mantenimiento de todo el complejo organizativo. Para MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 107 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 341, la superación por el ET de la fórmula de la LCT supuso el que se introdujese una mayor dosis de ambigüedad en los conceptos, posibilitadoras a su vez de interpretaciones ampliatorias respecto de la regulación precedente. ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 443, entiende, para el actual art. 39, que no estamos ante supuestos de fuerza mayor a que se refiere el art. 51.12 del ET, y 51.1 en relación con el art. 52. 1c), pues ello sería causa de extinción, sino ante supuestos del art. 1105 del CC, que permite no responder de la clasificación pactada, cuando existan sucesos que no pudieron prevenirse o que previstos, fueron inevitables. Sin embargo para FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma laboral...", op. cit. pag. 103, los términos empleados dejan escaso margen a la decisión del empresario "y parece limitarse a situaciones de emergencia o urgente necesidad de producción vital para la empresa".

sean posibles de prever o que previstos sean sencillamente insuperables; incidentes excepcionales que, atentando contra la integridad física de las personas y material de las cosas, hayan acaecido de forma externa y objetiva; situaciones que afecten o puedan afectar de manera inminente y grave a la organización técnica y al proceso productivo de la empresa"<sup>57</sup>. Ello provocaba el que se excluyeran aquellos eventos justificados en meras exigencias habituales técnicas u organizativas de la empresa o en necesidades normales de la explotación.

Como indicara MONTOYA, la absoluta excepcionalidad de la LCT permitió una "factulad de decisión patronal no sujeta a autorización previa de ninguna clase, hecho que hubiera demorado la adopción de la medida propuesta y con toda probabilidad, hubiera hecho ilusoria la intención del empresario de evitar o remediar el daño temido o padecido"<sup>58</sup>.

No obstante, si inicialmente era ésta la intención de la norma, el principal problema que suscitaron los términos de la regulación preestatutaria fue el que las disposiciones reglamentarias y las cláusulas convencionales las desarrollaron de manera laxa con formulaciones que ampliaban la alteración unilateral del trabajo convenido por parte del empresario sin someterla a las estrictas justificaciones causales establecidas en la ley.

Pese a que esta práctica reglamentaria y convencional fue duramente criticada por la doctrina<sup>59</sup>, la redacción del ET en 1980 y la introducción de las "*necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva*" como nuevo límite consustancial al "*ius variandi in peius*", no impidió que se volviera a repetir el fenómeno convencional, como tampoco impidió el que la doctrina contestara nuevamente de manera tajante arguyendo la ilegalidad de aquellas cláusulas convencionales que no respetasen los mínimos de derecho necesario según dispone el artículo 3.3 del ET<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup>.-Cfr. VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 24. En palabras de ALBIOL MONTESINOS, I., *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador*, Ed. Escuela Social, Valencia, 1973. pag. 118, "la necesidad urgente del art. 64 hace referencia a sucesos, incidentes sobre la integridad misma del complejo organizativo, que afectarían no ya a la producción de la propia organización sino a la posibilidad misma de la producción".

<sup>58</sup>.- Cfr. MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 187.

<sup>59</sup>.- VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio..." op. cit. pag. 29, indicando que razones de origen histórico, de defensa de la seguridad contractual y de jerarquía normativa, además de las que se podrían fundamentar en motivaciones de orden social, avalaban una interpretación estricta y restrictiva de la urgente necesidad, rechazando por ilegales, las ampliaciones reglamentarias. RIVERO LAMAS, F., "Modificación de las condiciones...", en AA.VV. *Comentarios...*, op. cit. pag. 170.

<sup>60</sup>.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones ...*, op. cit. pag. 147. RIVERO LAMAS, J., "Modificación de las condiciones..." en AA.VV. *Comentarios...*, op. cit. pag. 170.

Otro argumento de apoyo defendido por cierta doctrina fue el de entender que la presencia de un límite causal expreso en el "ius variandi in peius" tenía como principal objetivo la protección a la promoción y formación profesional del trabajador<sup>61</sup>. A esta argumentación se le unió una corriente jurisprudencial que pretendía dotar de contenido a la ambigüedad de las expresiones "perentorias e imprevisibles", interpretando que por tales no debía entenderse el interés subjetivo que de las mismas pudiera tener el empresario, sino uno objetivo que pudiese justificar la medida<sup>62</sup>.

El que el actual artículo 39.2 del ET no haya alterado los términos que son objeto de estudio permite hacer extensible la problemática arriba señalada e impone idénticas soluciones. Como a continuación se verá, ello es así pese a que el legislador haya acuñado una nueva exigencia causal de difícil ubicación como es la necesidad de que existan "*razones técnicas u organizativas*" en el ejercicio del "ius variandi".

Como ya se apuntó en su momento, la presencia en la redacción del actual artículo 39 del ET de una exigencia causal fundada en "*razones técnicas u organizativas*" para los supuestos de "ius variandi", ha dividido a la doctrina posterior a la reforma de 1994, si bien resulta unánime el reconocimiento de que la presencia de unas "*necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva*" constituyen un elemento consustancial a todo ejercicio del "ius variandi in peius".

La discusión se ha producido respecto del alcance de estas necesidades perentorias e imprevisibles y, en concreto, si bastaría con que en la empresa se produjesen cualquier tipo de razones técnicas u organizativas para justificar un "ius variandi in peius", pese a que dichas razones no respondieran a una necesidades perentorias e imprevisibles. La respuesta debe de ser negativa. Si para el "ius variandi in melius" bastaría con que existiesen razones técnicas u organizativas "sin mayor especificación"<sup>63</sup> éstas únicas razones no bastan para justificar el "ius variandi in peius" para el que se exige además un "plus en la motivación"<sup>64</sup>: que esté justificado por necesidades perentorias e imprevisibles de la

---

<sup>61</sup>.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Flexibilidad laboral y reforma de la normativa...", op. cit. pag. 768. Del mismo autor *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 40 y ss.

<sup>62</sup>.- STS 8 Junio 1982 (R.A. 3492); STS 4 Diciembre 1982 (R.A. 7448); STS 19 Enero 1984 (R.A. 69). Según la STSJ Cataluña 18 Enero 1993 (R.A. 409): "la causa objetiva que justifique el interés del empleador debe poder apreciarse ya que si tal causa no existe dicho interés subjetivo y espurio es contrario al principio de buena fe contractual y laboral (arts. 1258 del Código Civil y 20.2 del ET)".

<sup>63</sup>.- Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional y la movilidad...", op. cit. pag. 143.

<sup>64</sup>.- Cfr. MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional...", op. cit. pag. 597.

actividad productiva, de manera que "se añade una nueva exigencia a la anterior, reduciendo el ámbito de la decisión empresarial a los estrictos supuestos en los que, además de una justificación objetiva por necesidades de la empresa, concurren esas circunstancias de perentoriedad o de imprevisibilidad"<sup>65</sup>. Es decir, "se refuerza" la limitación causal general, exigiéndose, "aparte de la común concurrencia de ésta", unas razones perentorias e imprevisibles<sup>66</sup>.

Como ha indicado la doctrina, "esta protección expande su influencia incluso a supuestos de pactos de polivalencia funcional, que estarían viciados por una renuncia prohibida al trabajador (art. 3.5 ET) si, en efecto, significaran el paso, aún esporádico, a categorías inferiores en razón sólo a la organización de la empresa y no a necesidades objetivables por su carácter perentorio o imprevisible"<sup>67</sup>. Ello no impide sin embargo, el que este tipo de necesidades extremas se puedan convertir en un instrumento legitimador de lo que la práctica convencional ha dado en llamar "cláusulas de saturación de jornada" de modo que el destino a funciones inferiores resulte imprescindible para saturar la jornada laboral del trabajador<sup>68</sup>. Pues bien, este supuesto de asignación de funciones inferiores no se produce con carácter temporal, luego nada tiene que ver con el "ius variandi". La cláusula convencional de saturación de jornada parece responder más fácilmente a lo que es la categoría profesional polivalente, es decir, el trabajador, en virtud del contrato de trabajo, pasará a ser equiparado a una categoría profesional cuyo desempeño exigirá la realización de funciones propias de dos o más categorías profesionales, previsión que hace el propio convenio colectivo para un supuesto específico: aquellos casos en que el trabajador concluya la tarea propia de su función principal pero no haya terminado su jornada habitual, debiendo entonces realizar otra función. Por tanto, las necesidades perentorias o imprevisibles que deben sobrevenir en el "ius variandi in peius" "agudizan los principios de causalidad y temporalidad"<sup>69</sup>. Este tipo de causas no van a constituir una modificación de las razones técnicas u organizativas, sino

---

<sup>65</sup>.- Cfr. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 540. SENRA BIEDMA, R., "Promoción profesional...", op. cit. pag. 28.

<sup>66</sup>.- Cfr. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional..." op. cit. pag. 252.

<sup>67</sup>.- Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 839.

<sup>68</sup>.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 315, puso de manifiesto con la regulación anterior esta posibilidad de modo que "la posibilidad de ordenar trabajos de inferior categoría no se fundamente siempre en un volumen excesivo de tareas que no puedan ser desarrolladas por los trabajadores de la categoría adecuada, sino también en la insuficiencia de tareas incluidas en la categoría reconocida...". DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 195.

<sup>69</sup>.-Cfr. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 203.

una "concreción" de las mismas en lo que hace a las funciones inferiores<sup>70</sup>. Las necesidades perentorias e imprevisibles (que incluso pueden venir generadas por razones técnicas y organizativas<sup>71</sup>) suponen por tanto "un mayor rigor en las razones que legitiman" cambios a funciones inferiores<sup>72</sup>. Las necesidades perentorias e imprevisibles, se acaban convirtiendo en un presupuesto cualificador del "ius variandi in peius" que se adiciona a la regla general que son las "razones técnicas u organizativas"<sup>73</sup>. Por todo ello en los casos de "ius variandi in peius", la posibilidad de justificación causal por parte del empresario se dificulta, limitándose con ello la discrecionalidad en la decisión.

Hecha esta primera incursión en el tema, se hace necesario proceder al estudio jurídico de la perentoriedad y de la imprevisibilidad, avisando de antemano que se trata de conceptos diferentes. Por de pronto ambos son calificativos de un concepto principal: el de la necesidad en una actividad productiva<sup>74</sup>.

VINUESA definió a la necesidad como un dato objetivo y evaluable, demostrable en su caso y cuya exigencia excluía meros criterios subjetivos del empresario<sup>75</sup>. Sin embargo, determinar cuándo subjetivamente el empresario aprecia unas necesidades perentorias e imprevisibles que legitimen un "ius variandi in peius" y cuándo estas causas son apreciables objetivamente resulta una tarea ardua y no siempre fácil. Como indicara CRUZ VILLALON, "la búsqueda del elemento causante de la situación en la mayoría de los casos, alargando la investigación hasta sus últimas consecuencias, lleva siempre a un entrecruzamiento de motivos, donde lo que es intrínseco o extrínseco al funcionamiento de la empresa se convierte en una actividad de discernimiento imposible cuando no inútil"<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup>.-Cfr. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 200. Entendidas también como una concreción de las causas técnicas y organizativas: SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional..." en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 74.

<sup>71</sup>.- CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones...*, op. cit. pag. 26.

<sup>72</sup>.- Cfr. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 713.

<sup>73</sup>.- Cfr. ALEMAN PAEZ, F., "La nueva clasificación profesional...", op. cit. pag. 235.

<sup>74</sup>.- ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 291, señala como los calificativos de "perentoriedad" y de "imprevisibilidad" aluden tanto a la causa como a la medida utilizable para solventar la exigencia funcional, es decir "connotan tanto la efectiva presencia de las necesidades como, sobre todo, la ineludible necesidad de modificar peyorativamente la calificación del trabajador". Se convierten por ello en un "elemento tipificador de la institución".

<sup>75</sup>.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 315.

<sup>76</sup>.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 142: "lo que el legislador pretende proteger, con adjetivos tales como perentorio o imprevisible, es que si surgen necesidades ciertamente urgentes y ello implica la posibilidad de graves riesgos para el funcionamiento de la empresa, deben facilitarse los instrumentos que permitan superar la situación, dejando en un segundo plano los elementos causales que originaron tal situación...Lo importante es la circunstancia objetivamente creada,

Para resolver este dilema GIUGNI llegó a la conclusión de que si el interés o la exigencia de la empresa como causa justificadora del "ius variandi"<sup>77</sup> resulta un tema con amplios márgenes de relatividad en su valoración, ello impone acudir a lo que el dio en llamar la "massime di esperienza tecnico-organizzative".

De este modo, el respeto a la exigencia de la organización empresarial (que en términos del art. 39.2 del ET se verificaría en la exigencia de necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva), se configura como un límite externo, que no interno, del poder empresarial. El mismo aparecería como un presupuesto constitutivo del legítimo ejercicio del "ius variandi in peius", de modo que de no existir, el acto sería del todo inidóneo para producir efectos<sup>78</sup>. Debe de corresponder en este punto al juez indagar la existencia de un nexo causal entre el hecho constitutivo de las necesidades perentorias e imprevisibles, y el ejercicio del "ius variandi in peius" adoptado en función de éstas<sup>79</sup>.

Por lo que se refiere a los calificativos de perentoriedad e imprevisibilidad, resultan plenamente admisibles las definiciones que en su momento aportó VINUESA ALADRO, de modo que perentoriedad equivale a urgente y más exactamente a muy urgente, subrayando el matiz de la apremiante necesidad de su ejecución, que no puede demorarse. Por otro lado, una necesidad es imprevisible cuando se desconoce con anticipación cuándo va a ocurrir y por tanto no es posible programar su atención<sup>80</sup>. Al respecto cabe decir que la jurisprudencia ha elaborado toda una serie de criterios que pueden ser de enorme utilidad<sup>81</sup>.

---

al margen de la culpabilidad, negligencia o ausencia de imputabilidad del empresario...". En palabras de VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 315: "no existe un criterio incontestable para discernir los límites de la simple conveniencia de la empresa y la necesidad".

<sup>77</sup>.- Las "exigencias de la empresa" que utilizaba el art. 2103 del CC italiano desaparecieron con la nueva redacción que le dió el art. 13 del Statuto dei lavoratori, que veta cualquier "ius variandi in peius".

<sup>78</sup>.- GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 318.

<sup>79</sup>.- GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica ...*, op. cit. pag. 321.

<sup>80</sup>.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 315. En palabras de ALVAREZ SACRISTÁN, I., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 443, "la perentoriedad es similar a la urgencia para la eficacia de la tarea, y lo imprevisible, es aquélla necesidad que sucede a pesar de la diligencia que el empresario pone en la organización y a pesar de ello aparece la circunstancia de tener necesidad de atender a una tarea de inferior rango".

<sup>81</sup>.- A título ejemplificativo, la STSJ de Galicia de 13 de Diciembre de 1993 (R.A. 5211) ha entendido que constituye una necesidad perentoria e imprevisible de la actividad productiva una subrogación empresarial en la que existe un acuerdo entre Empresa y Representación sindical para que la incorporación de los trabajadores a la nueva empresa sea voluntaria si hubiese vacante de igual o similar categoría. La STSJ del País Vasco de 7 de Julio de 1995 (R.A 3138) ha señalado que constituye una necesidad perentoria e imprevisible la aprobación de un Expediente de Regulación de Empleo como consecuencia de una situación de dificultad económica de la Empresa que conlleva la necesidad de su reorganización. Por el contrario, para la STSJ del País Vasco, de 7 de Enero de 1992 (R.A. 164), la contratación de otro



Del mismo modo, y como ya se señalara con la regulación anterior<sup>82</sup>, resulta plenamente admisible entender que los términos utilizados por el legislador de 1994 son alternativos y no acumulativos, de manera que una necesidad puede ser perentoria y a la vez previsible y viceversa, una necesidad puede ser imprevisible aunque no perentoria<sup>83</sup>. La admisión de estos dos últimos supuestos como legitimantes para el ejercicio del "ius variandi in peius" impone el estudio de cada caso concreto siendo preferible la presencia de otras notas más clarificadoras como pudiera ser la temporalidad de las necesidades<sup>84</sup> y teniendo a su vez presente, como ya pusiera de manifiesto la doctrina, que la "ratio legis" de la norma es la de evitar un uso abusivo de este tipo de "ius variandi" y limitarlo a los supuestos excepcionales para los que está previsto, entendiendo que con el mismo lo que se busca no es tanto garantizar un lucro cesante como el evitar un daño emergente<sup>85</sup>.

### 5.3.- La comunicación a los representantes de los trabajadores.

#### a) La intervención de los representantes de los trabajadores en la movilidad funcional.-

El apartado 2º del artículo 39 del ET exige en el caso de encomienda de funciones inferiores como consecuencia de la movilidad funcional, que la misma deba estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva, y concluye con la siguiente afirmación: "*El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes*

---

trabajador para efectuar las funciones de una categoría "no conlleva una razón que impone legalmente la atribución de funciones de inferior categoría... por tanto no estamos ante una medida provisional, sino permanente, ni ante una situación de urgencia (aunque dicha necesidad proceda de la actividad productiva), no bastando con que se respete el salario".

<sup>82</sup>.- RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 34. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 144, VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 317.

<sup>83</sup>.- Son claros los ejemplos que utilizara CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 145. Según este autor, la avería del hilo musical de la empresa puede resultar un hecho imprevisible, aunque quizá no lo suficientemente perentorio para justificar este "ius variandi". Por otra parte, el que un hecho sea perentorio, aunque previsible, pone en tela de juicio la actuación empresarial en la organización productiva. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 291. Vid. al respecto la STSJ País Vasco de 28 de Septiembre de 1993 (R.A. 4139): "Las necesidades de la Empresa habrán de ser bien perentorias bien imprevisibles dada la conjunción disyuntiva y no copulativa contenida en el precepto".

<sup>84</sup>.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 316. La distinta redacción del anterior art. 23.4, que utilizaba los términos "precisara destinar" (desaparecidos tras la reforma de 1994), llevó a este autor a entender que dicha expresión subrayaba además la gravedad de la necesidad, hecho que imponía el que solo cabría encomendar trabajadores de superior categoría, cuando no existieran otros de inferior categoría o de la misma categoría de destino.

<sup>85</sup>.- RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 34. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 144.

de los trabajadores".

Consecuente con el antecedente histórico de la norma, el legislador de 1994 no impone la intervención de los representantes de los trabajadores en lo que podría calificarse como una movilidad funcional horizontal, es decir, aquella prevista en el apartado 1º del artículo 39 del ET, y que, como tal, describe una trayectoria funcional en sentido propiamente horizontal.

La intervención de la representación unitaria y sindical en materia de movilidad funcional está prevista por el legislador únicamente en los apartados 2º y 4º del artículo 39 del ET, es decir, en aquellos casos en que nos encontramos ante un tipo de movilidad funcional que desde el punto de vista de la ejecución de la prestación laboral, describe una trayectoria funcional vertical, bien en sentido descendente, bien en sentido ascendente, sujetándose además a unos requisitos causales y temporales<sup>86</sup>.

Y a su vez, los mecanismos de intervención de los representantes de los trabajadores, varían según el tipo de movilidad vertical de que se trate:

En los casos de encomienda al trabajador de "*funciones inferiores*", los representantes ostentan un derecho a recibir la información. Es decir, son titulares de unas potestades informativas, que exigen en consecuencia del empresario el cumplimiento de un deber de información o comunicación<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup>.- Sin embargo no hace distinción alguna el art. 16.2 de la Ley 27/84, de 26 de Julio sobre Reversión y Reindustrialización, (BOE de 28 de Julio) el cual impone el informe del Comité de Empresa o delegados de personal, y en su caso de los delegados sindicales reconocidos en la empresa, cuando ésta solicite su acogimiento a un plan de reversión. Plan que incluirá, dentro de las medidas de carácter laboral, la determinación de los criterios para la ejecución de las medidas de "movilidad funcional" (art. 16.1)

<sup>87</sup>.- Sobre este "deber jurídico" de informar, vid. GARRIDO PEREZ, E., en *La información en la Empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*. Ed. CESS, Madrid, 1995, pag. 149-153, donde señala que tratándose de potestades informativas concedidas normativamente a determinadas instancias representativas del personal, el sujeto que directamente queda sometido a las mismas es el empresario. Se genera con ello una específica relación jurídica que sujeta al empresario al cumplimiento de un deber que va más allá del mero sometimiento. Para esta autora, estamos frente a un auténtico deber jurídico de informar que pesa sobre el empresario, pero que no obstante presenta determinadas peculiaridades: a) Por un lado no se trata de un deber genérico de cumplimiento u observancia, sino que se trata de un deber que tiene como objeto una determinada conducta (de naturaleza fundamentalmente positiva y de prestación continua) en función de las específicas previsiones contenidas por la norma. b) Por otro lado al deber de informar no va unido una responsabilidad patrimonial por su cumplimiento o por un defecto de éste, sino que habría de exigirse el cumplimiento de aquél en sus más estrictos términos de dar o suministrar una determinada información.

Por el contrario, en los casos en que el trabajador realiza "*funciones superiores*" como consecuencia de la movilidad funcional, se impone por parte "*del comité o, en su caso, de los delegados de personal*", la elaboración de un "*informe*", y con carácter "*previo*" a todos aquellos casos en que el trabajador pretenda reclamar judicialmente frente la jurisdicción ante la negativa del empresario a reconocer ciertos efectos que lleva aparejado el desempeño de funciones superiores (ascenso, cobertura de vacante, etc).

Es la primera de estas manifestaciones, la que va ser objeto de estudio inmediato, sin olvidar por ello que el derecho de información por parte de las representaciones unitarias y sindicales en la empresa aparece recogido en otros preceptos, ya sea del ET, ya sea de otras normas con rango legal (por ejemplo y entre otros, los arts. 64.1 del ET o 10.3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical).

b) Supuestos en que debe darse la información.-

Si con la normativa anterior no hubo discusión acerca de los supuestos en que debía darse la comunicación a los representantes de los trabajadores, pues se limitaban a los casos de movilidad funcional descendente, la ubicación sistemática del actual artículo 39.2 del ET "*in fine*", ha provocado que la doctrina dualice sus posiciones, hecho que conlleva por lo tanto a la existencia de dos interpretaciones:

Una interpretación histórica del precepto, permitiría entender que la comunicación a los representantes solo será posible en los supuestos de encomienda de funciones inferiores, es decir, en los supuestos de movilidad funcional descendente<sup>88</sup>.

Corroboración esta interpretación el hecho de que el precedente normativo del actual derecho

---

<sup>88</sup>. - ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional y la movilidad funcional", op. cit. pag. 143. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 74. RIVERO LAMAS, F., "La movilidad funcional en la empresa en la ley 11/94", op. cit. pag. 704. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional, promoción profesional y económica, y movilidad funcional" en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales*. op. cit. pag. 252. ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional y movilidad funcional", op. cit. pag. 202. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 113. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional* op. cit. pag. 292. FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma laboral de 1994", op. cit. pag. 103. MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 597. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 419. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 839. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 540, señalando: "de la redacción del precepto parece desprenderse que tal obligación es exigible sólo en los casos de asignación de funciones inferiores, no aplicable por tanto en los de encomienda de funciones superiores."

de información que recoge el artículo 39.2 "in fine" del ET, se encontrase en el artículo 23.4 del ET en su redacción de 1980<sup>89</sup>.

Los términos utilizados por él habían llevado a la doctrina a admitir, sin temor a equívocos, que el deber de comunicación empresarial a los representantes de los trabajadores, era un requisito de aplicación únicamente a los supuestos de asignación al trabajador de tareas correspondientes a una categoría inferior, es decir, en los supuestos de movilidad funcional descendente<sup>90</sup>.

Sin embargo, una interpretación sistemática del apartado 2º del actual artículo 39 permitiría entender que la situación que el empresario debe comunicar a los representantes de los trabajadores, sería cualquier situación relativa a la "*realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes*", ya sea en sentido ascendente (si "*se realizasen funciones superiores*" como indica el art. 39.4) o descendente ( en el caso de "*encomienda de funciones inferiores*", como indica el art. 39.2)<sup>91</sup>.

Esta dualidad interpretativa no tiene porqué llevar a confusionismos innecesarios. Y ello porque, si desde el punto de vista de la movilidad descendente, está claro que el precepto impone un deber de comunicación empresarial, desde el punto de vista de la movilidad ascendente, (y pese a que el legislador no utilice en sentido estricto tales términos), el

---

<sup>89</sup>. - Según su tenor: " Si por necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva el empresario precisara destinar a un trabajador a tareas correspondientes a categoría inferior a la suya, sólo podrá hacerlo por el tiempo imprescindible, manteniéndole la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional, y comunicándolo a los representantes legales de los trabajadores".

<sup>90</sup>. -ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 283. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit. pag. 149 y ss. VINUESA ALADRO, A., " Categorías profesionales y ascensos", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales...*, op. cit. pag. 322. MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario y movilidad laboral", op. cit. pag. 187. De forma tajante, RODRIGUEZ PIÑERO, M., en "La movilidad del trabajador dentro de la empresa", op. cit. pag. 36: "Lo que es claro es que la exigencia de comunicación a los representantes del personal sólo procede en los casos de asignación a trabajos de "inferior categoría".

<sup>91</sup>. -DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", op. cit. pag. 203: "Las únicas obligaciones del empresario respecto a la representación de los trabajadores en estos supuestos es la de "comunicación" (art. 39.2 y 39.4) y no la consulta". De manera tajante, SENRA BIEDMA, R., en "Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial", op. cit. pag. 27: "En cualquier supuesto de movilidad funcional vertical, sea ascendente o descendente, el empresario está obligado a notificarla a los representantes de los trabajadores". CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. pag. 25, ALVAREZ SACRISTAN, I., " La clasificación profesional y la movilidad funcional", op. cit. pag. 442: "Las necesidades perentorias o imprevisibles, deberán ser comunicadas a los representantes de los trabajadores (en ambos casos, tanto de superior o inferior categoría).

apartado 4º del artículo 39 recoge el cumplimiento de una competencia consultiva por parte de los representantes de los trabajadores que impone con carácter previo una información, pues de lo contrario, los mismos no podrían emitir el informe correspondiente para que el trabajador pudiese reclamar ante la jurisdicción<sup>92</sup>.

En vista de ello no habría especial inconveniente en adoptar una interpretación rigorista, y por tanto circunscribir, y seguir admitiendo, que el supuesto base sobre el que recaerá el deber empresarial de comunicación sería (por aplicación del apartado 2º del art. 39 "in fine") el de la movilidad funcional descendente.

c) Materia objeto de información.-

Por lo que se refiere a la materia que debe ser objeto de comunicación, la ambigüedad terminológica del precepto genera toda una serie de dudas que dificultan la aplicabilidad práctica del mismo. El artículo se limita a poner de manifiesto que el empresario debe comunicar "*esta situación*".

Por de pronto, no queda claro si aquello que debe comunicar el empresario es pura y simplemente el cambio de puesto de trabajo (la "*encomienda de funciones inferiores*") o si por el contrario lo que debe comunicar son las causas que han motivado dicho cambio funcional o el tiempo imprescindible durante el cual se llevará a cabo la movilidad.

Es más, de entenderse que aquello que debe comunicar el empresario son las causas motivadoras del cambio, tampoco se alcanza a dislumbrar con toda claridad, si por éstas debe entenderse la presencia de unas "*necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva*", o si bastaría la existencia de unas "*razones técnicas u organizativas*".

Un sector de la doctrina, basándose en la ordenación gramatical del adjetivo determinativo "*esta*", se ha inclinado por interpretar que lo que el empresario debe comunicar son las necesidades que han motivado el cambio de puesto. De este modo, al exigir que se

---

<sup>92</sup>. - Como indica GARRIDO PEREZ, E., *La información en la Empresa...* op. cit. pag. 209 a 213, la interconexión funcional entre la información y las actuaciones competenciales de consulta de los representantes, debe impedir tomar aquella primera como un grado diferenciado de intervención de entidad inferior a la consulta, convirtiéndose la información no en un elemento aislado e independiente, sino en "su nexos de unión". Es por ello por lo que es necesario hablar en este punto de una serie de "potestades de información que se encuentran implícitas en la regulación concreta de cada actuación competencial" de consulta.

comunique las necesidades que justifican el cambio, se facilita la misión de control encomendada a los representantes, en cuanto que éstos deben recibir directamente de la empresa la información sobre las causas de la movilidad, y no investigarlas por su cuenta<sup>93</sup>.

Por lo tanto, no sería desacertado adoptar una interpretación extensiva de lo que debiera ser el objeto de la comunicación. De este modo, el que la comunicación abarque no solo el cambio de puesto de trabajo, sino su justificación causal, e incluso el tiempo imprescindible durante el cual se desarrollará, favorece por una lado el control colectivo de posibles decisiones arbitrarias o discriminatorias, y por otro lado opera como criterio de valoración que el juez puede tener en cuenta ante una posible reclamación del trabajador, o de la propia representación (art. 64. 1. 9º a) del ET) máxime si la movilidad vertical se ha practicado sin justificarse en causa alguna.

La adopción de un criterio extensivo respecto de la información que debe ser objeto de comunicación permite por otra parte que los representantes puedan cumplir con mayor eficacia su función representativa. No queda de más recordar, como ya señalara la doctrina<sup>94</sup>, que el poder de información no adopta la naturaleza de "derecho subjetivo" puesto que no responde a la defensa de un interés privado de su titular, sino que estamos en presencia de una "potestad jurídica", en la medida que trata de tutelar un interés ajeno, aquél de los trabajadores de la empresa.

El que los órganos de representación adquieran la condición de mecanismo instrumental de tutela de los derechos e intereses de los trabajadores exige, para dotar de una mayor efectividad a su actuación, que la información otorgada sea lo más completa posible.

d) Destinatarios de la misma.-

Con la regulación precedente, cierto sector doctrinal se inclinó por entender que los representantes de los trabajadores a quien debía dirigirse la comunicación eran los delegados de personal y los miembros del comité de empresa, excluyendo a las representaciones

---

<sup>93</sup>. - CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional..." op. cit. pag. 252, para quien dada la ordenación gramatical del adjetivo "esta", ello implica una referencia próxima, y por tanto su referente debe situarse en la oración inmediatamente precedente, que es la que alude a las "necesidades perentorias o imprevisibles" y no a la "encomienda de funciones inferiores". ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 292, señalando que "se trata de un requisito instrumental, completivo del anterior ("justificar las necesidades perentorias o imprevisibles) y que, por tanto, también tiene por objeto reforzar las garantías del trabajador".

<sup>94</sup>. - GARRIDO PEREZ, E., *La información en la empresa...* op. cit. pags. 71 a 76 y pags. 92 a 93.

sindicales. El argumento de batalla que se utilizó derivaba del propio tenor utilizado por el anterior artículo 23.4 del ET que aludía a una comunicación a los representantes "*legales*" de los trabajadores. De este modo el calificativo de "legal" subrayaba la naturaleza de la representación en cuanto que la misma aparecía regulada en la propia ley del ET<sup>95</sup>.

Sin embargo, como ha sido señalado por la doctrina<sup>96</sup>, el actual artículo 39.2, utiliza los términos "*representantes de los trabajadores*", sin hacer distinción entre los unitarios o los sindicales y debe interpretarse que por tales hay que entender, no tan solo a los miembros del comité de empresa y a los delegados de personal sino también a los delegados sindicales en su caso. Y ello es así porque el artículo 10.3.1 de la LOLS (que también ostenta la naturaleza de ley, y de mayor rango que la del ET) en relación con el artículo 64 del ET permite a los mismos tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del Comité de Empresa<sup>97</sup>.

Avala esta afirmación el hecho de que el ET recurra en los casos de movilidad geográfica (art. 40) o en los supuestos de modificación sustancial de naturaleza funcional (art. 41.1 f), a la exigencia de una comunicación a los "*representantes legales*" (art. 40.1 parr. 3º y art. 41.3 parr. 1º) y permita la intervención en determinados supuestos de los representantes sindicales (si los hubiera en la empresa), siempre que representen a la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal (arts 40.2 párr.4º y art. 41.4 parr.3º)<sup>98</sup>.

e) Tiempo y forma de su ejercicio.-

---

<sup>95</sup>.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos...", op. cit. pag. 321, según este autor, no entrarían dentro del ámbito de la representación legal y "no sería obligatorio comunicar la orden empresarial a otros posibles representantes, entre los cuales tienen especial importancia los encuadrados en las secciones sindicales". ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 13ª Ed. op. cit. pag. 296, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 35.

<sup>96</sup>.- SENRA BIEDMA, R., "Promoción profesional..." op. cit. pag. 27.

<sup>97</sup>.- SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV. *La reforma...* op. cit. pag. 74. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 113, GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 226. Sin embargo ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del trabajo*, 14ª Ed. op. cit. pag. 283, señalan que: "el destino a categoría inferior ha de ser comunicado por el empresario al comité de empresa o delegados de personal".

<sup>98</sup>.- Para CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...* op. cit. pag. 26, por "representantes de los trabajadores" tal y como dispone el art. 39.2, habrá que entender, teniendo en cuenta las previsiones de estos artículos, los representantes unitarios o los sindicales, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.

Tal y como sucediera con la regulación precedente, la falta de previsión normativa, permite entender que la comunicación pueda producirse tanto con anterioridad, como con posterioridad a la impartición de la orden empresarial.

Del mismo modo, si desde el punto de vista de la perentoriedad de la decisión, sería admisible una comunicación posterior, desde el punto de vista del control de la medida empresarial por parte de la representación de los trabajadores sería aconsejable que la comunicación se produjese durante o bien con anterioridad a adopción de la orden<sup>99</sup>.

La exigencia de una comunicación a los representantes, que imperativamente deba realizarse con anterioridad a la adopción de la orden, viene prevista por la norma en un supuesto específico de movilidad funcional: la regulada en el artículo 39.5 del ET.

De esta manera, el cambio de funciones distintas de las pactadas que exceda de los límites del artículo 39 impondrá el sometimiento a las reglas de procedimiento establecidas por el artículo 41 del ET, el cual exige de manera clara en su apartado 3º, parr. 1º que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, "*deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad*".

Además, existen supuestos específicos de movilidad funcional en que se exige que la intervención de los representantes de los trabajadores se efectúe con carácter "previo" a la adopción de cualquier decisión empresarial.

Uno de estos supuestos es el del artículo 26.2 de la Ley 31/95 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales<sup>100</sup>. Dicho artículo establece que cuando las condiciones

---

<sup>99</sup>.- En este sentido, CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...* op. cit. pag. 150, para quien "a partir de este momento (la comunicación) aparece como ficticio cualquier intento de separación radical entre lo que serían los intereses colectivos de todo un conjunto de trabajadores y los intereses individuales que derivan de las particulares circunstancias de cada contrato de trabajo". VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 322. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 292. Se trata de un requisito que puede ser negociado por CC, así por ejemplo señala el art. 46 del CC de Industrias Extractivas, del Vidrio, Cerámicas, y para las del Comercio Exclusivista de los mismos materiales (BOE nº 154, 29 Junio 1995) que: "la empresa, por necesidades perentorias, transitorias e imprevisibles y "previa" notificación a los representantes de los trabajadores, podrá la empresa destinar al trabajador a realizar misiones de categoría profesional inferior".

<sup>100</sup>.- (BOE de 10 de Noviembre de 1995). En estos casos se produce una doble peculiaridad: Por un lado no existe únicamente un derecho de información por parte de los representantes de los trabajadores sino un derecho de los mismos a ser consultados, y por otro lado el objeto de la consulta versará sobre "la



de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certificase el médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asistiese facultativamente a la trabajadora, el empresario deberá determinar "*previa consulta con los representantes de los trabajadores*", la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

Otro de estos supuestos sería el previsto por el artículo 1.2 del RD 1451/83 de 11 de Mayo<sup>101</sup> por el que en el cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/82 de 7 de Abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Dicho precepto permite a aquellos trabajadores que hubiesen recobrado su total capacidad para la profesión habitual, el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniesen ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en dicha situación. Dicha reincorporación, se llevaría a efecto "*previa comunicación a los representantes del personal, en el plazo de un mes*" contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo competente.

Así pues, el legislador no parece que oponga grandes inconvenientes a una intervención de los representantes de los trabajadores con carácter "previo" a la adopción de la decisión empresarial de movilidad, máxime si es la capacidad del trabajador o su propia salud los factores que entran en juego.

Dicho todo esto, no debemos olvidar que con el requisito de la comunicación a los representantes de los trabajadores, puede fomentarse futuras negociaciones o cambios de opiniones sobre la idoneidad de la medida, que ocasionalmente puede ser de gran utilidad como mecanismo de control en la organización productiva.

Como indicara CRUZ VILLALON, con la comunicación se viene a involucrar directamente a los representantes de los trabajadores, e indirectamente al sindicato, en la gestión de los intereses del trabajador singular, entremezclándose los intereses colectivos con los individuales. Es decir, "la información es un primer paso para posteriores intervenciones

---

*relación de puestos de trabajo exentos de riesgos*", (que no sobre el cambio de puesto, o las causas motivadoras). En cualquier caso la intervención de la representación, no solo se configura como un deber, sino que además, será siempre "*previa*" a la adopción de cualquier decisión.

<sup>101</sup>.- (BOE de 4 de Junio de 1983). La peculiaridad de este supuesto reside en que la comunicación no la efectúa el empresario, sino el trabajador afectado, de ahí que el precepto también exiga que la comunicación previa se dirija al propio empresario. Por otra parte, el objeto de la comunicación versaría sobre la "reincorporación" al puesto de trabajo originario (se entiende de categoría superior).

de los representantes y para la profundización en la participación de los trabajadores"<sup>102</sup>.

Como señalara VINUESA ALADRO, con la comunicación se pretende abrir "cauces no a una codecisión en una materia que por su naturaleza entra dentro del ámbito del poder de organización del empresario, pero sí al menos a una consideración compartida (si bien cabe añadir que esta no es la finalidad inmediata de la información) de las situaciones que pueden presentarse en el acontecer de cada día y a una valoración conjunta de las variables que deben influir en la decisión"<sup>103</sup>.

Supone, en palabras de RODRIGUEZ PIÑERO, una cierta "procedimentalización" en el ejercicio del poder empresarial<sup>104</sup>. Con la misma pueden evitarse cara al futuro, posibles perjuicios a la profesionalidad del trabajador, impidiendo con ello la plena arbitrariedad del empresario.

Se puede hablar en este punto de una relativa eficacia limitativa de la potestad de información frente a los poderes empresariales. Mediante la "procedimentalización" no es que se pretenda complicar el proceso de decisión del empresario con vistas a que en la formación decisional se tengan en cuenta los intereses de aquellos a quien va a incidir el ejercicio de dicho poder, simplemente nos encontramos ante "requisitos externos cuya existencia no supone en modo alguno un elemento limitativo del poder empresarial"<sup>105</sup>. En palabras de GARRIDO PEREZ, "las potestades informativas no tienen mayor finalidad jurídica y práctica que la de obtener determinados elementos cognoscitivos instrumentales para el ejercicio de otras actividades y derechos propiamente representativos que sí gozan de una mayor idoneidad para incidir real y efectivamente sobre el ejercicio de poderes empresariales"<sup>106</sup>.

Por lo que se refiere a la forma, basta con que la comunicación se materialice de un modo

---

<sup>102</sup>.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...* op. cit. pag. 151.

<sup>103</sup>.- Cfr. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos" op. cit. pag. 322.

<sup>104</sup>.- Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador..." op. cit. pag. 35.

<sup>105</sup>.- Cfr. GARRIDO PEREZ, E., *La información en la empresa...* op. cit. pags. 85 a 91. Como indica esta autora: "Las potestades informativas no son elementos procedimentales limitativos del ejercicio de ciertos actos de poder empresarial puesto que al quedar situadas fuera del proceso formativo decisional, ni garantizan...el reflejo de los intereses de los trabajadores en aquellos actos, ni su incumplimiento acarrea efectos jurídicos relevantes sobre el plano de legalidad o licitud de una decisión empresarial ya adoptada".

<sup>106</sup>.- GARRIDO PEREZ, E., *La información en la empresa...* op. cit. pag. 89.

con el que se haga constar de manera fehaciente el cumplimiento de la misma<sup>107</sup>.

Así pues, y pese a que la norma nada diga al respecto parece ser que el medio más idóneo con el que garantizar plenamente este derecho de información debiera ser la forma escrita, no únicamente por la complejidad que puede revestir la materia o por la posible falta de conocimiento de que pueden adolecer los destinatarios, sino principalmente por la necesidad de que se demuestre de manera fehaciente el cumplimiento del deber de información, necesidad que difícilmente podría acreditarse si la comunicación se desarrollase de forma oral<sup>108</sup>.

#### f) Naturaleza jurídica del deber de comunicación.-

No parece que existan especiales inconvenientes en afirmar que el deber de comunicación empresarial a los representantes de los trabajadores en el ejercicio de este tipo de movilidad funcional de carácter extraordinario y vertical, constituye en propiedad un requisito formal, y no un verdadero requisito de validez o un límite consustancial a este poder empresarial de variación<sup>109</sup>.

Ello acarrea varias consecuencias jurídicas. La primera de ellas es que, configurado el deber de comunicación empresarial como un mero requisito formal, y no un requisito de validez, su no seguimiento por parte del empresario, no justificaría un "ius resistentiae" del trabajador, y tampoco tendría porque dotar de ineficacia a la orden.

La segunda de las consecuencias, relacionada directamente con la primera sería que en aquellos casos en que debiendo producirse, no se efectúe la correspondiente comunicación a los representantes, ello generaría a lo sumo, la imposición de la consiguiente sanción

---

<sup>107</sup>.- VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 322, en *Comentarios...* ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 293. El Art. 48 CC para 1994-1996 de los Centros de Enseñanza de Peluquerías y Estética, de Enseñanzas Musicales y Artes Aplicadas y Oficios Artísticos (BOE nº 159, 5 de Julio de 1995) señala que: "La asignación de trabajos de categoría inferior... se plasmará por escrito en un acuerdo, precisando, siempre que sea posible, la temporalidad de la situación y con el conocimiento de los representantes legales de los trabajadores".

<sup>108</sup>.- Vid. Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 9 de Abril de 1985 (R.A. 5616)

<sup>109</sup>.- Vid. por todas la STSJ Aragón de 15 de Septiembre de 1992, (R.A. 4509), señalando lo siguiente: "La exigencia del número 4º del art. 23 se agota en la mera información a los expresados representantes sin recabar para nada su anuencia o consentimiento y ello sin perjuicio de que la omisión de tal requisito no produciría la nulidad del acuerdo pues para ello sería necesario que así se dispusiera expresamente siguiendo la tradición espiritualista de nuestro Derecho que arranca del Ordenamiento de Alcalá y culmina en el art. 1278 del Código Civil".

administrativa, tal y como recoge el artículo 95.7 del ET.

De este modo, la transgresión del derecho de información que ostentan los representantes de los trabajadores y los delegados sindicales, en los supuestos de movilidad descendente establecidos por el artículo 39.2 del ET, o por otros mecanismos (bien de consulta, bien de audiencia) previstos convencionalmente, serán constitutivos de una infracción grave, cuya sanción, criterios de graduación y autoridad competente para imponerla, se regirán por lo establecido en la Ley 38/1988 sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>110</sup>.

g) La actuación de la negociación colectiva y su relevancia.-

Siquiera tangencialmente, y como apunte final, cabe recordar que la negociación colectiva puede y debe en este punto adquirir un papel protagonista, otorgando mayores facultades de intervención a la representación legal, ya sea exigiendo su consulta en aquellas decisiones relativas a la organización del trabajo, ya sea imponiendo su intervención a través de la orientación, propuesta y emisión de informes<sup>111</sup>.

De hecho como ya puso de relieve cierta jurisprudencia, el valor otorgado por la negociación colectiva a la participación de los representantes de los trabajadores en los supuestos de movilidad descendente, (ya sea imponiendo en tales casos la información, consulta e incluso la negociación con los mismos) constituye un requisito de ineludible cumplimiento por parte del empresario<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup>.- RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad...", op. cit. pag. 36. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 149 y ss. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales...", op. cit. pag. 323. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 293. Todos ellos coincidían que a lo sumo sería calificable la conducta como infracción grave en los términos del derogado art. 7.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>111</sup>.- MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 114, ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 293. Entre otros: Art. 5 del CC Estatal de Grandes Almacenes (BOE nº 190, 10 Agosto 1993). Art. 16 del CC Estatal de Industrias del Frío Industrial (BOE nº 235, 1 Octubre 1993). Art. 12.7 del CC Estatal de Pastas, Papel y Cartón (BOE nº 238, 5 Octubre 1993). Art. 10. CC Estatal de Empresas de Seguridad (BOE nº 106, 4 Mayo 1994).

<sup>112</sup>.- Vid. por todas la Sentencia del extinto TCT de 12 de Marzo de 1987, (R.A. 5629) que mantenía para un supuesto de movilidad funcional descendente, y con una línea argumental perfectamente trasladable a la actual regulación, lo siguiente: "El precepto convencional colectivo no llega a requerir la aceptación del comité de empresa, ni siquiera a arbitrar sistema alguno para la constatación de las necesidades organizativas, pero esta ambigüedad no lo relega a letra muerta, sino que habrá de entenderse que la exigida información al comité permitirá algún debate al respecto y, sobre todo, procede afirmar la exigibilidad de la probanza en juicio de las circunstancias motivadoras del cambio de puesto".

## 6.- LA MOVILIDAD FUNCIONAL EXTRAORDINARIA ASCENDENTE. LA PROMOCION AUTOMATICA.-

### 6.1.- Concepto y aproximación a la figura jurídica.-

El apartado 4º del artículo 39 del ET acoge, tras la reforma legislativa de 1994, dos figuras jurídicas que preexistían en la regulación estatutaria precedente. En concreto se tratarían del "ius variandi in melius" y de la promoción automática. Sin embargo, la farragosa redacción del apartado hace difícil distinguir con precisión y claridad ambas categorías jurídicas, y ello es así no tanto por la utilización de oraciones subordinadas, las cuales ocasionalmente hacen dudar al intérprete acerca de si está ante efectos o causas de las distintas figuras, como por el hecho de que existe una mención expresa a temas procesales y colectivos, hecho que hace más dispersa aún la materia.

De forma expresa, el apartado 4º del artículo 39 indica: *"Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo, o en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente"*. En el párrafo siguiente se expresa a su vez que: *"Mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes"*.

Con ello, el legislador de 1994 altera de manera sustancial la ordenación de la materia tal y como venía ésta regulada en el precedente artículo 23 del ET (apartados 1º, 2º, y 3º), según su redacción de 1980<sup>113</sup>. Esta incidencia va a ser decisiva en muchos de los temas

---

<sup>113</sup>.- Según la misma y bajo el título "Trabajos de superior e inferior categoría" los tres primeros apartados del art. 23 del ET expresaban lo siguiente:

1.- El trabajador que realice funciones de categoría superior a las que correspondan a la categoría profesional que tuviera reconocida, por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, puede reclamar ante la dirección de la empresa la clasificación profesional adecuada.

2.- Contra la negativa de la empresa y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de

que serán objeto de estudio. Por de pronto, la primera cuestión que debe plantearse antes de ofrecer un concepto, es si el "ius variandi in melius" es una figura autónoma respecto de la promoción automática, y más concretamente si debe hablarse en puridad del reconocimiento legal de un "ius variandi in melius".

Como se vino a indicar en páginas anteriores, el "ius variandi" es un derecho excepcional que ostenta el empresario para variar la prestación debida por el trabajador, y que como derecho excepcional se somete a unos límites temporales y causales. De este modo, la modificación definitiva y no causal de la prestación laboral debe sujetarse, o bien al acuerdo de voluntades, o bien al procedimiento de modificación sustancial previsto por el artículo 41 del ET.

Un sector de la doctrina anterior a la reforma de 1994 negó que nuestro ordenamiento jurídico recogiese en puridad la figura del "ius variandi in melius", pues entendía que, de manera similar a lo que ocurre con el actual apartado 4º del artículo 39, la ley preveía solamente las consecuencias jurídicas y los efectos del hecho de que el trabajador se encontrase realizando funciones superiores, pero ni las causas motivadoras del cambio ni la forma, unilateral o novatoria, de producción del cambio eran objeto de regulación en el precedente artículo 23 del ET. Además se añadía que si el "ius variandi" constituía por definición una modificación transitoria de la prestación, la norma recogía por el contrario una vía específica de ascenso del trabajador con carácter definitivo<sup>114</sup>.

Si ello pudiera parecer defendible con la regulación precedente, la actual redacción impone estudiar si los elementos de la causalidad y de la temporalidad están presentes en los supuestos de movilidad funcional ascendente.

Por lo que se refiere a la exigencia causal, la redacción del apartado 2º del artículo 39 condiciona la movilidad funcional en el ejercicio de cualquier "ius variandi" (así se desprende de la expresión "*realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes*" y por ello tanto en sentido ascendente como descendente) a la concurrencia causal de unas razones técnicas u organizativas, exigencia desconocida hasta el momento para esta figura.

---

personal, puede reclamar ante la jurisdicción competente.

3.- Cuando se desempeñen funciones de categoría superior, pero no proceda legal o convencionalmente el ascenso, el trabajador tendrá derecho a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice".

<sup>114</sup>.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 155.

Por lo que se refiere a la exigencia temporal, la ubicación de la expresión "*tiempo imprescindible*" también en el apartado 2º del artículo 39 (regulador en su primer párrafo del genérico "*ius variandi*") y la presencia en el apartado 4º de los arcos temporales de "*seis meses durante un año*" y "*ocho meses durante dos años*", ponen de manifiesto, como vimos ya en páginas anteriores, la especial preocupación del legislador por remarcar el requisito temporal de este tipo de "*ius variandi*".

Por tanto, pese a que la redacción del artículo 39.4 del ET tenga por objeto regular los efectos derivados del desempeño de funciones superiores, no habría especial obstáculo para reconocer en nuestro ordenamiento jurídico la presencia de un "*ius variandi in melius*" como aquel poder del empresario de variar unilateralmente de modo esencial, temporal y causal el contenido de la prestación laboral, en sentido ascendente. Alguno de los rasgos de esta figura debe integrarse con lo apuntado al inicio de este capítulo al analizar las características esenciales de todo "*ius variandi*" y su exigencia causal y temporal, mientras que otros de ellos se verán a continuación al estudiar la figura de la promoción automática.

## **6.2.- La promoción automática.-**

### **6.2.1.- Concepto.-**

Si hemos comprobado cómo el legislador prevé la figura del "*ius variandi in melius*" (si bien su existencia debe obtenerse a través del proceso interpretativo arriba señalado) no menos cierto es que también el artículo 39.4 del ET acoge la figura de la promoción automática, a la que de forma clarificadora CRUZ VILLALON vino a definir como aquella institución por la cual "el ascenso se produce con el simple hecho de la prestación de trabajo en funciones superiores durante un período de tiempo específico, sin que sea necesario el consentimiento posterior de ninguna de las partes"<sup>115</sup>.

### **6.2.2.- Naturaleza jurídica.-**

La especial configuración de la promoción automática como una figura que permite modificar con carácter definitivo la prestación debida sin necesidad de acudir al acuerdo de voluntades o al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET, impone diferenciarla por una parte del "*ius variandi in melius*" y por otra parte del acuerdo modificativo propiamente

---

<sup>115</sup>.- Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit pag. 391.

dicho.

En este punto se suscita el debate acerca de si la asignación a funciones superiores deriva de un poder unilateral que el empresario ejercita frente al trabajador, o si por el contrario el consentimiento del trabajador deviene un presupuesto de legitimidad de la variación funcional<sup>116</sup>.

Este tema ha recibido por parte de la doctrina italiana una especial atención, que nos será de enorme utilidad dada la proximidad de la figura de la promoción automática tutelada en el artículo 13 del Statuto dei Lavoratori<sup>117</sup>. En concreto, la polémica que se ha suscitado en ese ordenamiento jurídico ha sido la de determinar si la asignación a funciones superiores puede derivar de un ejercicio del "ius variandi" empresarial, o si por el contrario exige el acuerdo de voluntades.

No habría especial inconveniente en admitir que el artículo 39.4 del ET recoge la existencia de dos momentos lógicos y cronológicamente distintos que no deben confundirse: El primero corresponde a la asignación del trabajador a funciones superiores (a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes) por tiempo inferior a 6 meses durante un año u 8 meses durante dos años. El segundo momento consiste en el ascenso que el trabajador tiene derecho a reclamar una vez transcurridos dichos espacios temporales<sup>118</sup>.

El primero de estos momentos puede identificarse con la figura del "ius variandi in melius", como ejercicio de un poder empresarial unilateral causal y temporal. El segundo de los momentos puede identificarse con la promoción automática como un supuesto particular de acuerdo modificativo en el que la prestación laboral se modifica con carácter definitivo y en la que el acuerdo de voluntades se sustituye por la concurrencia de un dato objetivo: el transcurso de un determinado período de tiempo.

Pese a la proximidad de ambos institutos jurídicos, pues recordemos que tanto los cambios

<sup>116</sup>. - MARESCA, A., "La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello statuto dei lavoratori". *Rivista Giuridica di Lavoro* n° 4, 1978 pag. 436.

<sup>117</sup>. - Señala este art. que "en el caso de asignación a funciones superiores el trabajador tiene derecho a la retribución que corresponda a la actividad desarrollada, y la asignación deviene definitiva, salvo que la misma haya tenido lugar por sustitución de trabajador ausente con derecho a la conservación del puesto, transcurrido un período de tiempo fijado por los convenios colectivos, y en ningún caso superior a tres meses".

<sup>118</sup>. - Estos dos momentos fueron identificados por MARESCA, A., en el art. 13 del Statuto dei lavoratori, "La promozione...", op. cit. pag. 438 y ss.



temporales como los cambios definitivos inciden sobre la prestación laboral objeto del contrato, y a su vez ambos tienen una repercusión inmediata sobre la remuneración, derivada del principio de reciprocidad que rigen las obligaciones sinalagmáticas (y que exige la percepción de la retribución superior desde el momento en que efectivamente se realizan las funciones superiores), también es cierto que entre los mismos se producen toda una serie de diferencias de contenido jurídico que merecen ser analizadas<sup>119</sup>.

a) La promoción automática como figura autónoma al "ius variandi".-

La movilidad funcional ascendente como consecuencia del "ius variandi in melius" y por tanto dentro de los arcos temporales fijados por la norma, presupone el ejercicio de un poder empresarial unilateral en el que el consentimiento del trabajador carece de un valor esencial y por tanto no se convierte en un presupuesto de legitimidad de la actuación empresarial<sup>120</sup>. Una vez que desaparece la exigencia causal, el trabajador debe ser reintegrado a sus anteriores funciones. Es de destacar además que en el ejercicio del "ius variandi in melius" el empresario posee una plena libertad de determinación de la persona destinataria de la orden.

Este "ius variandi" deberá realizarse sujetándose a los límites que para el mismo prevé el apartado 3º del artículo 39 y por extensión el trabajador no podrá rechazar la orden que emana del empresario, salvo en aquellos supuestos en que la ilicitud del "ius variandi" (por ejemplo, por no respetarse alguno de los límites expuestos por el apartado 3º del art. 39) justifique un "ius resistentiae"<sup>121</sup>. También podría justificar su negativa argumentándola con un motivo racional y suficiente que pudiera exonerarle de su sujeción al poder organizativo

---

<sup>119</sup>.- ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 267.

<sup>120</sup>.- No es ésta la posición de MARESCA, A., "La promozione...", op. cit. pag. 439, señalando que la atribución temporal a funciones superiores debe subordinarse a la aceptación del trabajador, que podrá valorar con plena autonomía la conveniencia o no del cambio. Y ello por dos motivos: porque el contenido de la prestación exigible no comprende a las categorías superiores, sino aquellas que entran dentro del contenido profesional; y la segunda porque el art. 13 del Statuto dei lavoratori (del mismo modo que nuestro art. 39) no atribuye al empresario un procedimiento unilateral de modificación unilateral "in melius". Sin embargo, en palabras de VALDES DAL-RE, F., "La ruptura del principio...", op. cit. pag. 38. "en nuestro ordenamiento no cabe polemizar sobre la consensualidad o no de la modificación definitiva de la categoría una vez agotado el plazo máximo fijado por la alteración funcional".

<sup>121</sup>.- MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 185, LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 197. Para SCOGNAMILIO, R., "Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei principi tradizionali", *Rivista Giuridica di Lavoro*, 1973, pag. 149, el trabajador debería de poseer el mínimo de capacidad profesional necesario para desarrollar las funciones pues en caso contrario podría lícitamente rechazar su desarrollo.

del empresario<sup>122</sup>.

Ello no es óbice para que, en los casos en que el trabajador tenga una postura opuesta a consolidar el ascenso, deba (en tiempo útil, es decir, antes de transcurrir los períodos de tiempo objetivo) dar a entender al empresario su decisión de evitar un ascenso no deseado<sup>123</sup>. Sin embargo, esta declaración que haga el trabajador no tiene por qué condicionar ni legitimar la orden por parte del empresario el cual, pese a la declaración, puede seguir destinando al trabajador a funciones superiores.

b) La promoción automática como manifestación atípica de un acuerdo modificativo: la ausencia de consentimiento expreso del trabajador afectado.-

En la movilidad funcional ascendente como consecuencia de la promoción automática (a la que CRUZ VILLALON identificó como un acuerdo modificativo, aunque "impropio"<sup>124</sup>), el principal obstáculo deriva de la presencia o no de una explícita concurrencia de voluntades. Recordemos que en la promoción automática, la formación del acuerdo no se manifiesta a través del consentimiento de ambas partes, sino a través de un comportamiento implícito: el desempeño de funciones superiores más allá de unos determinados arcos temporales.

Se trata, como ha señalado ALEMAN PAEZ, de un "evento modificativo "ex lege" que incide directamente en el contenido de la obligación, siendo una disposición normativa la que consagra una expectativa de derecho a consolidar la calificación correspondiente a las labores que realmente se efectúen"<sup>125</sup>.

Ello es debido, como bien ha indicado ALARCON CARACUEL, a que, dado que el ascenso se concibe como la realización del derecho a la "promoción profesional" que todo trabajador tiene reconocido en virtud del artículo 35.1 de la CE y del artículo 4. 2 b) del ET,

---

<sup>122</sup>.- SCOGNAMIGLIO, R, *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 213.

<sup>123</sup>.- GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 414. LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 200. GHEZZI, G., y ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro...*, op. cit. pag. 163. En la doctrina francesa: RAY, J.E., "La mobilité du salarié, aspects individuels", op. cit. pag. 442. Según este autor, ante la cuestión de si el trabajador puede rechazar la promoción, si con ello ve modificada su clasificación y su salario, entiende que sí, porque "desde el plano jurídico, la respuesta está incluida en la pregunta".

<sup>124</sup>.-Cfr. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 390.

<sup>125</sup>.-Cfr. ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 260. Vid. al respecto el análisis realizado por este autor sobre la evolución normativa de esta figura.

su configuración se aleja del carácter inusual o incluso excepcional de la novación modificativa, para recibir el tratamiento de una institución jurídica laboral "normal" y, como tal, sometida a reglas objetivas<sup>126</sup>.

Esto nos lleva al punto de determinar si el trabajador puede, transcurrido los períodos temporales indicados por la norma, no sólo no reclamar, sino rechazar el ascenso. En principio al trabajador se le plantea la opción de, o bien reclamar el ascenso, o bien solicitar el reintegro a sus funciones inferiores. Esta última opción no tiene por qué ser descabellada<sup>127</sup> y los motivos pueden ser varios: la mayor responsabilidad, la mayor peligrosidad, los mayores riesgos derivados de la nueva prestación, etc<sup>128</sup>.

Al respecto, GIUGNI ya indicó que si el trabajador continúa desempeñando su prestación tras transcurrir el período de tiempo, cualquier manifestación de voluntad contraria por él expresada con posterioridad estaría destinada a carecer de efectos<sup>129</sup>.

El problema es bien distinto cuando la declaración de voluntad contraria a consolidar el ascenso por parte del trabajador se produce antes de transcurrir el período temporal y sin embargo el empresario sigue destinando al trabajador a las funciones superiores incluso después de transcurrido el período de tiempo fijado legalmente. En este sentido, entender que el transcurso de tiempo anula la voluntad del trabajador excede de la "ratio" de la norma. Como indica ALARCON CARACUEL la norma obliga al empresario a ofrecer al trabajador un ascenso que éste, en la mayoría de los casos aceptará, si bien no está obligado a hacerlo<sup>130</sup>.

Algunos autores han ido más allá admitiendo que el trabajador tendría en estos casos la

<sup>126</sup>. -Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 132.

<sup>127</sup>. - MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 185, entiende que esta última opción debiera de calificarse de "hipotética", porque resultaría menos favorable, económica y profesionalmente, para el trabajador.

<sup>128</sup>. - GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 436. MARESCA, A., "La promozione...", op. cit. pag. 436. Para CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 413, la posibilidad de que el trabajador pudiera oponerse plenamente al ascenso " encuadra plenamente con la finalidad tuitiva del precepto que en situaciones concretas no se puede volver contra los intereses particulares del trabajador".

<sup>129</sup>. - GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 414.

<sup>130</sup>. - Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 132. En el mismo sentido, NICOLINI, G., *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 283, para quien el ascenso sería automático para el empresario, el cual no podría impedir la consolidación de las nuevas funciones por parte del trabajador, mientras que por el contrario el trabajador sí que podría impedir el ascenso, manifestando su rechazo.

posibilidad de excluir el efecto de la promoción automática incluso con comportamientos concluyentes tales como retornando a las viejas funciones<sup>131</sup>. En cualquier caso, el rechazo del trabajador a desarrollar las funciones superiores, transcurridos los períodos temporales fijados por ley, no debiera configurarse como un supuesto de incumplimiento contractual<sup>132</sup>.

Como indicara un sector doctrinal, una cosa es la probable voluntad positiva del trabajador al cambio mejorativo, voluntad que incluso puede presumirse en su no oposición a la medida empresarial, y otra cosa es que ese cambio pueda realizarse en todo caso sin contar con o en contra de la voluntad del trabajador afectado<sup>133</sup>. No puede hablarse por tanto de una obligación del trabajador de aceptar sin más el ascenso, pues la promoción profesional es un derecho que el trabajador podrá ejercitar o no<sup>134</sup>.

Debe añadirse adicionalmente que el trabajador que haya consolidado el ascenso (sin que obsten a ello las reglas convencionales) tras el transcurso de los períodos temporales, consolida una nueva posición jurídica. Verificado ello, el empresario sólo podrá ejercitar su "ius variandi in peius" y destinar al trabajador a funciones inferiores (es decir, a las iniciales que ostentaba) bajo los límites causales y temporales previstos por la norma para el "ius variandi". De no ser así cabe entender que el trabajador podrá exigir en vía judicial su derecho a desarrollar las funciones superiores<sup>135</sup>.

### 6.2.3.- Fundamento de la promoción automática.-

Con carácter previo al estudio del fundamento jurídico de dicha figura, debe advertirse que en la promoción automática subyace un conflicto de intereses que la misma aspira a solucionar: el interés del empresario, que pretende valerse de la prestación laboral del trabajador para que desarrolle funciones que exceden de las inicialmente pactadas en cualquier momento y por el tiempo que le convenga, sin verse compelido a ascenderle; y el interés del trabajador, que en relación a una actividad muchos más cualificada a la inicialmente requerida, aspira a obtener su ascenso en el más breve período de tiempo<sup>136</sup>.

<sup>131</sup>.- TREU, T., y AA.VV. *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 213.

<sup>132</sup>.- PERA, G., *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 413.

<sup>133</sup>.- RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 33.

<sup>134</sup>.- CASTIÑEIRA, J., "La tutela de la profesionalidad...", op. cit. pag. 126 y ss. LOPEZ TARRUELLA, F., "Clasificación profesional y promoción en el trabajo", op. cit. pag. 213: "El trabajador puede no reclamar nada, ni el ascenso, ni la cobertura de la vacante".

<sup>135</sup>.- MARESCA, A., "La promozione...", op. cit. pag. 457.

<sup>136</sup>.- SCOGNAMIGLIO, R., *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 213.

Sin embargo, hay quien ha visto no tanto un conflicto de intereses como dos intereses paralelos: aquél del trabajador en consolidar el ascenso (convirtiéndose el cambio en definitivo tras el transcurso de un tiempo) como interés derivado y reflejo respecto de un cambio que pretende satisfacer una exigencia empresarial<sup>137</sup>.

Hecha esta precisión, la mayoría de la doctrina, tanto española como foránea ha encontrado el fundamento de esta figura en varios motivos:

a) Se ha entendido que la promoción automática constituye un instrumento para tutelar al trabajador frente al ejercicio ilegítimo del "ius variandi" empresarial, por haber superado el empresario los límites temporales dentro de los cuales puede ejercitarse el mismo<sup>138</sup>. Se limitaría con ello la disponibilidad absoluta por parte del empresario de la posición jurídica del trabajador en la empresa, y se le "sancionaría" por extralimitarla en el ejercicio de su "ius variandi" con el obligado ascenso del trabajador.

b) Pese a este carácter "sancionatorio" arriba señalado, debe especificarse que en la función de la promoción automática no es relevante la posible responsabilidad del empresario<sup>139</sup>. Basta el cumplimiento del dato objetivo (superación de los arcos temporales) para que opere la presunción de que el trabajador es idóneo en el desempeño de sus nuevas funciones. Por eso reitero que no debe atribuirse a la norma una función meramente sancionadora del comportamiento empresarial. Como indicara MARESCA, la promoción automática produce sus efectos aún cuando no exista ningún tipo de responsabilidad por parte del empresario, como por ejemplo cuando la encomienda de funciones superiores es debida a fuerza mayor,

---

<sup>137</sup>. - RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 32.

<sup>138</sup>. - RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad...", op. cit. pag. 32, señala al respecto que "con ello se trata de evitar abusos empresariales de utilización de trabajadores subclasificados y subpagados para trabajos superiores, dándose como solución básica la promoción automática de este trabajador, que, en buena parte aparece como "sanción" indirecta al empresario que "indebidamente" ocupa a un trabajador en tareas superiores. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 392, pone de manifiesto que "la función primaria de la promoción automática es la sancionatoria del empresario frente a las medidas ilegales o fraudulentas que exceden del ejercicio regular de sus facultades directivas". ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 273, señala que "en base al principio civil de los propios actos, la creación automática de la vacante, supone una "sanción al empresario". En la doctrina italiana: GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...* op. cit. pag. 410, indicando que "la promoción automática aparece como un instrumento para tutelar al trabajador frente al ejercicio ilegítimo del "ius variandi". LISO, F., *La mobilità...*, op. cit. pag. 200, indicando que, "la previsión de la promoción automática en la "ratio" de la norma está evidentemente dirigida a penalizar al empresario que recurre anormalmente a la utilización del trabajador en un trabajo de cualidad superior respecto de aquél debido en el contrato. MARESCA, A., "La promozione...", op. cit. pag. 446.

<sup>139</sup>. - GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 412.

o cuando el desempeño de funciones superiores sea debido a caso fortuito, o se reconduzca al mismo comportamiento del trabajador<sup>140</sup>.

c) Se tutela, si bien de modo indirecto, la profesionalidad adquirida por el trabajador mediante el desarrollo de funciones superiores<sup>141</sup>. Y debe reiterarse el calificativo de indirecto, puesto que el crecimiento en la capacidad profesional del trabajador es la consecuencia y no la razón de ser del cambio de funciones<sup>142</sup>. Para que esa tutela de la profesionalidad sea efectiva, se requiere igualmente que el trabajador posea un mínimo de capacidades profesionales para desempeñar las funciones superiores<sup>143</sup>.

d) Finalmente la figura pretende evitar posibles prácticas empresariales fraudulentas derivadas de una escasa capacidad del control por parte del trabajador a la hora de determinar la posible subsistencia o no de las razones que justificaron el cambio (razones que la norma impone que sean técnicas y organizativas)<sup>144</sup>, lo que podría determinar el que, negada por el trabajador la existencia del motivo, éste tuviera que ser probado por el empresario<sup>145</sup>.

## **6.2.4.- Requisitos de la promoción automática.-**

### **6.2.4.1.- El desempeño de las funciones superiores.-**

El presupuesto de hecho en que el apartado 4º del artículo 39 del ET se apoya para que la promoción automática produzca plenos efectos aparece descrito de manera aparentemente clara: la realización de funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes como consecuencia de la movilidad funcional, por un período superior a seis meses durante un año o a ocho meses durante dos años.

---

<sup>140</sup>.- MARESCA, A., "La promozione...", op. cit. pag. 446 y 460, señalando además el posible uso fraudulento que de la promoción automática puede utilizar el trabajador, el cual puede desarrollar funciones superiores por un período superior al legalmente establecido, sin que el empresario sea informado o incluso frente a las órdenes empresariales. Aún en este caso, sería viable que la promoción se produjese de manera automática por el hecho de que al empresario le corresponde el control de la ejecución de la prestación.

<sup>141</sup>.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 392. MARESCA, A., "La promozione....", op. cit. pag. 445.

<sup>142</sup>.- LISO, F., *La mobilità...*, op. cit. pag. 196, para quien el crecimiento de la capacidad profesional del trabajador puede producirse incluso cuando el cambio viene motivado por exigencias empresariales de carácter extraordinario.

<sup>143</sup>.- LISO, F., *La mobilità...*, op. cit. pag. 197.

<sup>144</sup>.- LISO, F., *La mobilità...*, op. cit. pag. 199.

<sup>145</sup>.- MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 185.

El primer dato destacable frente a la redacción estatutaria precedente, y en lógica consonancia con los cambios producidos por la reforma de 1994 respecto del marco funcional en que se circunscribe la prestación debida, es que será necesaria la realización por parte del trabajador de funciones superiores "*a las del grupo profesional*", o "*a las de las categorías equivalentes*" menciones no previstas por la anterior redacción del artículo 23.1 del ET que preveía únicamente la realización de funciones de "*categoría superior*".

Se pone de manifiesto una vez más una idea ya remarcada en páginas anteriores y es que dentro de un mismo grupo profesional pueden existir categorías profesionales de distinto nivel, recíprocamente inferiores y superiores. Y dentro de un mismo nivel pueden incluirse no sólo una categoría sino varias categorías equivalentes entre sí.

La norma actual permite por tanto el ascenso a categorías profesionales de un grupo profesional superior (y que por definición no serán categorías equivalentes). Este es el sentido que debe darse a la expresión "*funciones superiores a las del grupo profesional*"<sup>146</sup>. Y a la vez la norma permite que el ascenso se produzca cuando las nuevas funciones se sitúan fuera (por tratarse de categorías profesionales superiores) de las categorías profesionales equivalentes que pueden existir dentro de un mismo grupo profesional (salvo que éste no se haya constituido). Este es el sentido que debe darse a la expresión "*funciones superiores... a las de categorías equivalentes*". No es posible que opere la promoción automática entre categorías profesionales que sean equivalentes entre sí<sup>147</sup>. En ambos casos, claro está, siempre que se traspasen los arcos temporales previstos por la norma. Resulta por ello muy acertada la afirmación de ALARCON CARACUEL al entender que el ascenso es en definitiva "una especie de desarrollo natural de la categoría profesional del trabajador - dentro de su grupo profesional- que va transmutándose a lo largo de su vida profesional en categorías superiores como una especie de cumplimiento del código genético impreso en el momento de la calificación contractual inicial"<sup>148</sup>.

Esta última referencia a la calificación contractual inicial nos pone en guardia respecto

---

<sup>146</sup>.- Para FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma...", op. cit. pag. 104, los términos gramaticales en que esta redactado el precepto permiten el desempeño de funciones de categoría superior únicamente en aquellos casos en que el sistema de clasificación profesional se articule por medio de categorías profesionales prescindiendo de grupos profesionales.

<sup>147</sup>.- LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 202. Entiende este autor que sí operará la promoción automática cuando el CC clasifique a las categorías profesionales en un mismo grupo profesional y les otorgue idéntico nivel, pero les reconozca un tratamiento diferente.

<sup>148</sup>.- Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 132.

de un tema que el legislador de 1980 se cuidó de tener en cuenta, cual era las funciones que originariamente ostentaba el trabajador antes de verificarse el ascenso.

En este sentido el precedente artículo 23.1 del ET imponía que las funciones de categoría superior lo fuesen respecto a las funciones que correspondieran "*a la categoría profesional que tuviera reconocida*" el trabajador. La omisión de dicha referencia por parte del actual artículo 39.4 del ET debe ser integrada interpretándose que las funciones precedentes debe ser, o bien las inicialmente pactadas, o bien las adquiridas tras los oportunos mecanismos de variación funcional.

Por tanto, los supuestos de clasificación profesional inadecuada "ab initio", sin cambio funcional, no son recogidos por la norma. Cierta doctrina ha visto en ello un acierto del legislador del 94 frente al del 80, puesto que con ello se evitan ciertas prácticas empresariales contra las que reaccionó la jurisprudencia y que consistían en negar la adecuada clasificación profesional del trabajador por las funciones desarrolladas "ab initio" de la relación, fundándose en los obstáculos que el convenio colectivo hubiera podido establecer en materia de ascensos<sup>149</sup>.

En este punto cabe entender, de manera analógica a lo que ocurriera con la regulación precedente, que los supuestos de inadecuada clasificación "ab initio", no se verán afectados por los obstáculos que el convenio colectivo pueda establecer en materia de ascenso, pues no nos hallaremos propiamente ante un ascenso.

Las nuevas funciones superiores deben de ser realizadas de manera efectiva en el doble sentido a que se refirió VINUESA: desde el punto de vista fáctico (que se realicen de modo efectivo) y desde el punto de vista jurídico clasificatorio (que pertenezcan a unas categorías superiores según el sistema de clasificación profesional convencional)<sup>150</sup>.

a) Por lo que se refiere al primero de estos puntos de vista, no será necesario que el

---

<sup>149</sup>. - Vid. entre otras: STSJ Andalucía (Sevilla) de 2 de Octubre de 1992 (R.A. 6566), STSJ de Cantabria de 16 de Noviembre de 1992 (R.A. 5585), STSJ Andalucía (Málaga) de 14 de Octubre de 1992 (R.A. 5035), STSJ La Rioja, de 16 de Enero de 1992 (R.A. 53), STSJ Madrid, de 21 de Enero de 1992 (R.A. 461), STSJ Cantabria de 4 de Febrero de 1992 (R.A. 647), STSJ Andalucía (Granada) de 21 de Abril de 1992 (R.A. 2195), STSJ Cataluña, de 13 de Abril de 1992 (R.A. 2269), STSJ Extremadura, de 9 de Junio de 1992 (R.A. 3202). En la doctrina: CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional..." op. cit. pag. 201. ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 283.

<sup>150</sup>. - VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 275.



trabajador realice todas y cada una de las funciones de la categoría profesional superior, bastando, dado el carácter enunciativo que de las mismas hace el convenio colectivo, con que se realicen aquellas que se consideren esenciales para la prestación laboral<sup>151</sup>. Entender lo contrario, es decir, que el trabajador debiera de realizar la totalidad de las funciones superiores y no únicamente las esenciales (lo que doctrina y jurisprudencia han dado en llamar el "grado de plenitud necesaria" en el desempeño de funciones<sup>152</sup>) supondría aceptar un modelo de movilidad ascendente excesivamente rigorista que impediría por extensión el juego de la misma.

No constituirá tampoco un supuesto de ascenso la realización de las mismas funciones de la categoría con una mayor precisión o perfección, o el desempeño de funciones hasta entonces no efectuadas. Sin embargo, también es cierto que algunas de las descripciones funcionales que los convenios colectivos hacen de las categorías profesionales se orientan precisamente hacia el ascenso<sup>153</sup>.

b) Por lo que se refiere al segundo punto de vista, cierta doctrina italiana entendió que no era del todo satisfactorio interpretar que la concepción de la categoría superior opera sólo y exclusivamente desde el punto de vista de su clasificación dentro de un grupo profesional en el convenio colectivo, exigiéndose por ello un examen de los específicos casos que puedan plantearse, y de los factores que los rodeen<sup>154</sup>. En cualquier caso se impone la existencia de un previo marco convencional que articule jerárquicamente toda una serie de categorías profesionales, a las que se pueda equiparar el contenido de la prestación laboral objeto del

---

<sup>151</sup>. - VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 276.

<sup>152</sup>. - Vid. entre las sentencias que exigían la necesidad de desempeñar la totalidad de las funciones de categoría superior: STSJ Madrid, de 6 de Noviembre de 1992 (R.A. 5680), STSJ Madrid de 5 de Mayo de 1992 (R.A. 2662), STSJ Madrid, de 18 de Octubre de 1993 (R.A. 4661), STSJ País Vasco de 29 de Junio de 1993 (R.A. 2880), STSJ Castilla y León, de 21 de Enero de 1994 (R.A. 234). ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 276, ha puesto de manifiesto ante esta corriente jurisprudencial, que no parece acertado sostener posturas "maximalistas y algebraicas" de este tipo, siendo lo más lógica "entender creada la vacante cuando las labores alcancen una entidad cualitativa y cuantitativa". Vid. también QUINTANILLA NAVARRO, B., "Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución...", op. cit. pag. 900.

<sup>153</sup>. - Es el caso por ejemplo de la descripción que el art. 38 del I CC Estatal de Elaboradores de Pizzas y Productos Cocinados para su Venta a Domicilio (BOE nº 108, 6 de mayo), hace de la categoría de Ayudante cobrador: "Es el trabajador que auxilia al Oficial obrador, para alcanzar una perfección en sus conocimientos, que le permitan ocupar un puesto de categoría superior".

<sup>154</sup>. - MARESCA, A., "La Promozione automatica...", op. cit. pag. 441. Así por ejemplo el derecho al ascenso no se consolida (pese a transcurrir el período de tiempo) por el mero hecho de sustituir a un trabajador con una cualificación superior a la del sustituto y ello en la medida que se ha de tener en cuenta la categoría en sí y no la cualificación del trabajador sustituido.

contrato. Por otra parte, parece ser bastante unánime la interpretación de que si el desempeño de funciones superiores posee algún valor a efectos de la promoción automática, es precisamente por el superior tratamiento que el convenio colectivo, en su sistema de clasificación profesional, da a estas últimas<sup>155</sup>.

Por lo que se refiere a los sistemas de clasificación profesional en que la promoción no tiene que identificarse necesariamente con el desarrollo de funciones superiores<sup>156</sup>, o en aquellos casos en que la determinación acerca de la superioridad de una categoría puede resultar delicada, se hace necesario que el juez, en el proceso de clasificación profesional tenga presente las peculiaridades de cada caso concreto<sup>157</sup>.

Además, hay que diferenciar dos casos: aquél en que el trabajador desarrolla de manera discontinua en el tiempo una única función superior, puesto que aquí sí que cabrá adicionar cada uno de los períodos de tiempo utilizados a efectos de alcanzar el período legal para reclamar el ascenso; y aquél en que el trabajador desarrolla de manera discontinua en el tiempo funciones que son de nivel superior, pero distintas entre sí, puesto que aquí no cabrá adicionar el tiempo durante el cual se ha desempeñado cada función distinta a efectos de reclamar el ascenso<sup>158</sup>.

Para finalizar, deben señalarse otros dos supuestos con una naturaleza específica que revisten especial importancia: aquél en que el contenido material de la categoría profesional cambia una vez producida la adscripción del trabajador a ella y que la convierte en una

<sup>155</sup>. - LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 203. Tras la reforma de 1994, ciertos CC han mejorado la regulación legal respecto del desempeño de funciones superiores, favoreciendo con ello el tratamiento de la movilidad funcional ascendente: "El tiempo trabajado en superior categoría será computado como antigüedad en la misma cuando el empleado ascienda a ella". art. 9. CC 1995 de Agencias de Viajes. (BOE nº 53 de 1 de Marzo de 1996). "Los trabajos de superior categoría que el empleado realice de acuerdo con la empresa con objeto de prepararse para el ascenso, quedan exceptuados del régimen jurídico aplicable en los supuestos previstos en el art. 39.4 del ET". art. 9. CC 1995 de Agencias de Viajes. (BOE nº 53 de 1 de Marzo de 1996).

<sup>156</sup>. - Tal es el caso del enriquecimiento de la prestación, y la rotación de tareas. Sobre la problemática de los mismos en materia de promoción automática: CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 405.

<sup>157</sup>. - Ejemplos de estos sistemas clasificatorios los enumeraba LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 204. Por ejemplo, aquellos casos en que un trabajador desarrollara las funciones de una categoría superior, pero no en toda su totalidad, o cuando tras una modificación organizativa, se elimina una categoría superior, y las funciones de esta última se subdividen en tres subcategorías. Para este autor, los criterios que debieran guiar la actuación judicial debieran tener en cuenta la actitud que el empresario hubiera seguido al ascender a otros trabajadores que desempeñasen las mismas funciones que el afectado.

<sup>158</sup>. - Como indica CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 203, es por ello por lo que resulta lógico dar por sentada la identidad única de la función.

categoría de rango superior frente a la precedente; y aquél en que a pesar de que el contenido material de la categoría profesional permanece intacto, cambia la calificación jurídica de la misma por el efecto de una nueva disciplina convencional (nuevo sistema de clasificación) que a partir de un determinado momento considera a la misma prestación como una de rango superior. Pues bien, ambos supuestos responden al fenómeno de la reclasificación el cual nada tiene que ver con el del ascenso y, por tanto, se entiende que el trabajador adquiere el derecho a ser reclasificado de acuerdo con las nuevas funciones de manera automática y sin necesidad de que transcurran los períodos temporales fijados por la norma legal a los que hemos estado haciendo referencia<sup>159</sup>.

#### **6.2.4.2.- El transcurso de los períodos temporales.-**

Para que la promoción automática despliegue plenos efectos es necesario que el desempeño de funciones superiores traspase determinados períodos de tiempo y en concreto la norma exige que la realización de las funciones se produzca *"por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años"*.

El estudio de dichos períodos de tiempo como límites al "ius variandi" ya se realizó en páginas anteriores por lo que me remito a lo allí expuesto. No obstante, conviene recordar el hecho de que el legislador de 1994 se vale no sólo de los períodos objetivos señalados por el artículo 39.4 del ET, sino también de la expresión *"tiempo imprescindible"* utilizada por el artículo 39.2, lo que permite hablar en el "ius variandi in melius" de un doble plazo: el establecido por la norma (6 meses...) y aquél que coincidiría con el momento en que cesa la razón que justificó el cambio (*"tiempo imprescindible"*), el cual puede estar a su vez dentro o fuera del plazo normativo.

Los períodos legales y objetivos de 6 meses en un año y 8 meses en dos años aparecían regulados en los mismos términos por la regulación precedente y, del mismo modo que ocurriera con la legislación anterior, cabe predicar de ellos dos características esenciales:

a) El que se utilicen dos módulos (6 meses y 8 meses) y el que se circunscriban en sendos arcos temporales (1 año y 2 años) conduce por de pronto a la primera de las notas, y es que el período de cumplimiento de los mismos no es necesario que se produzca de forma

---

<sup>159</sup>.- Vid. al respecto DI CERBO, V., et alt. *Commentario allo Statuto dei lavoratori e alla normativa sui licenziamenti*, op. cit. pag. 178.

continuada<sup>160</sup>, sino que también será admisible la acumulación de períodos discontinuos siempre y cuando no se superen los arcos temporales que sirvan de techo<sup>161</sup>.

Con ello el legislador ha eliminado de cuajo un problema arrastrado por otros ordenamientos jurídicos como el italiano en el que, al fijarse un único límite temporal sin otro que sirviera de referencia, se producían situaciones abusivas y fraudulentas por parte del empresario, que podía encomendar de forma reiterada al trabajador desarrollar funciones superiores por períodos de tiempo inferiores marcados por la norma con el ánimo de evitar la eficacia de la promoción automática<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup>.- Tras la reforma de 1994 ciertos CC han adoptado dicha formulación: " El trabajador incluido en el ámbito de este CC podrá ser destinado por la empresa en caso de necesidad, a ocupar un puesto de categoría superior por plazo que no exceda de tres meses ininterrumpidos.... Cuando un trabajador realice trabajos de categoría superior durante más de tres meses, sin concurrir los supuestos especiales a que se refiere el párrafo anterior, consolidará la categoría superior" Art. 8.1 CC sobre Formación profesional Continúa de Industria Fotográfica (BOE nº 233, 29 de Septiembre de 1994). En el mismo sentido: art. 8.1 del CC de 1994 de Pastas, Papel y Cartón (BOE nº 245, 13 de Octubre de 1994). Art. 43 CC para 1995 de Pastas, Papel y Cartón (BOE nº 184, 3 Agosto 1995) "En casos de necesidad perentoria y corta duración, que no exceda de 90 días al año, alternativos o consecutivos". art. 13 CC 1995-96 de Jardinería (BOE nº 304, 21 Diciembre 1995). "El tiempo (de adaptación) no podrá exceder de los límites temporales del art. 39.4 salvo para ocupar puestos de dirección, en cuyo caso se estará a lo que de mutuo acuerdo se convenga, sin sobrepasar un año de preparación". art. 9. CC 1995 de Agencias de Viajes. (BOE nº 53 de 1 de Marzo de 1996).

<sup>161</sup>.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 408. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La movilidad del trabajador...", op. cit. pag. 33. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 281. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 203. Una visión particular la aporta ALEMAN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 277, prescindiendo de los dos plazos (6 y 8 meses) insertos en los dos marcos temporales (1 y 2 años), para fijar una diferenciación de los mismos tal y como aparecen diseñados por la norma (6 meses en un período de un año y 8 meses en un período de dos), concluyendo que con todos ellos lo que se pretende evitar es una "irregularidad funcional sin solución de continuidad". Por lo que se refiere a la negociación colectiva, ciertos CC acogen el doble módulo temporal: "En los casos de necesidad, y por el plazo que no exceda de 5 meses ininterrumpidos en un año o 7 meses en dieciocho meses, el trabajador podrá ser destinado a ocupar puesto de superior categoría..." art.45 CC de Industrias Extractivas, del Vidrio, Cerámicas, y para las del Comercio Exclusivista de los mismos materiales (BOE nº 154, 29 Junio 1995). "Si como consecuencia de la aplicación de la movilidad funcional, se realizaran trabajos de superiores funciones por un período de cinco meses consecutivos en un año y ocho discontinuos en dos años, el trabajador consolidará la remuneración del puesto ocupado". art. 9. CC 1995-1997 de Industrias de Pastas alimenticias. (BOE nº 114, 10 Mayo 1996). "Cinco meses ininterrumpidos en un año o siete meses en dieciocho meses..." art. 45 CC 1996-1998 de Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y para las del Comercio exclusivista de los mismos materiales" (BOE nº 175, 20 de Julio 1996).

<sup>162</sup>.- El art. 13 del Statuto dei Lavoratori preve que la asignación a funciones superiores deviene definitiva "... transcurrido un período de tiempo fijado por los CC, y en ningún caso superior a tres meses". Para evitar supuestos en que el empresario designara a un trabajador a desempeñar funciones superiores mediante una acumulación de períodos siempre inferiores a tres meses, doctrina y jurisprudencia reaccionaron, dejando al margen cualquier valoración acerca de un intento fraudulento por parte del empresario y basándose en datos objetivos tales como el de la "frecuencia" y el de la "sistematicidad", que excluirían cualquier tipo de "excepcionalidad", datos que podían deducirse tanto del número de asignaciones

En este punto, no dejan de plantear problemas aquellos sistemas de organización del trabajo en que, ya sea por el carácter temporal o cíclico de los mismos o por las especiales exigencias empresariales, se tengan que tomar en especial consideración los módulos temporales a los efectos de la promoción automática. En cualquier caso lo que la norma intenta evitar es que el desempeño de las funciones se produzca con un carácter claramente habitual.

b) La segunda de las características, y tal como entendiera la doctrina precedente, es que el cómputo de tiempo debe realizarse en función de los días naturales transcurridos y no en función de los de trabajo efectivo. El punto de referencia sería por tanto el artículo 5 del Código Civil, de modo que si los plazos estuviesen fijados por meses se computarán de fecha a fecha<sup>163</sup>.

Sin embargo la reforma legislativa de 1994 ha introducido un párrafo que distorsiona el panorama jurídico anterior respecto al tema objeto de estudio. Los plazos hasta ahora analizados constituían de por sí normas mínimas (que operaban como techos máximos) que la negociación colectiva podía reducir, acortando el espacio de tiempo durante el cual el empresario podría mantener al trabajador en las funciones superiores y anticipando por tanto el momento de consolidación del ascenso (siempre que lo permitieran las reglas convencionales)<sup>164</sup>.

---

efectuadas como del tiempo intermedio entre una asignación y otra. Por otra parte, la negociación colectiva paulatinamente suplió el defecto legal reconociendo expresamente un 2º arco temporal. Todo ello ha provocado que en dicho ordenamiento, el transcurso del período temporal deba entenderse de manera continuada. LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 206. MARESCA, A., "La promozione...", op. cit. pag. 442. GHEZZI, G., ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*, op. cit. pag. 162. DI CERBO, *Commentario allo statuto...*, op. cit. pag. 182. BERRUTTI, G.M., "Ius variandi e tutela della qualifica nella giurisprudenza della cassazione" en *Rivista Italiana di Diritto di Lavoro*, nº 3, 1983, pag. 387. GALANTINO, L., *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 252, PERA, G., *Diritto del lavoro*, 1990, op. cit. pag. 174. TREU, T., y AA.VV. en *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 213.

<sup>163</sup>.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 409, para quien el tema tiene su importancia por que si se tiene en cuenta el cálculo de los días laborales al año, nos daría una cifra cercana a los 200, que es bastante similar a los 6 meses traducidos en días. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 282 (donde pese a ello se critica el sistema). CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional..." op. cit. pag. 203. En sentido contrario, la doctrina italiana entiende que debe de tratarse de días de trabajo efectivo en la lógica que la adscripción a funciones superiores traba de probar la capacidad que tiene el trabajador. LISO, F., *La mobilità...*, op. cit. pag. 210. Acudir a la bibliografía italiana utilizada con anterioridad.

<sup>164</sup>.- MONTOYA MELGAR, A., "Poder del empresario...", op. cit. pag. 184. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 282. Una interpretación particular respecto al valor de los períodos temporales anteriores a la reforma la tiene CONDE MARTIN DE HIJAS, V., en "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 204, indicando que en principio, la previsión en negativo del precedente art. 23.3 del ET también podría haber hecho pensar que la previsión de la no procedencia

La oscura redacción del párrafo segundo del actual artículo 39.4 supone una innovación legislativa al establecer que mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos "distintos" de los expresados en el artículo 39 a efectos de "reclamar la cobertura de vacante". Se trata de una dispositivización a la que la negociación colectiva se había adelantado con anterioridad a la reforma de 1994, a través de cláusulas convencionales que impedían el ascenso del trabajador (pese a superar los límites temporales marcados por el ET) cuando los períodos temporales en los que se realizaban las funciones superiores se identificaban con los períodos de duración de ciertas suspensiones de la relación laboral en que se hallaba el trabajador sustituido (servicio militar, accidente, excedencias especiales ,etc)<sup>165</sup>.

La doctrina posterior a la reforma ha interpretado de forma unánime que dicho párrafo dispositiviza por parte de la negociación colectiva los períodos de tiempo. Los mismos dejan de ser mínimos de derecho necesario, y por consiguiente podrán tanto acortarse como alargarse, puesto que por "*períodos distintos*" cabe entender tanto aquellos que sean superiores como aquellos que sean inferiores a los establecidos por la norma<sup>166</sup>. Pese a ello, nada obstaría a que la dispositivización de los períodos temporales, y por tanto la superación

---

legal o convencional del ascenso estaba abriendo un campo ilimitado para la regulación legal o convencional del mismo, en la que, para la hipótesis del ejercicio de funciones de categoría superior, hubiera quedado abierta la posibilidad de establecer los períodos temporales que se tuvieran por conveniente, superiores o inferiores al de la ley.

<sup>165</sup>. - Art. 6.6.3 CC Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón y Editoriales (BOE n° 240, 7 Octubre 1993). Art. 16. CC Estatal de Industrias del Frío Industrial (BOE n° 235, 1 Octubre 1993). Art. 8.1 CC Estatal de Pastas, Papel y Cartón (BOE n° 238, 5 Octubre 1993).

<sup>166</sup>. - SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La reforma...*, ob. cit. pag. 74. CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 26, ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 202. RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 704. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 203. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 203, SENRA BIEDMA, R., "Promoción profesional...", op. cit. pag. 27. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 111, y "La reforma de la movilidad funcional...", op. cit. pag. 343. GARCIA FERNANDEZ, M. "Movilidad funcional", op. cit. pag. 226. ALEMÁN PAEZ, F., *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 278, considera la posibilidad de que la negociación colectiva minore o extienda los períodos, sino que introduzca nuevas combinaciones temporales. Del mismo autor "La nueva clasificación...", op. cit. pag. 234, mencionando la multiplicidad de combinaciones adoptadas por la negociación colectiva: así, el art. 40 CC Extractivas del Vidrio (BOE 12/6/87) exige la realización de funciones superiores "durante un plazo de 7 meses en un período de 18", o el art. 6 del CC Recuperación de Desperdicios sólidos (BOE 17/11/87) alude a "seis meses o un año de modo alterno". Para LOPEZ TARRUELLA, F., "Clasificación profesional y promoción en el trabajo", op. cit. pag. 213, la lógica del precepto es que si el desempeño de trabajos de categoría o grupo superior demuestra la existencia fáctica de una vacante, es la negociación colectiva a la que le corresponde establecer ese período distinto en el que la existencia de la vacante se entiende configurada.

de los períodos fijados por la ley, debiera entenderse referida (como sucediera en la regulación precedente) sólo a los estrictos supuestos en que el contrato de trabajo del trabajador sustituido se halla en suspenso por un tiempo superior al fijado por el artículo 39.4 del ET<sup>167</sup>. Así, por otro lado, es como lo ha venido entendiendo la negociación colectiva posterior a la Reforma de 1994, clarificando con ello un punto oscuro en la redacción del artículo 39.4 "in fine" del ET<sup>168</sup>. Recordemos que dicho precepto reconoce a la negociación colectiva la posibilidad de establecer períodos distintos "*a los efectos de reclamar la cobertura de la vacante*", sin hacer referencia a la posible reclamación del ascenso, ni al sujeto legitimado para ejercitar esta reclamación.

Por lo que respecta a la "reclamación del ascenso", la práctica convencional ha puesto de relieve cómo la falta de referencia de la norma legal a la misma viene motivada en el hecho de que el trabajador que realiza funciones superiores en sustitución de otro trabajador cuyo contrato se halla en suspenso no podrá consolidar el ascenso en la medida que el trabajador sustituido tiene derecho, cuando cese la causa legal de suspensión, "*a la reincorporación al puesto de trabajo reservado*" (art. 48.1 del ET)<sup>169</sup>.

Por lo que respecta al sujeto que estará legitimado a reclamar la cobertura de la vacante,

---

<sup>167</sup>.- Así por ejemplo ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 283, señala que "probablemente, el tiempo del art. 39.4 del ET podrá prolongarse lo necesario si se trata de sustitución de trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, por aplicación analógica del art. 15.1 c) del ET y del art. 45.1 e)".

<sup>168</sup>.- De este modo, en los supuestos de "sustitución por servicio militar, enfermedad, accidente de trabajo, permisos u ocupación de cargos oficiales", así como en los casos de "incapacidad laboral transitoria, vacaciones, invalidez provisional y excedencias forzosas" la sustitución "comprenderá todo el tiempo que duren las circunstancias que lo hayan motivado". Entre otros: Art. 20 del CC 1994-1995 de la Industria del Calzado (BOE n° 243, 11 de Octubre de 1994). Art. 8.1 del CC de 1994 de Pastas, Papel y Cartón (BOE n° 245, 13 de Octubre de 1994). Art. 6.6.3 del CC 1994-1995 de Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE n° 21, 25 de Enero de 1995) No se consolida el ascenso cuando se realicen funciones superiores para "cubrir interinamente el puesto de trabajo de otro trabajador de la plantilla ausente y con derecho a reserva de puesto de trabajo, debido a excedencias, maternidad e incapacidad temporal". art. 9. CC 1995-1997 de Industrias de Pastas alimenticias (BOE n° 114, 10 Mayo 1996). "en estos supuestos, la sustitución comprenderá todo el tiempo que duren las circunstancias que la hayan motivado, dando derecho a la superior retribución durante el tiempo de sustitución, pero no a la consolidación de categoría ni salario". art. 45 CC 1996-1998 de Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Cerámicas y para las del Comercio exclusivista de los mismos Materiales (BOE n° 175, 20 Julio 1996).

<sup>169</sup>.- Tales casos en que el trabajador realiza las funciones superiores de otro trabajador cuyo contrato se haya en suspenso "darán derecho a la superior retribución durante el tiempo de sustitución, pero no a la consolidación de categoría". Entre otros: Art. 45 CC de Industrias Extractivas, del Vidrio, Cerámicas, y para las del Comercio Exclusivista de los mismos materiales (BOE n° 154, 29 Junio 1995). Art. 43 CC para 1995 de Pastas, Papel y Cartón (BOE n° 184, 3 Agosto 1995). Art. 15 CC para 1994 del Frío Industrial, (BOE n° 215, 8 Septiembre de 1995).

la falta de referencia del artículo 39.4 "in fine " (a diferencia del párrafo precedente, que parece aludir al trabajador que desempeña funciones superiores), permite concluir que será el trabajador sustituido quien efectuará la reclamación oportuna de su vacante.

#### 6.2.5.- Efectos y límites de la promoción automática.-

Según el apartado 4º del artículo 39 los efectos que llevará aparejada la promoción automática serán los siguientes: *"el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa..."*

La actual redacción modifica sustancialmente a la precedente, pues el anterior artículo 23.1 del ET se limitaba a señalar que el trabajador podía reclamar ante la dirección de la empresa *"la clasificación profesional adecuada"*. Como ya se señaló, el hecho de que el artículo 23.1 no utilizara el término "ascenso" había provocado dificultades interpretativas a la hora de determinar si la pretensión del trabajador basada en una inadecuada clasificación profesional "ab initio" de la relación podía verse perjudicada por el obstáculo que el convenio colectivo estableciera en materia de ascensos (anterior art. 23.3).

Pese a este posible acierto normativo, la complejidad de la actual redacción, con la utilización de oraciones subordinadas, ha provocado el que la doctrina posterior a la reforma no mantenga una postura unánime acerca de la promoción automática. En cualquier caso, lo que debe quedar claro es que la norma diferencia entre lo que es el "ascenso" por un lado y *"la cobertura de vacante"* por otro lado, y configura a ambos como efectos de la promoción automática, si bien el papel de cada uno de ellos no queda del todo clarificado.

En cuanto al efecto retributivo, éste será abordado en páginas posteriores. Subrayaremos aquí únicamente que el trabajador podrá reclamar la diferencia salarial correspondiente desde el mismo momento en que efectivamente se realicen las funciones superiores (el art. 39.3 del ET señala con carácter general que el trabajador tendrá derecho a la retribución que corresponda a las funciones que efectivamente realice)<sup>170</sup>, no pudiendo los convenios

---

<sup>170</sup>.- La identificación del momento de la percepción de las diferencias salariales, con el de la efectiva realización de las funciones superiores (art. 39.3) ha sido refrendado por la doctrina, entre otros: CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 254. MONTOYA MELGAR, A.,



colectivos ni dilatar dicho plazo<sup>171</sup>, ni establecer cláusulas con las que se pretenda mermar tales diferencias<sup>172</sup>. En este punto cabría discutir la validez de las cláusulas convencionales que permitan la consolidación del ascenso únicamente desde el punto de vista retributivo, y no desde el punto de vista jurídico-clasificadorio.

Por lo que se refiere a los límites, estos son: las reglas en materia de ascensos previstas en el convenio colectivo (dice el texto "*si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo*"), y "*las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa*". Parece ser que nuevamente el precepto estatutario se convierte en dispositivo para la negociación colectiva, pues el convenio colectivo podrá establecer en contrario que, pese a haber transcurrido los períodos temporales, no se genere derecho alguno al ascenso. Únicamente en el caso de que el convenio colectivo no obste al reconocimiento del ascenso, podrá reclamarse éste. También podrá reclamarse el ascenso si según las normas previstas por el convenio colectivo, el mismo se genera tras el ejercicio de la movilidad funcional. O cuando, no existiendo en el convenio colectivo (y en su defecto en el acuerdo de empresa) una regulación del sistema de ascensos, sea de directa aplicación la norma legal y la promoción automática despliegue plenos efectos.

---

*Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 419: "por supuesto el derecho a tales diferencias salariales no se supedita a que la función superior se venga realizando durante un período determinado...". SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 73. MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 540: El trabajador tendrá derecho a la diferencia retributiva, tenga o no derecho al ascenso. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 838. Además el trabajador tendrá derecho a percibir las diferencias salariales aunque carezca de título habilitante requerido por el CC para desempeñar el trabajo (STS 20 de Enero de 1994, (R.A. 357).

<sup>171</sup>. - Sin embargo ciertos CC ha supeditado la percepción de las retribuciones superiores al transcurso de ciertos períodos de tiempo impidiendo su devengo desde el mismo momento en que "efectivamente" se desempeñaban las tareas superiores: CC Endesa (BOE 25/8/87) o CC Recuperación de Desperdicios sólidos (BOE 2/11/89).

<sup>172</sup>. - Tal es el caso, por ejemplo del art. 17 del VIII CC Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable. (BOE nº 102, 29 Abril, 1994), el cual establece de foma expresa que "Cuando la empresa lo estime necesario, el trabajador podrá realizar cometidos de categoría superior a la que tenga atribuida, percibiendo mensualmente como complemento, la doceava parte de la diferencia entre el salario anual correspondiente a la categoría superior y el de la categoría del trabajador". Vid. QUINTANILLA NAVARRO, B., "Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución...", op. cit. pag. 898: "Este tipo de restricciones choca con lo previsto en el art. 39 del ET, pues si respecto de los plazos para consolidar la categoría superior, la ley permite expresamente que los CC establezcan duraciones diferentes a las apuntadas en el mismo precepto en el punto 4, en cuanto a los derechos económicos de los trabajadores, no cabe tal modulación o eliminación mediante la norma paccionada, por lo que la cláusula del CC contraria a la ley".

### 6.2.5.1.- Efectos de la promoción automática:

El régimen jurídico del ascenso se regula en el artículo 24 del ET y no constituye de por sí objeto de la movilidad funcional, sino que se configura como uno de los efectos de la promoción automática. Excede por tanto de los límites de este estudio proceder a un examen exhaustivo del mismo. Sin embargo ello no es óbice para perfilar sus contornos en vistas a diferenciarlo del segundo de los efectos derivados de la promoción automática (la reclamación de la cobertura de vacante).

El ascenso supone una novación objetiva de la relación jurídica laboral en la que, mediando un acuerdo expreso de voluntades (derivado normalmente de una previa propuesta de promoción por parte del empresario), se produce una modificación en la prestación de trabajo. Como consecuencia del mismo tiene lugar una reclasificación profesional del trabajador, al cual se le aplicará un conjunto normativo más favorable y acorde con el desempeño de unas funciones superiores.

La vacante, en este sentido, es aquel puesto de trabajo que aparece y se va configurando progresivamente en el organigrama clasificatorio empresarial debido al desempeño continuado por el trabajador de funciones superiores durante un determinado período de tiempo. Es por ello que la reclamación por parte del trabajador de la cobertura de la vacante es por definición la reclamación de su ascenso, siendo en este punto decisivo el procedimiento convencional establecido en base al cual el trabajador podrá o no colmar sus expectativas de promoción profesional en este punto. Por eso digo que no hay que confundir la reclamación de la vacante con la reclamación del ascenso. En ocasiones el desarrollo de funciones superiores genera por sí mismo una vacante y por tanto el derecho a reclamar el ascenso conforme a las reglas fijadas colectivamente, pero, siendo todo ello cierto, también puede suceder otro fenómeno, y es que en la empresa se produzca una vacante en un puesto de trabajo de categoría profesional superior (pensemos por ejemplo en una jubilación como supuesto de vacante definitiva, o en una baja por maternidad como supuesto de vacante temporal) y que, pese a la libertad que posee el empresario, bien de amortizarlo, bien de contratar a un nuevo trabajador para su ocupación, pueda no hacer uso de ella y decida ocupar ese puesto de trabajo vacante por otro trabajador de la empresa. En este caso la vacante no se incorpora al organigrama empresarial por el desempeño continuado de funciones superiores, sino que ya existía con anterioridad.

Visto esto, el hecho de que el trabajador (se entiende que el movilizado) pueda "*reclamar la cobertura de vacante*" conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la

empresa, genera toda una polémica acerca de su efectividad o no, que van a ser estudiadas a continuación.

Por de pronto, dejar exclusivamente en manos del trabajador que ha sido movilizado, la posibilidad de reclamar la cobertura de la vacante puede ser una opción criticable por un doble motivo: En primer lugar porque puede ocurrir que el trabajador movilizado (máxime si sabe que no tiene derecho al ascenso o no lo desea reclamar) prefiera prolongar su situación en vez de reclamar la cobertura de la vacante<sup>173</sup>. En tal caso entiendo que los terceros trabajadores que pudiesen tener derecho a cubrir esa vacante también podrán ejercer su derecho a reclamarla. En segundo lugar, puede ocurrir lo contrario, es decir, que la reclamación de la cobertura de la vacante por parte del trabajador movilizado sea de difícil efectividad jurídica en la medida que, no pudiendo reclamarla para sí mismo (por no tener derecho o porque no lo desee), la reclame en favor de terceros trabajadores que sí pueden aspirar a la vacante, puesto que aún en este caso cabría la posibilidad que estos terceros no estuvieran interesados en ella<sup>174</sup>.

De todo ello se extraen dos consecuencias:

a) La primera es que, de no tener derecho al ascenso, será poco probable que el trabajador movilizado reclame la cobertura de la vacante, por lo que como indica ALARCON CARACUEL, debe interpretarse que también podrá un trabajador tercero interesado exigir dicha cobertura definitiva de la vacante en cuestión<sup>175</sup>. Incluso cabría entender que los representantes legales de los trabajadores puedan solicitar igualmente la cobertura de la misma<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup>. - LOPEZ TARRUELLA, F., "Clasificación profesional y promoción en el trabajo", op. cit. pag. 213. Según este autor, con esta conducta el trabajador estaría vulnerando legítimos derechos de terceros que podrían tener derecho a cubrir esa vacante. Sin embargo, ciertos CC posteriores a la reforma, dejan el ascenso a la voluntad del trabajador: "Transcurrido dicho período el trabajador podrá, a voluntad propia, continuar realizando estos trabajos o volver al puesto que ocupaba con anterioridad. En el primer supuesto ascenderá automáticamente". art. 35 CC de 1996 de la Industria del Corcho, (BOE nº 128, 27 de mayo de 1996). art. 47 del II CC de 1996 de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente, con fondos públicos (BOE nº 147, 18 de Junio de 1996). art. 45 CC 1996-1998 de Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y para las del Comercio exclusivista de los mismos materiales" (BOE nº 175, 20 de Julio 1996).

<sup>174</sup>. - GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 227.

<sup>175</sup>. -Cfr. ALARCON CARACUEL, M.R., "La clasificación...", op. cit. pag. 144.

<sup>176</sup>. - LOPEZ TARRUELLA, F., "Clasificación profesional y promoción en el trabajo", op. cit. pag. 213.

Por tanto, de no establecer un idéntico derecho para aquellos otros trabajadores distintos del que desempeñe las funciones superiores, y que en cambio poseen un mejor derecho al ascenso supondría, en palabras de SALA FRANCO, "perpetuar estas situaciones en detrimento de los trabajadores mejor situados para el ascenso"<sup>177</sup>.

Entre los trabajadores que podrían poseer un mejor derecho no a ascender en la clasificación profesional, sino a solicitar el reingreso a su puesto de trabajo, que originó una vacante, se encontrarían aquellos cuyo contrato se encontrase en suspenso (y cuyas funciones han sido sustituidas por otro trabajador de la empresa) como consecuencia de alguna de las causas de suspensión previstas en el artículo 45.1 del ET. Con respecto de estos trabajadores, con el contrato en suspenso, el propio ET reconoce toda una serie de derechos que variarán según la causa de suspensión y a efectos de reclamar la cobertura de la vacante.

En los supuestos de excedencia forzosa, bien por designación de cargo público (art. 46.1 del ET), bien por ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior (art. 46.4 del ET en conexión con el art. 9.1 b) LOLS), bien como consecuencia de una excedencia por hijos durante el primer año (art. 46.3), los trabajadores tendrán derecho "*a la reserva del puesto de trabajo*", es decir a la "*conservación*" del mismo.

También conserva un derecho "*a la reserva del puesto de trabajo*" el trabajador que, declarado en invalidez permanente, su situación de incapacidad sea susceptible de revisión por mejoría que permita la reincorporación a su anterior puesto. En todos estos casos, el trabajador sustituido ostenta un derecho a reingresar a su "puesto de trabajo", un puesto que provisionalmente se ha configurado como una vacante en la empresa que ha podido ser ocupado por un trabajador de inferior categoría.

En los supuestos de excedencia voluntaria, al trabajador se le concede solamente "*un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*" (art. 46.5 del ET). Redacción similar a la establecida para la excedencia voluntaria, pero no idéntica es la establecida por el legislador en los casos de excedencia por hijos durante el segundo y tercer año en los cuales "*la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente*". En estos casos, el perfil de la vacante a reclamar (sobre la que ya no se tendrá un derecho de reserva, sino de preferente reingreso) será más laxo y ya no habrá de coincidir con el concreto puesto de trabajo.

---

<sup>177</sup>.- Cfr. SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional" en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 74.

b) La segunda de las consecuencias derivada de la previsión normativa es que, de entenderse que la reclamación de la cobertura de la vacante puede ser una opción colectiva (ejercida por un trabajador o trabajadores distintos a los destinados a funciones superiores), se echa a faltar un límite temporal que determine en qué momento decae la garantía que tienen terceros trabajadores de reclamar la cobertura de la vacante cuando el ascenso no se haya producido conforme a las reglas convencionales<sup>178</sup>.

Recordemos en este punto que también el legislador establece toda una serie de plazos, mejorables por negociación colectiva, en los que el trabajador puede solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo cuando cesara la causa de suspensión de su contrato. Estos plazos, que se identifican con "*treinta días naturales*" (art. 48.3 del ET), o con "*el mes siguiente*" (art. 9.1 b) LOLS), serán de aplicación para reclamar la cobertura de la vacante siempre que concurra la oportuna causa de suspensión (prestación del servicio militar o prestación social sustitutoria, ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales de ámbito provincial o superior).

Pasando a analizar los efectos jurídicos propios de la promoción automática, cabe señalar que el "*ascenso*" y "*la cobertura de la vacante*" parecen ser las dos realidades jurídicas que acoge la norma, y que pueden ser objeto de reclamación por el trabajador. Sin embargo, las posiciones doctrinales no son del todo unánimes.

Para un sector de la doctrina se trata de una opción que corresponde al trabajador, de modo que, una vez transcurrido el período legal, él mismo podrá o reclamar el "*ascenso*" o "*la cobertura de la vacante*"<sup>179</sup>. La expresión "*o, en todo caso*" tendría un valor disyuntivo.

---

<sup>178</sup>. - Como indica CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 209, "no es lógico que, si los terceros interesados en ascender, cubriendo la vacante otorgada de hecho por el empresario al movilizado irregularmente, no han ejercitado la acción que les corresponde (para hacer desaparecer esa situación irregular y rescatar la oportunidad del ascenso mediante una nueva provisión de la vacante) el interés de esos terceros pueda mantener indefinidamente su virtualidad obstaculizadora del ascenso del trabajador, que fue irregularmente movilizado"... "El silencio de la ley tal vez se podría solucionar por vía jurisprudencial... entendiéndose que, transcurrido el plazo de la prescripción extintiva de la acción de los terceros para impugnar la movilización irregular y reclamar la provisión de la vacante, la situación del irregularmente movilizado debe estimarse definitivamente consolidada, e inexistentes los obstáculos para que éste pueda obtener el ascenso..."

<sup>179</sup>. - MARTIN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 540, para quien lo primero "si a ello no obsta lo dispuesto en CC" y lo segundo "conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa". MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 419. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 253.

Otro sector doctrinal ha entendido que el trabajador no ejercita tanto una opción o una elección sino que puede adoptar una decisión acumulativa y por tanto podrá reclamar el "ascenso" y también podrá pedir "la cobertura de vacante"<sup>180</sup>. La expresión "o, en todo caso", tendría aquí un valor acumulativo.

Un tercer sector doctrinal ha entendido que el trabajador, una vez transcurrido el período legal, podrá reclamar el ascenso, y sólo si por las reglas convencionales ello no es posible, es decir, en caso de imposibilidad del ascenso, podría entonces el trabajador reclamar la cobertura de vacante. La expresión "o, en todo caso" tendría aquí un valor subsidiario<sup>181</sup>.

Un cuarta posición doctrinal entiende que el trabajador mantiene siempre y "en todo caso" un derecho a reclamar la cobertura de la vacante y que es el derecho a reclamar el ascenso el que podrá o no ejercitar, según lo que diga el convenio colectivo<sup>182</sup>. La expresión "o, en todo caso" sería interpretada en un sentido literal. Avala esta interpretación el hecho de que el carácter dispositivo de los plazos por parte de la negociación colectiva entiende la norma que lo será a los solos "efectos de reclamar la cobertura de las vacantes", pero no

---

<sup>180</sup>.- ALVAREZ SACRISTAN, I., "La clasificación profesional...", op. cit. pag. 443., URESTE GARCIA, C., "La movilidad funcional", ponencia presentada en las Jornadas sobre "Aspectos del poder de dirección del empresario tras la Reforma laboral", Madrid, 14 y 15 diciembre 1995, en prensa. ALEMAN PAEZ, F., "La nueva clasificación profesional...", op. cit. pag. 234. Del mismo autor *El encuadramiento profesional*, op. cit. pag. 279: "la ley reconoce pues un doble derecho instrumental: un derecho a reclamar directamente el ascenso o, en todo caso, un derecho a reclamar ante la empresa la cobertura de la vacante".

<sup>181</sup>.- ALARCON CARACUEL, M.R., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 144. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 838. GARCIA FERNANDEZ, M., "Movilidad funcional", op. cit. pag. 226. DEL REY GUANTER, S., "Movilidad funcional...", op. cit. pag. 203. Entiende este autor que con ello se pone fin a una larga problemática jurisprudencial al respecto y especialmente en el ámbito de los CC del personal laboral de las Administraciones Públicas. LOPEZ TARRUELLA, F., "Clasificación profesional y promoción en el trabajo", op. cit. pag. 213, señalando que el trabajador podría reclamar la cobertura de la vacante, no solamente en caso de que las reglas convencionales no permitiesen reclamar el ascenso, sino también cuando "el trabajador no desee reclamar el ascenso".

<sup>182</sup>.- En este sentido CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación...*, op. cit. pag. 27, para quien el art. 39.4 permite al trabajador solicitar y obtener el ascenso si a ello no obsta lo dispuesto en CC "o, al menos, la apertura del procedimiento previsto por las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa para la cobertura de la vacante...". SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional", en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 73. ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 282. MARTINEZ ABASCAL, V.A., *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pag. 110 y "La reforma de la movilidad...", op. cit. pag. 343, señalando que "el transcurso de este lapso, faculta al trabajador para reclamar el ascenso o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente". DE SOTO RIOJA, S., "El contenido de la prestación...", op. cit. pag. 32, entiende que el trabajador tendrá derecho al ascenso por el transcurso de los plazos reglamentarios "si a ello no obsta lo dispuesto en Convenio Colectivo, o en todo caso (a) la cobertura de la vacante...."

a los efectos de reclamar el ascenso (que podrá reclamarse o no). No obstante ser ello cierto, y si bien la posibilidad de alterar convencionalmente los plazos está referida en el precepto únicamente respecto a la reclamación de cobertura de la vacante, cierta doctrina entiende que no habría impedimento para efectuar un pacto similar respecto a la reclamación del ascenso<sup>183</sup>.

Un quinto sector doctrinal no hace especial hincapié en la diferencia entre "*ascenso*" y "*la cobertura de la vacante*" viniendo implícitamente a identificar ambas figuras<sup>184</sup>, extremándose esta postura por quienes entienden que aquello a lo que tiene derecho el trabajador es únicamente a "*reclamar el ascenso*", de modo que el ascenso solo procederá concederlo cuando no lo impidan las normas del convenio colectivo que regulan la materia, o las de "*cobertura de vacantes*" aplicables en la empresa<sup>185</sup>. La expresión "*o, en todo caso*" configuraría a las reglas sobre cobertura de vacantes como una excepción a la consolidación del ascenso.

Para solventar el dilema hasta ahora expuesto se hace necesaria una integración de este párrafo del artículo 39.4 del ET, junto con el artículo 24 del ET, que regula el ascenso, y el artículo 22.1, que regula la clasificación profesional. Se hace por tanto necesario integrar los efectos de la promoción automática (ascenso y cobertura de la vacante) con la naturaleza normativa de las fuentes en las que se regulan los límites a los mismos (convenio colectivo y acuerdo de empresa) tal y como veremos a continuación.

#### 6.2.5.2.- Límites de la promoción automática:

El artículo 24 del ET remite la regulación de los ascensos a lo que "*se establezca en convenio, o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores*". Paralelamente, el artículo 22.1 del ET establece a su vez que el sistema de clasificación profesional se fijará mediante "*la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores*".

---

<sup>183</sup>.- SALA FRANCO, T., "La movilidad funcional..." en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pag. 74. MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional", op. cit. pag. 599.

<sup>184</sup>.- SENRA BIEDMA, R., "Promoción profesional, movilidad funcional...", op. cit. pag. 27: "los derechos a la promoción profesional se concretan en la posibilidad de solicitar el ascenso (si el mismo procede según lo establecido en CC) una vez transcurrido el período de carencia que es idéntico al de la legislación anterior..."

<sup>185</sup>.- RIVERO LAMAS, J., "La movilidad funcional...", op. cit. pag. 704. FERNANDEZ MARCOS, L., "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma...", op. cit. pag. 104.

De forma paradójica, cuando el artículo 39.4 recoge la facultad que tiene el trabajador de reclamar el ascenso lo hace refiriéndose al convenio colectivo, omitiendo cualquier referencia al acuerdo de empresa<sup>186</sup>. Y cuando, acto seguido, recoge la facultad que tiene el trabajador de reclamar la cobertura de la vacante lo hace en referencia a las reglas en materia de ascensos aplicables a la empresa (por tanto aludiendo a las reglas fijadas en el acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores) y omitiendo cualquier referencia al convenio colectivo.

Sin embargo, para quien pudiera interpretar que de este modo la cobertura de la vacante sólo se produciría en defecto de una regulación del sistema de ascensos por parte del convenio colectivo, y únicamente según lo establecido en el correspondiente acuerdo de empresa, el artículo 39.4 "in fine" desbarata esta interpretación y utiliza la expresión genérica "*negociación colectiva*" (comprendiva por tanto del convenio como del acuerdo de empresa) a la hora de dispositivizar los plazos para reclamar la cobertura de vacante<sup>187</sup>.

Todo ello nos lleva a la siguiente conclusión:

La correcta interpretación de la norma es que, transcurridos los plazos legales, el trabajador podrá reclamar el ascenso si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo, o en su defecto las reglas en materia de ascensos derivadas del acuerdo colectivo entre empresa y representantes de los trabajadores. Otra opción alternativa que tiene el trabajador es la de reclamar la cobertura de vacante que se ha ido configurando en la empresa por el desempeño de funciones superiores conforme a las reglas en materia de ascensos previstas

---

<sup>186</sup>. - Como indicara CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 206, "¿quiere eso decir que sólo del Convenio Colectivo puede provenir, en su caso, el obstáculo referido en la ley y que no tiene significación al respecto la regulación del sistema de ascensos establecida en defecto de Convenio, en el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores?". Ante esta cuestión, responde el autor que "un criterio de lógica sistemática aconseja entender que la omisión de la referencia a ese acuerdo en el art. 39.4, y la limitación de aquélla al Convenio Colectivo, es intrascendente, y que en la alusión a éste debe comprenderse también dicho acuerdo". En el mismo sentido ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 202, para quien, en la medida que según el nuevo art. 24 las reglas de los ascensos pueden ser negociadas en convenio o en su defecto por acuerdo entre la empresa y los representantes, "es de imaginar que por ello el art. 39.4 habla de las reglas de ascenso aplicables en la empresa". ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pag. 282.

<sup>187</sup>. - Hubiera sido más correcto que la Ley utilizase una expresión constante a lo largo de los arts. 22, 24 y 39.4 aludiendo siempre a la "negociación colectiva, o en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores", en vez de alternar expresiones distintas con referencias a las fuentes del establecimiento de un mismo sistema de clasificación profesional, del que el régimen de ascensos es un contenido particular. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 206.



en convenio colectivo, o , en su defecto, según las reglas previstas en el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Es decir, de "lege ferenda" cabría que, transcurridos los plazos legales, el trabajador pudiera reclamar el ascenso, o la cobertura de la vacante, si a ello no obsta la regulación establecida para los ascensos, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del ET. En cualquier caso ambos mecanismos permiten cubrir internamente los puestos vacantes, sin necesidad de acudir a contrataciones externas.

### 6.2.5.3.- Los límites legales y convencionales en materia de ascenso.-

Los límites que la regulación del precedente artículo 23.3 del ET utilizaba a la hora de evitar la producción de los efectos de la promoción automática eran descritos mediante los términos: "*no proceda legal o convencionalmente el ascenso*". Pasemos a analizar la incidencia del límite legal para posteriormente estudiar la limitación convencional.-

#### 1.- Valoración del límite legal a la promoción automática.-

La actual redacción prescinde de cualquier referencia a la norma "*legal*" como posible obstáculo que la misma pudiera establecer a la promoción automática y se ciñe única y exclusivamente a las reglas que en materia de ascensos pudiera establecer el convenio colectivo (o en su defecto el acuerdo de empresa). Ello impone analizar las repercusiones que la ausencia de un obstáculo legal expresamente señalado por la norma puede acarrear en la materia objeto de estudio.

El que el actual artículo 39.4 del ET prescinda de cualquier referencia a los límites que la norma legal pueda establecer en materia de ascensos no debe entenderse como una concesión a la negociación colectiva para que inobserve los criterios legales rectores de los ascensos y permitir con ello un uso de la promoción automática desconociendo las previsiones de la norma legal. Como indica CONDE MARTIN DE HIJAS, lo lógico es entender que también los criterios legales fijados por el artículo 24 en materia de ascenso "deben obstaculizar el que se reclame sobre la base del artículo 39.4, si la movilización funcional subyacente no los ha respetado, pese a que en este artículo se silencia ese posible obstáculo"<sup>188</sup>. Por todo ello cuando el artículo 24 alude a que "*en todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta...*" nos encontraremos ante una norma legal de necesario respeto por parte de la negociación colectiva.

---

<sup>188</sup>.-Cfr. CONDE MARTIN DE HIJAS, "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 207.

El respeto al principio de legalidad como límite para consolidar el ascenso ha encontrado jurisprudencialmente su plasmación en aquellos casos en que el trabajador presta sus servicios para la Administración Pública. En tales casos la jurisprudencia (sentada con la STS de 27 de Diciembre de 1991, r.a. 9105) ha señalado reiteradamente como los principios de publicidad, igualdad, capacidad y mérito (principios que rigen esencialmente para los funcionarios públicos), resultan aplicables también a los trabajadores sujetos a relación laboral, en aquellos casos en que se pretenda consolidar el ascenso<sup>189</sup>. Adicionalmente, el artículo 39.3 del ET regula toda una serie de límites aplicables tanto a los supuestos de "ius variandi in melius" como a los de "ius variandi in peius", y que son en este punto extrapolables aquí.

La falta de referencia por parte del legislador de 1994 al obstáculo legal como límite a la eficacia de la promoción automática deja sin solventar el papel que desempeña uno de los límites legales reconocidos tradicionalmente por la doctrina: la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo<sup>190</sup> (tal y como dispone el art. 48.1 del ET), límite que aparece sin embargo reconocido de manera expresa por el artículo 13 del Statuto dei Lavoratori italiano.

Pese al silencio del artículo 39.4 del ET al respecto (silencio que también guardó el anterior art. 23) y pese a que la norma omite cualquier referencia a dicho obstáculo legal, expresamente previsto en el artículo 48.1 del ET, cabe entender "en una interpretación armónica del mandato legal", que, pese al transcurso de los plazos legales el trabajador no consolidará su ascenso, aún tras haber realizado funciones superiores, cuando hubiera sustituido a un trabajador cuyo contrato se halle en suspenso y mantuviera un derecho a la reserva de su puesto de trabajo<sup>191</sup>. Se ha entendido que en estos casos, lo más que se le podría reconocer al trabajador es la percepción de la retribución correspondiente a la plaza desempeñada<sup>192</sup>, lo que en definitiva supone reconocer una eficacia parcial a la promoción automática, admitiendo el efecto patrimonial, pero no el efecto jurídico clasificatorio

---

<sup>189</sup>.- Vid. entre otras: STSJ Castilla y León, de 27 de Enero de 1992 (R.A. 119), STSJ Galicia, de 26 de Febrero de 1992 (R.A. 732), STSJ Andalucía (Sevilla) de 9 de Marzo de 1993 (R.A. 1602), STSJ Madrid, de 26 de Octubre de 1993 (R.A. 4675), STSJ de La Rioja, de 10 de Noviembre de 1993 (R.A. 4720).

<sup>190</sup>.- CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 401. VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales y ascensos", op. cit. pag. 278.

<sup>191</sup>.- Cfr. MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional...", op. cit. pag. 600. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional...", op. cit. pag. 209.

<sup>192</sup>.- MARTINEZ GARRIDO, L.R., "La nueva movilidad funcional...", op. cit. pag. 600. CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 402.

(consolidación de la plaza). El fundamento de esta figura es el de evitar un conflicto de intereses: el del trabajador sustituido que mantiene un derecho a la reserva de su puesto de trabajo una vez finalizado el período de suspensión de su contrato, y el del trabajador sustituto que ostenta un derecho a consolidar el ascenso transcurrido el arco temporal<sup>193</sup>.

Pese a la falta de previsión normativa, este obstáculo legal contiene una enorme problemática que conviene precisar.

El ET recoge en su artículo 15.1 c) una modalidad de contrato temporal: el contrato de interinidad, al que el empresario puede acudir cuando pretenda sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo. Por tanto, la sustitución de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo puede realizarla el empresario, bien acudiendo a esta modalidad contractual, o bien sin necesidad de incorporar a ningún trabajador desde fuera de la empresa y a través de un contrato, sino exigiendo el desempeño de las funciones superiores a otros trabajadores de la misma empresa. Sin embargo (y pese a las similitudes que puedan plantearse) la diferencia fundamental que separa el contrato de interinidad del supuesto de movilidad es que mientras que en el primer caso lo que en última instancia se decide es la extinción o la subsistencia del contrato del sustituto dependiendo de la reincorporación o no del sustituido, aquí lo que se decide es si a tenor del artículo 39.4 del ET el trabajador tiene derecho a consolidar la categoría superior, que transitoriamente desempeña, pero en ningún caso se decide la subsistencia o extinción de su vínculo contractual<sup>194</sup>.

Las causas de suspensión que dan derecho a la reserva de puesto de trabajo aparecen descritas en el artículo 45 del ET, aunque algunas de ellas son más idóneas que otras a la hora de operar como límites a la eficacia de la promoción automática. Tres son los problemas abordados por la doctrina italiana en este punto, y que son extrapolables a la vez a nuestro

---

<sup>193</sup>. - CRUZ VILLALON, J., *Las modificaciones...*, op. cit. pag. 402, entendió que de no incluir este obstáculo como límite al ascenso, no se podría respetar el derecho a la reserva de puesto de trabajo expresamente reconocido por el art. 48.1 del ET, convirtiéndose la suspensión en una mera excedencia con derecho al regreso cuando existiera vacante. GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, op. cit. pag. 333. LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 211, para quien: "si es verdad que para el trabajador, el aspecto desfavorable del desempeño de funciones superiores reside en la injusta incertidumbre acerca de la propia situación contractual (debida a la escasa capacidad de control sobre la subsistencia de las razones que justifican el cambio), la "ratio" de la previsión que se examina opera incluso en los casos en que no existe una incertidumbre sobre la causa, sino que se conoce claramente ésta (como es la sustitución de un trabajador). MARESCA, A., "La promozione...", op. cit. pag. 443.

<sup>194</sup>. - BARREIRO GONZALEZ, G., *La sustitución del trabajador con derecho de reserva. El contrato de interinidad*. Ed. Civitas, Madrid, 1985, pag. 77.

ordenamiento jurídico:

a) El primero consiste en determinar si opera como límite a la promoción automática la sucesión en cascada, es decir, que un trabajador de la empresa sea destinado a realizar las funciones superiores del trabajador con derecho a reserva de puesto, y que a su vez, las funciones del sustituto sean desempeñadas por otro trabajador de categoría profesional inferior y así sucesivamente. En la medida en que el sustituto del trabajador con derecho a reserva de puesto no posee un derecho a que se le reserve el puesto de trabajo, su sustituto podría, con el transcurso del tiempo, consolidarlo y reclamar su derecho a la promoción automática. Esta posibilidad sería excesivamente gravosa para el empresario que, al reincorporarse el trabajador con derecho de reserva, se vería con un nuevo esquema organizativo compuesto por niveles superiores.

Del mismo modo que en el ordenamiento jurídico italiano, nuestro artículo 39.4 del ET permite, de producirse una sustitución en cascada, varias soluciones: o bien entender que la misma sería admisible siempre y cuando el sustituido (que mantenía un derecho a la reserva de su puesto de trabajo) no fuera destinado a su categoría profesional originaria<sup>195</sup>; o bien entender que cabría excluir la promoción automática en aquellos casos en los que la intención del empresario no fuera la de reconocer y, por tanto, la de satisfacer el interés del trabajador sustituto en consolidar el ascenso<sup>196</sup>.

b) Como consecuencia del problema de la sucesión en cascada se ha planteado igualmente si el último de los puestos de trabajo derivado de esas sustituciones (por tanto el puesto de categoría más inferior) podría cubrirse a través de un contrato de interinidad. De entenderse que ello es posible, el problema vendría de la mano del propio artículo 15.1 c) del ET que impone preceptivamente que en el contrato de interinidad se especifique el nombre del trabajador sustituido, y la causa de la sustitución, cuando en realidad se estaría contratando a un trabajador para adscribirlo a un puesto de trabajo inferior respecto de aquel ocupado por el trabajador cuya sustitución ha provocado la sustitución en cascada.

---

<sup>195</sup>.- GHEZZI, G., ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro...*, op. cit. pag. 162.

<sup>196</sup>.- LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 214, quien de modo ejemplificativo señala que "si la enfermedad del trabajador con derecho a la reserva de puesto impide la eficacia de la promoción automática por parte del trabajador sustituto, no se ve por qué no deba impedirle también en la relación del sustituto del sustituto", TREU, T., *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 214. GALANTINO, L. *Diritto del lavoro*, op. cit. pag. 252.

Como indica LISO<sup>197</sup>, cabrían varias interpretaciones: entender que subsiste el principio de la sustitución personal y por tanto el interino debería ser contratado para desempeñar "ab initio" las funciones del trabajador sustituido con derecho de reserva al puesto de trabajo (y que sólo desde esa posición podría ejercitarse el "ius variandi"); entender que no opera el principio de la sustitución personal, y por tanto el empresario no tendría la obligación de destinar al interino a desempeñar las funciones del trabajador sustituido con derecho de reserva de puesto<sup>198</sup>; o entender que es una cuestión que no concierne ni al interino que sustituye indirectamente al trabajador con derecho de reserva, ni al sustituto directo del trabajador con derecho de reserva, sino al resto de los trabajadores que desarrollan categorías superiores en sustitución de sus compañeros, los cuales serían a su vez los únicos que consolidarían el ascenso de verificarse los presupuestos temporales del artículo 39.4 del ET, y ello porque se trataría de trabajadores que no ostentarían un derecho a la reserva de puesto y por tanto no caerían dentro del impedimento legal a la promoción automática<sup>199</sup>.

c) El tercero de los problemas está relacionado con el elemento temporal de la promoción automática, y consiste en determinar qué es lo que ocurre en aquellos casos en los que el trabajador cuyo contrato se halla en suspenso pierde el derecho a la reserva de su puesto de trabajo (bien porque su contrato finaliza, bien porque es despedido, etc). En concreto se plantea la duda acerca del momento a partir del cual debe entenderse que transcurre el período de tiempo a los fines de la promoción automática para el trabajador sustituto, es decir, si el trabajador sustituto, transcurridos en este caso los períodos temporales, consolida el ascenso. Al respecto, son tres las opciones doctrinales:

Según la primera, defendida por LISO, una vez que el trabajador sustituido pierde su derecho a la reserva de puesto de trabajo, el trabajador sustituto podrá consolidar el ascenso transcurridos los períodos temporales (6 meses en un año u 8 meses en dos años) desde que desarrolló funciones superiores. Una concepción de este tipo configuraría el transcurso del tiempo como un dato objetivo, cuya superación permitiría demostrar la idoneidad del trabajador en el desarrollo de las funciones superiores, siendo el razonamiento el siguiente: puesto que la "ratio" de la norma es impedir la consolidación del ascenso por parte del trabajador que sustituye a otro con reserva de puesto de trabajo, lo que en definitiva hace la norma es evitar un potencial conflicto de intereses entre los trabajadores involucrados (sustituto y sustituido) de modo que cuando el conflicto de intereses decae (porque el

---

<sup>197</sup>.- LISO, F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit. pag. 214 y ss.

<sup>198</sup>.- GHEZZI, G., ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro...*, op. cit. pag. 163.

<sup>199</sup>.- MARESCA, A., "La promozione...", op. cit. pag. 448 y ss.