

LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA FUNCION - CATEGORIA POR EJERCICIO DEL *IUS* *VARIANDI* EMPRESARIAL

SUMARIO:

1. *Delimitación del tema.*—2. "*Ius variandi*" y cambio de funciones: 2.1. Configuración jurídica del *ius variandi* objetivo. 2.2. Tipología del *ius variandi*. 2.3. La noción de cambio vertical de funciones: la dificultad práctica de su precisión. 2.4. Clasificación profesional y cambio de funciones.—3. *Límites al ejercicio del poder de variación*: 3.1. La temporalidad del cambio. 3.2. La urgente necesidad. 3.3. Otros límites: a) La formación profesional. b) El respeto a la dignidad del trabajador.—4. *Efectos del poder de variación*: 4.1. Efectos jurídicos-clasificatorios. 4.2. Efectos jurídicos-patrimoniales: a) Durante el período de ruptura del principio de correspondencia función-categoría. b) Recobrada la eficacia del principio de correspondencia función-categoría. 4.3. Otros efectos.—5. "*Ius variandi*" y "*ius resistendi*".—6. *Conclusiones y propuestas de "lege ferenda"*.

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

En el contrato de trabajo, la determinación de la prestación laboral se efectúa, desde una perspectiva temporal, en el momento constitutivo de la relación obligatoria, y desde una perspectiva material, asignando al trabajador una categoría profesional paralela a las funciones pactadas (1).

Si bien no es lícito negar la validez teórica de un objeto contractual de-

(1) Tradicionalmente, la doctrina laboralista ha descrito analíticamente el momento de la determinación del objeto de la obligación de trabajar a través de dos criterios: a) Uno cualitativo, que atiende al tipo o clase de trabajo a realizar, y b) Otro cuantitativo, que afecta al *quantum* de trabajo que el deudor ha de efectuar durante el período de ejecución del contrato. Vid. F. GUIDOTTI: «Sulla determinazione qualitativa de la prestazione di lavoro nel contratto di lavoro», en *Riv. di lav.*, 1950, pág. 30; A. ARANGUREN: *La cualifica nel contratto di lavoro*, Milán (Giuffrè), 1961, págs. 1 y siguientes; C. ASSANTI: *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milán (Giuffrè), 1961, págs. 51-83, y M. C. PALOMQUE LÓPEZ: «El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional», en *RPS*, núm. 95, 1972, pág. 81.

Estos dos criterios no pueden entenderse como contrapuestos o en situación de recíproca exclusión, ya que «para la cualificación del exacto cumplimiento, una determinación cualitativa de la prestación va implícita en el acto en el que tiene lugar la individualización cuantitativa». Cfr. G. GIUGNI: *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Nápoles (Jovene), 1963, pág. 125.

terminado con relación a una pluralidad de cometidos, incluidos parcial e totalmente en el ámbito funcional de varias categorías (trabajos de mecanografía y conducción de vehículos —administrativo y conductor—, de atención de clientes y contabilidad —dependiente y administrativo—, etcétera) (2), ni de otro prefigurado con referencia a una pluralidad de tareas incluidas sólo parcialmente en el marco funcional de una categoría (3), hay que reconocer que la categoría profesional queda configurada jurídicamente como la representación sintética de las funciones para las que el trabajador es asumido en la Empresa.

Razones de seguridad jurídica, de economía contractual y de técnica legislativa justifican que en el plano de la normalidad, que es el que se tiene en cuenta para la construcción de los Institutos jurídicos (4), las funciones, cometidos o tareas de asunción —«clase de trabajo» a que aluden los artículos 16.1 y 75.5 de la LCT y «trabajo pactado» al que se refiere el apar. b)

(2) Este fenómeno se conoce con el nombre de «cúmulo de funciones intercategoriales», y los problemas que plantea no son tanto de determinación de la prestación cuanto de clasificación profesional. Los criterios que se pueden seguir para dar solución al tema en caso de conflicto son: a) De «prevalencia», adoptado cuando las funciones son complementarias entre sí. Para proceder a la asignación de categoría se valoran los aspectos cuantitativos, atendiendo no solamente al tiempo de duración de las funciones dentro de la jornada, sino contemplando también la entidad de cada función (vid. STCT, 21-4-1971, JS, núm. 46.207-71 y STS (4.ª), 22-12-1970, Ar. 5.550, que acogen el criterio de la principalidad cuantitativa temporal y funcional respectivamente); b) De «preeminencia», adoptado cuando las funciones son autónomas entre sí. En este caso, se valoran los aspectos cualitativos, examinando la posición del trabajador dentro del complejo empresarial (en cierto sentido, STS (4.ª), 11-10-1973, Ar. 3.579). Vid. ampliamente en A. ARANGUREN: «Il diritto alla qualifica e i pretesi limiti derivanti da nuovi sistemi retributivi», en *Riv. dir. lav.*, núm. 2-3, 1962, páginas 222-223, y D. NAPOLETANO: «Categorie, qualifiche e mansioni en el rapporto di lavoro», en *Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale*, dirigido por este mismo autor, vol. 6.º, Roma (Pem), 1968, pág. 45.

(3) Vid. STS (6.ª), de 21-4-1967, Ar. 1970 («... por lo que no corresponde a la esfera de lo puramente potestativo la imposición al obrero, contra su voluntad, de una clase de trabajo distinta a la que constituye el objeto de la relación laboral vincularse...», aun si mantiene la categoría reglamentaria...») y STS (4.ª), 10-12-1973, Ar. 5.050, que consagra el principio de libertad contractual y la compatibilidad entre funciones reglamentarias y contractuales no descritas en las enunciaciones de las actividades-tipo («... lo que induce a estimar compatibles funciones reglamentariamente enunciadas para definir una categoría profesional con otras voluntariamente pactadas siempre que no sean contradictorias por su índole y completen en tracto sucesivo la jornada laboral...»).

(4) Sobre el criterio de la normalidad para la elaboración de las figuras jurídicas, vid. W. BIGIAMI: «Normalità e anormalità nella costruzione giuridica», en *Riv. dir. civ.*, I, 1968, págs. 518-536.

del art. 73 de la misma ley— se correspondan con las descritas para la categoría contratada, en los diversos niveles normativos (RT, CC, RRI).

La categoría profesional cumple, pues, una doble misión en el plano contractual. Por un lado, favorece el proceso determinativo de la prestación (5), designando el conjunto de cometidos a que el trabajador queda obligado. Por otro, encauza dentro de unos límites precisos el poder de especificación del empresario, que podrá modalizar y acomodar los singulares comportamientos a las necesidades de su organización, sin alterar el objeto contractual. Y, todo ello, sin olvidar que la categoría determina, además, un haz de derechos y obligaciones de naturaleza varia.

Estas dos misiones de la categoría profesional no actúan por cauces distintos, sino que más bien constituyen el anverso y reverso de una misma moneda. A la obligación que pesa sobre el acreedor-empresario de respetar la determinación objetivo consensual corresponde un derecho del deudor-trabajador a ostentar categoría concorde a las funciones desempeñadas (principio de equivalencia función-categoría) (6).

Ocurre, sin embargo, que la construcción jurídica de este principio no queda enunciada en términos absolutos, quebrando en aquellos casos en los que el trabajador realiza funciones distintas de las descritas en la categoría pactada.

Una originaria identidad entre función y categoría y una posterior mu-

(5) Si bien la categoría puede encuadrarse, bajo esta perspectiva, en la fenomenología del proceso determinativo de la prestación, no por ello debe confundirse, como hace un amplio sector doctrinal, el momento de la determinación de la prestación con el de la asignación de la categoría. Cfr. ARANGUREN: *La cualifica...*, cit., pág. 39; F. MARAVALL CASESNOVES: «División del trabajo, calificación profesional y *ius variandi*», en CPS, núm. 29, 1956, pág. 55, y G. MAZZONI: *Manuale di diritto del lavoro*, 3.^a edición, Milán (Giuffrè), 1969, pág. 426. Como acertadamente señala U. ROMAGNOLI («La job evaluation nell'esperienza giuridica italiana», en *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1967, pág. 936), «el momento de la asignación de la categoría sigue al momento constitutivo de la determinación de la prestación»; en parecidos términos, distinguiendo ambos momentos, vid. C. ASSANTI y G. PERA: *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padua (Cedam), 1972, págs. 141-142.

(6) Vid. STS (4.^a), 27-6-1973, Ar. 3.277 («Que la indiscutible libertad de la empresa para cambiar los factores de producción y su derivada facultad de organizar el trabajo con criterios económicos, no interfiere ni puede alterar las bases y condiciones jurídicas integradas en los contratos laborales, entre ellos el derecho del trabajador a ostentar clasificación profesional concordante a las funciones..., conforme al principio de equivalencia función-categoría») y 10-11-1973, Ar. 4.667 («Que el principio de equivalencia función-categoría... produce el efecto de consolidar el trabajador las funciones que, normativamente definidas, vino desempeñando...»). Vid., también, M. RODRÍGUEZ PIÑERO: *Apuntes de Derecho del Trabajo*, Sevilla (edic. multiplicada), s/l., página 182.

tación de funciones son los presupuestos materiales que enmarcan la ruptura del principio de correspondencia función-categoría que, por otra parte, puede actuarse a través de muy variados instrumentos jurídicos.

En el presente artículo se va a examinar la quiebra del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial. De esta forma quedan excluidos de nuestra investigación aquellos supuestos:

a) Debidos a la voluntad de las partes, a autorización administrativa, al ejercicio del poder disciplinario y a razones de carácter social.

b) Debidos al *ius variandi* empresarial, pero que no disocian las funciones de la categoría, exigiendo al trabajador el desempeño de cometidos distintos de los habitualmente prestados, aunque de igual valor categorial (7).

Por lo demás, la asignación de trabajos que rompen la ecuación función-categoría origina una tipología de situaciones diversamente caracterizadas según que las nuevas tareas se correspondan con categoría superior (cambio ascendente) o con categoría inferior (cambio descendente).

2. «IUS VARIANDI» Y CAMBIO DE FUNCIONES

2.1. Configuración jurídica del "ius variandi" objetivo

Los límites y contenido de la prestación debida pueden ser alterados por el ejercicio del *ius variandi* empresarial o poder de variación unilateral del empresario, único agente modificador (8) en el ámbito del contrato de trabajo (9). La alteración se extiende a los diversos elementos que componen la

(7) Estos supuestos de movilidad se conocen con el nombre de «horizontales o laterales». Cfr. U. ROMAGNOLI: «La disciplina dei mutamenti di mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, núm. 2, pág. 339.

(8) El ejercicio del poder de variación corresponde exclusivamente al acreedor de trabajo, no admitiéndose, en consecuencia, alteraciones del contenido contractual por voluntad del trabajador. Vid. A. MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección del empresario*, Madrid (IEP), 1965, pág. 165, y J. RIVERO LAMAS: *La novación del contrato de trabajo*, Barcelona (Bosch), 1963, pág. 198.

(9) El poder de modificar unilateralmente el contenido contractual no es exclusivo del contrato de trabajo. En general, sobre si los supuestos de *ius variandi* ajenos al contrato de trabajo tienen con él una identidad estructural o es la suya una mera afinidad semántica, vid. GIUGNI, *Op. cit.*, págs. 235 y sigs.

relación obligatoria: forma, tiempo, lugar y, fundamentalmente, tipo o clase de trabajo a realizar (10).

Esta última manifestación del *ius variandi*, denominado objetivo o profesional (11), supone la mutación o cambio de los cometidos o tareas pactadas, pudiendo ser asignado el trabajador a funciones superiores, inferiores o distintas de las normales. El criterio de la normalidad queda contrastado, en los supuestos de cambios verticales que son los que aquí interesan, con referencia a las funciones propias de la categoría profesional, según la enumeración que de las actividades-tipo efectúan las disposiciones reglamentarias; bien entendido, a estos efectos, que las operaciones comprendidas en el marco de la categoría no suponen una enumeración exhaustiva, ya que «son enunciativos los cometidos asignados a cada categoría y especialidad, pues todo trabajador está obligado a efectuar cuantos trabajos y operaciones le ordenen dentro de los generales cometidos de su competencia» (12).

La doctrina ha polemizado en torno a si ese «baluarte» empresarial que es el poder de variación unilateral del empresario (13) «no puede ser eliminado sino eliminando la realidad misma de la Empresa en que se desarrolla el trabajo por cuenta ajena» (14), o, por el contrario, se trata de un poder que, surgido históricamente para defender el interés de una de las partes del contrato, y mantenido actualmente gracias a una confusa, a la vez que contradictoria, configuración de la Empresa como institución organizada, puede desaparecer por simple elección política del legislador (15), sin que con ello se desnaturalice la dinámica de la organización de trabajo.

En este orden de cosas pienso que ambas tesis son defendibles y obje-

(10) Cfr. por todos, L. E. DE LA VILLA GIL: *Esquemas de Derecho del Trabajo*, Valencia (edic. multicopiada), curso 1971-1972, pág. 316.

(11) Lo denomina objetivo MONTOYA MELGAR, Op. cit., pág. 166, y profesional E. PÉREZ BOTIJA: *Reglamentos de Empresa*, Madrid (Tecnos), 1968, pág. 51, en colaboración con RODRÍGUEZ PIÑERO.

(12) Con ciertas matizaciones, suele ser esta la fórmula usual de las RT. Vid.: Bebidas Refrescantes (párr. 2.º, art. 5.º); Comercio (párr. 3.º, art. 6.º, «... dentro de su categoría profesional, sin menoscabo de su dignidad»); Empresas Consignatarias de Buques (párr. 2.º, art. 3.º); Industrias del Corcho (párr. 3.º, art. 6.º, «... dentro de su competencia y grupo profesional»); Industria Textil (párr. 1.º, art. 16, «... dentro de su categoría profesional, sin menoscabo de su dignidad»); Metalgráfica (art. 29, *in fine*); Naviera (párr. 2.º, art. 3.º); Industrias de la Piel (art. 75.4); Piensos Compuestos (art. 6.º)...

(13) Así lo denomina MARAVALL CASESNOVES, Op. cit., pág. 63.

(14) Cfr. M. PERSIANI: «Prime osservazioni Sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori», en *Il dir. lav.*, marzo-abril 1971, pág. 16.

(15) ROMAGNOLI: *La disciplina dei mutamenti...*, cit., pág. 333, y G. SUPPIES: «Potere direttivo e statuto dei lavoratori», en *Riv. dir. lav.*, núm. 1-2, 1972, pág. 26.

tables, si bien plantean la cuestión en unos términos excesivamente ontológicos. Es evidente que la desaparición del *ius variandi* no provoca la eliminación de la organización laboral, salvo que se caracterice el poder de dirección como poder de determinación de una obligación genérica (16), y se incluya el *ius variandi* dentro de la esfera de este poder así concebido (17).

(16) Esta tesis señala que el ordenamiento, al reconocer al empresario un poder directivo, no hace sino incorporar al Derecho del trabajo uno de los instrumentos ideados por el derecho de las obligaciones para especificar la prestación genérica. El poder de dirección cumple, respecto de la prestación laboral, la función de ser medio para su determinación. Cfr. MONTOYA MELGAR, Op. cit., págs. 17-19, y R. CORRADO: «Il contratto di lavoro», en el tomo II de su *Tratato di diritto del lavoro*, Turín (Utet), 1966, págs. 317 y sigs.

Dejando a un lado la cuestión en orden a si es posible calificar una obligación de hacer, cual es la laboral, como obligación genérica (vid., en sentido negativo, L. DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid (Tecnos), 1970, pág. 483), parece necesario aclarar que la posible genericidad de una prestación no puede confundirse con la determinación. La obligación genérica es una obligación determinada en el *genus*, no siendo aceptable la tesis de quienes en base a la hipotética genericidad de la obligación de trabajar, califican a la prestación laboral como prestación determinable por el prudente arbitrio de uno de los contratantes: el empresario. Así, CORRADO, Op. cit., pág. 317, para quien el poder directivo se encuentra dentro de la fenomenología de la determinación del contenido del contrato con referencia al *arbitrium merum* de uno de los contratantes; en contra de esta tesis, vid. GIUGNI, Op. cit., pág. 105, y R. PESSI: «Il potere direttivo dell'imprenditore ed i suoi limiti doppio la legge 20 maggio 1970, n.º 300», en *Riv. dir. lav.*, núm. 1, 1973, págs. 53-54.

Con todo, el argumento más importante que impide calificar el poder de dirección del empresario como poder de especificación de una obligación genérica reside, conforme señala GRANDI, en que «este poder no opera como hecho de individualización de las singulares prestaciones a cumplir... no incide sobre el momento de la determinación del objeto de la obligación, sino sobre aquel del cumplimiento de la prestación debida». Cfr. M. GRANDI: «Le modificazioni del rapporto di lavoro», tomo I, *Le modificazioni soggettive*, Milán (Giuffrè), 1972, pág. 50. Vid., también, J. A. SAGARDOY BENGOCHEA: «Ineptitud, despido y desempleo», en *RPS*, núm. 89, 1971, págs. 25-31, y SUPPIES: *Potere...*, cit., pág. 25.

(17) Un amplio sector de la doctrina científica española incluye el poder de variación del empresario dentro de la esfera del poder de dirección. Cfr. DE LA VILLA GIL, Op. cit., pág. 310, y M. ALONSO OLEA: *Derecho de Trabajo*, 3.ª edición, Madrid (Publicaciones Facultad de Derecho), 1974, pág. 187. Para G. BAYÓN CHACÓN y E. PÉREZ BOTIJA (*Manual de Derecho del Trabajo*, 9.ª edición, vol. I, Madrid (Pons), 1973, página 386), tanto el *ius variandi* como el poder de dirección son manifestaciones de la potestad de mando del empresario.

A nuestro juicio, la distinción entre ambos poderes resulta clara analizando la naturaleza jurídica y los efectos de cada uno de ellos; bajo esta perspectiva, señala RODRÍGUEZ PIÑERO (*Apuntes...*, cit., pág. 182) que «a diferencia del ejercicio del poder de dirección, en el que el empleador no hace sino desarrollar y especificar unilateralmente el contenido previsto para la prestación debida, en el poder de variación se

Ahora bien, en sentido contrario, la supervivencia del poder de variación unilateral del empresario no puede pender de una opción política, hipotéticamente factible (18), pero que desencadenaría graves restricciones organizativas al desconocer las posibles situaciones de anormalidad sobrevenida con posterioridad al momento de la estipulación del contrato o de su ulterior novación.

En realidad, la cuestión de si el poder de variación unilateral del empresario puede o no ser eliminado sin que con ello se quebranten las bases sobre las que se asienta la moderna estructura empresarial resulta, desde un plano material, excesivamente rigorista. El problema del *ius variandi*, entendido como poder de mutación de las condiciones laborales inicialmente pactadas o posteriormente novadas —vía por la que se opera un efecto extensivo respecto del poder de especificación interno del objeto de la obligación de trabajar (19) - es de límites, y a este terreno debe reconducirse. Sólo examinando los límites impuestos ya por la voluntad contractual individual, o colectiva cuando ello sea posible (20), ya por la intervención del legislador, se podrá delimitar el alcance, amplitud y contenido de esta facultad empresarial.

Por lo demás, y por lo que se refiere a la naturaleza jurídica y efectos del *ius variandi*, la mejor doctrina señala que se trata de un derecho potestativo con eficacia real, en el sentido de que su ejercicio produce la modificación

va más allá de los límites previstos originariamente». El poder de dirección cumple una función declarativa, mientras los efectos del poder de variación son modificativos. Vid. PERSIANI: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padua (Cedam), 1966, páginas 195-196, y PESSI: Op. cit., págs. 66-67.

(18) En Italia, tras la publicación del *Statuto dei Lavoratori*, la doctrina ha polemizado sobre la supervivencia o no del *ius variandi*, y así, mientras para algunos autores este poder ha «perdido derecho de ciudadanía en el ordenamiento italiano» (cfr. SUPPES: «Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori», en *I poteri dell'imprenditori e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Actas del IV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Saint-Vicent 3-6 junio de 1971, Milán (Giuffrè), 1972, pág. 36, y D. NAPOLETANO: *Lo Statuto dei Lavoratori*, Nápoles (Liguori Edit.), 1971, pág. 48), para otros su permanencia no ofrece dudas (cfr. U. PROSPERETTI: *I poteri dell'imprenditore...*, cit., pág. 166).

(19) Bajo esta perspectiva es bajo la que se efectúa la relación funcional entre las nociones de poder de dirección y poder de variación. Cfr. PESSI, Op. cit., pág. 69.

(20) La redacción del artículo 4.º de la vigente ley de Convenios colectivos («En los convenios colectivos no podrán establecerse cláusulas que impliquen disminución... de las facultades inherentes a la dirección de la Empresa según el ordenamiento laboral...») plantea serias dudas sobre la posibilidad de limitar el poder de dirección en general, y el de variación en particular, mediante la negociación colectiva.

de una previa situación jurídica, sin que se requiera ninguna colaboración por parte del sujeto pasivo, titular de una posición que es la sujeción en sentido técnico (21).

2.2. Tipología del "ius variandi"

Resulta usual en los autores distinguir dos tipos de *ius variandi*: a), uno normal, surgido por causas internas a la Empresa y con fundamento jurídico-positivo en el artículo 69 de la LCT, y b), otro extraordinario, excepcional o de emergencia, debido a razones externas a la organización empresarial y con fundamento legal en el párr. 2.º del art. 64 de la LCT (22).

Independientemente de que la configuración dogmática del denominado poder de variación ordinario origine serias dudas respecto de sus efectos modificativos o reales, desde el momento en que es concebido como poder de mutación destinado a actuar la capacidad concreta del trabajador dentro del marco y condiciones de trabajo impuestas por la categoría profesional ostentada (23); dudas que, en definitiva, surgen por la dificultad de precisar con toda nitidez la zona limítrofe entre el ejercicio de un *ius variandi* interno a la prestación debida —que no es más que un acto de ejercicio del poder directivo del empresario entendido como poder de individualizar las singulares prestaciones de trabajo dentro del ámbito de la prestación acordada, adecuándolas a las mutables circunstancias organizativas (24)— y el ejercicio de un auténtico poder de variación unilateral del empresario que altera el contenido y límites de la prestación originaria, extendiéndola a conductas no incluidas en la primitiva o novada obligación, lo que interesa destacar ahora es que en tema de cambio vertical de funciones la distinción entre ambos tipos resulta jurídicamente irrelevante.

O dicho en otros términos, los presupuestos materiales que subyacen en la quiebra del principio de correspondencia función-categoría, unido al alcance del poder de variación ordinario, determinan que aquella ruptura deba instrumentarse necesariamente a través del *ius variandi* extraordinario.

(21) Vid. J. CABRERA BAZÁN: *La notación ilícita del contrato de trabajo*, Sevilla (IGO), 1963, pág. 64 («el *ius variandi* implica, ya *in actu*, una variación impuesta mediante actos de *imperium* del empresario, ante los cuales no cabe al trabajador otra alternativa que la obediencia»); también GIUGNI, *Op. cit.*, pág. 285.

(22) Cfr. M. ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, 3.ª edición, Barcelona (Ariel), 1971, pág. 547; BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *Op. cit.*, pág. 388; MONTROYA MELGAR, *Op. cit.*, pág. 163; RIVERO LAMAS, *Op. cit.*, pág. 211; MARAVALL CASASNOVES, *Op. cit.*, pág. 64, y CABRERA BAZÁN, *Op. cit.*, pág. 63. Pone en duda tal distinción DE LA VILLA, *Op. cit.*, pág. 316.

(23) Vid., por todos, RIVERO LAMAS, *Op. cit.*, pág. 212.

(24) Cfr. GIUGNI, *Op. cit.*, pág. 231.

Los argumentos que pueden servir de apoyo a esta tesis son:

a) El límite funcional que separa en nuestro ordenamiento los actos de ejercicio del poder de variación empresarial normal y excepcional; límite precisado por el carácter accesorio o principal de la condición alterada. Como recientemente ha señalado Sala, «toda modificación de condiciones laborales considerada dañosa para el trabajador por afectar a condiciones contempladas como esenciales por el ordenamiento jurídico, que ataca, por tanto, los derechos adquiridos por éste, estará excluida del *ius variandi* empresarial normal, requiriéndose para su válida actuación» «el acuerdo de las partes, la autorización administrativa o la presencia de las causas previstas por el párr. 2.º del art. 64 de la LCT (25); causas que fundamentan, precisamente, el ejercicio del *ius variandi* de emergencia.

b) El principio de inamovilidad de la categoría es resultado de la configuración de ésta como derecho legítimamente adquirido por el trabajador — condición principal impuesta por el ordenamiento —, y límite, por tanto, al ejercicio del *ius variandi* normal. Aunque la LCT no contenga ningún precepto que de forma expresa configure la categoría profesional como derecho subjetivo del trabajador (26), nuestro ordenamiento suministra, en niveles normativos inferiores — RT y CC — material suficiente con qué poder sustentar esta tesis (27), reiteradamente sostenida, por lo demás, por nuestra doctrina tanto científica (28) como legal (29).

(25) T. SALA FRANCO: *La movilidad del personal dentro de la Empresa*, Madrid (Tecnos), 1973, págs. 36-37.

(26) Señala ALONSO OLBA que «la LCT intuye el tema y se refiere a él episódica e incidentalmente...; pero carece de una regulación ni siquiera incipiente sobre tan importante materia, con lo que la desplaza hacia reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos». *Derecho...*, cit., pág. 146.

(27) Con bastante frecuencia los convenios colectivos establecen la categoría profesional como límite al ejercicio del poder de organización del empresario. Vid. artículo 11 CCS Industrias transformadoras de Materias Plásticas (RDGT 20-11-1972, BOE 2-12); art. 26.5, CCSI Industrias del Caucho (RDGT 26-12-1972, BOE 6-1-1973); artículo 10, CCSI Industria Químico-Farmacéutica (RDGT 2-3-1973, BOE 12-3); artículo 22, CCSI Industrias del Fósforo y Cerillas (RDGT 2-3-1973, BOE 13-3); apar. g), artículo 16, CCSI Industrias de Féculas, Almidones y Glucosas (RDGT 10-7-1973, BOE 23-7) y art. 40 CCS General Eléctrica Española, S. A. (RDGT 25-5-1974, BOE 1-7).

(28) Cfr. ALONSO OLBA, Op. cit., pág. 145; RIVERO LAMAS, Op. cit., pág. 196; E. BORRAJO DAGRUZ: *Derecho del Trabajo*, 4.ª edición, Madrid (Doncel), 1973, página 88; BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, Op. cit., pág. 388, y SALA FRANCO, Op. cit., páginas 39-40.

(29) Entre otras muchas, vid. STS (4.ª), 7-4-1967, Ar. 1.938; (6.ª), 17-2-1970, Ar. 1.104

c) Al cumplir la categoría profesional la misión de encauzar el proceso determinativo de la prestación laboral, proyectando en el plano jurídico los cometidos para los que el trabajador viene asumido en la Empresa, el principio de inamovilidad de la categoría se refleja en la inamovilidad de las funciones pactadas; o más concretamente, en la inamovilidad de las funciones previstas normativa o contractualmente para la categoría ostentada.

En definitiva, pues, y como se apuntaba anteriormente, cualquier variación unilateral de las funciones fuera del marco de la categoría profesional asignada habrá de instrumentarse por un procedimiento distinto al *ius variandi* normal; o si se prefiere, la quiebra del principio de equivalencia función-categoría ha de actuarse mediante el legítimo ejercicio y dentro de los límites del *ius variandi* excepcional.

No obstante las consideraciones efectuadas, cabe cuestionarse si el empresario, ausentes las causas de urgencia, interinidad transitoria, etc., previstas por la LCT, puede ocupar al trabajador temporalmente en funciones distintas de las propias de su categoría, siempre que de esta mutación derive una situación más ventajosa para aquél (30); con lo que, y de ser cierta esta solución, la compleja problemática del poder de variación se reduciría a un simple análisis de resultados (modificación *in melius*/*ius variandi* normal; modificación *in peius*/*ius variandi* excepcional).

Dejando a un lado el posible riesgo que entraña, y la arbitrariedad a que puede conducir, el que sea el empresario quien unilateralmente valore y juzgue el resultado de la modificación (31), lo que interesa destacar ahora

«Que la libertad de la Empresa de organizar el trabajo está frenada por el tope legal que impide la alteración de los derechos del productor salvo casos extraordinarios previstos en la ley...»; (4.ª), 23-2-1971, Ar. 1.115 («... las respectivas reglamentaciones regulan la distribución del personal en categorías y grupos, limitando las facultades del empresario para variar unas y otros en uso de las facultades de dirección»), y (4.ª), 27-6-1973, Ar. 3.277 («Que la indiscutible libertad de la Empresa para cambiar los factores de producción y sus derivadas facultades de organizar el trabajo con criterios económicos no interfiere ni puede alterar las bases y condiciones jurídicas integradas en los contratos laborales...»)

(30) Así lo estima RIVERO LAMAS, Op. cit., pág. 212. Distinto de este supuesto, es el *surclassement*, que consiste en la asignación de una categoría profesional superior a la que corresponde por la función que el trabajador va a desempeñar; sobre este tema y su justificación, vid. G. H. CAMERLYNCK: «Le contrat du travail», en el *Traité des Droit du travail*, tomo I, París (Dalloz), 1968, pág. 163, y P. D. OLLIER: *Le droit des travail*, París (Dalloz), 1972, pág. 119.

(31) Ni que decir tiene que cuando en la valoración de la modificación interviene el trabajador, aceptando o rechazando la alteración, según le beneficiase o perjudicase, nos encontraríamos fuera del marco del poder de variación. Vid. *infra*.

es que el tratamiento jurídico unitario que preside la regulación tanto del poder de variación cuanto de la categoría profesional impide aceptar esta tesis, reputando ilícita, con independencia del efecto que del ejercicio del poder de variación se derive, cualquier alteración de la prestación laboral efectuada al margen de los presupuestos y fuera de los límites legalmente impuestos.

Dicho lo cual, no hay obstáculo alguno para reconocer la facultad que tienen tanto el acreedor de trabajo como el trabajador en proponer a la contraparte —y la correlativa de rechazar— un acuerdo modificativo de las funciones inicialmente pactadas, en cuyo caso nos encontraríamos en presencia no ya de un *ius variandi* normal sino sencillamente de una novación (32).

2.3. La noción de cambio vertical de funciones: la dificultad práctica de su precisión

La calificación de una determinada orden empresarial como acto de ejercicio del poder de variación unilateral del empresario no ofrece, en una primera aproximación, graves problemas, puesto que, para su identificación, bastará que se efectúe una alteración en los cometidos y las tareas específicas de la categoría profesional ostentada (33), según la enumeración que de las actividades tipo llevan a cabo las disposiciones reglamentarias o convencionales (34).

(32) Vid., por todos, R. CORRADO: «Il rapporto di lavoro e le sue vicende», en el tomo III de su *Tratatto...*, cit., Turín (Utet), 1969, pág. 641.

Las disposiciones reglamentarias suelen excluir expresamente del tratamiento normativo previsto para los supuestos de ruptura del principio de equivalencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial a aquellos otros debidos «a la petición del trabajador». Cfr. Factorías Bacaladeras (párr. 2.º, art. 23), Industria Cervecería (párr. 3.º, art. 39), Construcción (párr. 2.º, art. 113), Empresas Consignatarias de Buques (párr. 2.º, art. 18)... Algún autor duda de la licitud del acuerdo entre trabajador y empresario en orden a la prestación de trabajos de categoría inferior. Cfr. DE LA VILLA GIL, Op. cit., pág. 302.

(33) Para que pueda hablarse de ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial, la alteración debe afectar a las tareas específicas de la categoría, no a las que pueden ser comunes a varias de ellas. Vid., en este sentido, STCT 22-6-1967, JS, núm. 23, 407-67 («... no pueden calificarse como de categoría superior los trabajos realizados por el demandante, al hacerse acreditado únicamente la realización de trabajos comunes a ambas categorías, pero no los específicos y diferenciales...»).

(34) Un ejemplo puede ilustrar mejor las afirmaciones contenidas en el texto. El apartado b) del artículo 22 de la RT en Prensa define el oficio de «Fotomecánicos», una de cuyas modalidades es la de «retocador» («operario que tiene la misión de igualar y corregir defectos de los positivos y negativos para la reproducción gráfica de»

Esta relativa facilidad en identificar genéricamente los supuestos de ruptura del principio de equivalencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial contrasta con la, en ocasiones complicada labor, de determinar si este poder modificador ha generado un cambio horizontal o vertical, y en este último caso si ascendente o descendente; es decir, si la nueva función asignada tiene el mismo valor categorial o, por el contrario, se corresponde con una «categoría superior» o «inferior» a la ostentada por el trabajador.

En este orden de cosas, recordemos que la categoría profesional aparece históricamente como resultado del fenómeno de la división del trabajo. Con la categoría se pretende, desde un plano individual, designar sintéticamente el contenido típico de la prestación debida, y desde un perfil colectivo, procurar tratamientos homogéneos de grupos de trabajadores que efectúan funciones idénticas. Ahora bien, la compleja organización empresarial impuesta por la moderna tecnología ha provocado, al menos en los ordenamientos europeos, lo que podríamos denominar «inflación de categorías profesionales» (35); fenómeno éste al que no se ha sustraído nuestro ordenamiento laboral.

uno o varios colores»). En el número 2 del mismo apartado se define el oficial 1.º retocador como «el operario que realiza las funciones señaladas en las reproducciones gráficas de uno o varios colores», y el oficial 2.º como «el retocador de positivos y negativos para la reproducción en negro». A la vista de estas enunciaciones, está claro que una alteración de cometidos se produciría, por ejemplo, con la asignación a a un oficial 2.º a funciones de reproducción gráfica en color.

(35) Refiriéndose a las clasificaciones profesionales francesas, señalan G. H. CAMBERLYNCK y G. LYON CAEN, que estas «apparaissent souvent dépassées et inadaptées à la suite de l'évolution des techniques»; de ahí, que en uno de los puntos del Protocolo de los Acuerdos de Grenelle de 1968 se afirmase la necesidad de simplificar las clasificaciones contenidas en la contratación colectiva. (*Droit du travail*, 6.ª edición, París (Daloz), 1973, pág. 90.)

En los ordenamientos anglosajones, en los que prima el sistema de la valoración de tareas (*job evaluation*), se ha anulado en la práctica la importancia de la categoría profesional. Sobre la polémica en torno a si la *job evaluation* constituye un sistema de clasificación de los trabajadores o es meramente una técnica retributiva. Vid. ROMAGNOLI: *La "job evaluation"...*, cit., págs. 927-945; ARANGUREN: *Il diritto a la qualifica...*, cit., págs. 212-245, G. MAZZONI: «La valutazioni delle mansioni e l'ordinamento giuridico italiano», en *Riv. dir. lav.*, núm. 3-4, 1963, págs. 221-231. Una visión actual de la actitud sindical en tema de valoración de tareas, en el número 30 de *Rassegna Sindacale* (Quaderni), mayo-junio 1971. En general, sobre el significado y alcance de las actuales clasificaciones profesionales, vid. G. GIUGNI: «Le categorie dei prestatori di lavoro: panorama comparativo», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, páginas 814-892.

Más aún; el silencio de la LCT en este punto, unido al apoyo de nuestro sindicalismo a las jerarquizaciones y gradaciones profesionales (36), han sido factores que han favorecido las profusas y complicadísimas clasificaciones por ramas de actividad, divididas y subdivididas en grupos, subgrupos, categorías y grados (37) que a su vez, y esto es lo que aquí interesa, generan una multiplicidad de líneas profesionales, de muy difícil asimilación entre ellas.

Dicho con otras palabras, las usuales clasificaciones contenidas en las disposiciones reglamentarias, y en menor medida convencionales, el ámbito personal general a que se extiende el poder de variación unilateral del empresario (38), la casi total ausencia de límites que eviten alteraciones de naturaleza intergrupal o intersubgrupal y la falta de criterios para la asimilación de categorías entre grupos, subgrupos u oficios en caso de cambio de uno a otro (39) ocasionan el que no siempre sea fácil calificar el acto concreto como una mutación vertical ascendente o descendente.

Para resolver esta cuestión, se podría examinar el efecto económico que el cambio produce (mayor o igual remuneración); sin embargo, este crite-

(36) Un cambio de esta tendencia, se puede observar en el sindicalismo de base más moderno, una de cuyas reivindicaciones suele ser la petición de aumentos retributivos lineales. Por otra parte, no se puede ocultar que el abuso de las jerarquizaciones profesionales constituye un freno en la adopción de acuerdos y decisiones entre los propios trabajadores; en este sentido, CAMERLYNCK y LYON CAEN, Op. cit., página 92, comentando la realidad francesa, señalan el vacío que existe entre los cuadros más calificados de la clase obrera y la mano de obra ordinaria, hasta el punto que «ce n'est que dans certains moment de crise qu'une conscience ouvrière globale s'apparaît».

(37) La fórmula usual de RT es la de dividir a los trabajadores en grupos, y éstos en subgrupos, que contienen a su vez las categorías propiamente dichas y los grados. Vid. Industrias del Aceite y Derivados (arts. 7.º y sigs.), Factorías Bacaladeras (art. 9.º), Agencias Distribuidoras de Butano, S. A. (arts. 6.º y sigs.), etc. Otras RT suprimen el subgrupo, pasando directamente del grupo a las categorías y grados. Vid. Agua (artículos 18 y sigs.), Establecimiento Minero de Almadén (arts. 10.º y sigs.), Industrias Cerveceras (art. 9.º), Cía. Internacional de Coches-Camas y Turismo, S. A. (art. 7.º), etcétera.

(38) Al regular los supuestos de trabajo de categoría superior e inferior, numerosas disposiciones reglamentarias y convencionales comienzan con la expresión: «Todos los trabajadores...» Cfr. Cía. Metropolitana de Madrid (párr. 1.º, apar. 2), art. 38), Siderometalurgia (párr. 1.º, art. 81), Tráfico Interior de Puertos (párr. 1.º, art. 26) y artículo 29, CC de Giralt Laporta, S. A. (RDGT 26-7-1974, BOE 17-8). Otras hablan genéricamente del «Personal». Cfr. Industrias Cerveceras (párr. 1.º, art. 28), Industrias del Corcho (párr. 1.º, art. 41) y art. 29, CC Campsa para personal de tierra (RDGT 15-4-1972, BOE 26-4).

(39) Una excepción, aunque no completa, lo constituye la OI, para la Empresa Nacional Bazán que dedica el artículo 31 a la asimilación de categorías profesionales.

rio, válido en ciertas ocasiones, no puede servir como medio definitivo de identificación, dada la complejidad y diversidad de las estructuras salariales. De ahí, que para la más perfecta tipificación de las alteraciones funcionales, deba acudirse al análisis de una pluralidad de factores tales como los de responsabilidad, jerarquía, preparación técnica, menoscabo de la dignidad, discriminación o vejación, etc., sin olvidar el importante papel conferido aquí a la costumbre y a los usos empresariales (40).

2.4. Clasificaciones profesionales y cambio de funciones

Teniendo en cuenta las disposiciones reglamentarias expuestas en materia de clasificación del personal, los supuestos de alteraciones funcionales que en la práctica diaria de la vida empresarial pueden darse por ejercicio del *ius variandi* extraordinario, son:

a) Alteraciones *intergrupales*, que consisten en la asignación a un trabajador de funciones de una categoría incluida en grupo distinto al propio (por ejemplo, botones realizando funciones de aspirante —grupos Subalterno y Administrativo, respectivamente, en *OL. Empresas Consignatarias de Buques*, art. 5.º—).

b) Alteraciones *intersubgrupales*, que consisten en la asignación a un trabajador de funciones de una categoría incluida en el mismo grupo aunque en diferente subgrupo (por ejemplo, ayudante especialista realizando cometidos de oficial 3.º —subgrupo de Operarios no cualificados y Operarios cualificados, respectivamente, dentro del grupo de Personal Operario, en *RT Industrias de Refino de Petróleos*, art. 20—).

c) Alteraciones *intragrupales* (o *intrasubgrupales*), que consisten en la asignación a un trabajador de funciones propias de una categoría incluida en un mismo grupo (o subgrupo) (por ejemplo, telefonista realizando funciones de vigilante —grupo de Personal Auxiliar y Subalterno, en *OT Jardinería*, art. 6.º—).

(40) Vid. STS (6.ª), 29-11-1968, Ar. 5.221 («... no puede fundamentarse la negativa en la exclusión de la labor encomendada por RT, CC o RRI, ya que el uso determina su inclusión en la esfera de labores propias de los profesionales»), y 24-6-1965, Ar. 3.827 («... dichas tareas se amoldan a lo prevenido por los usos y costumbres que regulan la actividad»).

d) Alteraciones *intracategoriales*, que consisten en la asignación a un trabajador de funciones propias de su categoría y oficio, aunque de distinto grado (por ejemplo, oficial 2.º tejedor realizando trabajos de oficial 1.º, en OL Madera, art. 13).

Por lo demás, es de destacar que la división presentada de las alteraciones funcionales no tiene exclusivamente un alcance sistemático o conceptual. Muy al contrario, desde el momento en que el grupo o subgrupo puede actuar como límite al ejercicio del *ius variandi* empresarial (41), la tipificación de una determinada mutación como intergrupual o intracategorial es medio que permite valorar y enjuiciar la licitud de la orden encomendada.

3. LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER DE VARIACIÓN

Configurando el poder de variación unilateral del empresario como poder limitado por las diferentes fuentes reguladoras de derechos subjetivos, se impone ahora el examen de los límites que encauzan y, en su caso, legitiman esta facultad empresarial. En este sentido, analizaremos, en primer lugar, los límites contenidos en la LCT para, a continuación, estudiar los de carácter reglamentario.

3.1. La temporalidad del cambio

El primer límite impuesto por la LCT al ejercicio del poder de variación del empresario es el de la temporalidad, ya que el cambio de funciones —«prestar otro trabajo del acordado», a que se refiere el párr. 2.º del artículo 64— ha de actuarse «pasajeramente».

Un cambio definitivo de las funciones inicialmente asumidas o posteriormente novadas, efectuado de forma unilateral por el empresario, no sólo excedería de los límites del *ius variandi* sino que, además, contradiría la *ratio essendi* del instituto (42). De forma reiterada y lineal, nuestras doctrinas científica y legal señalan que una mutación definitiva de la prestación laboral solamente puede instrumentarse mediante la voluntad concorde de

(41) Vid. *infra*, 3.3, a).

(42) En este sentido, señala RODRÍGUEZ PIÑERO, Op. cit., pág. 184, que «el *ius variandi* es eminentemente temporal»; vid., también, GIUGNI: «Mansioni...», cit., pág. 332, y DE LA VILLA GIL, Op. cit., pág. 316.

ambas partes del contrato, vía por la que se operaría una novación contractual (43).

En principio, el límite temporal impuesto al cambio vertical de funciones queda condicionado a la desaparición de la causa que motivó la alteración. Cesada la causa, el trabajador ha de prestar de nuevo el trabajo pactado dentro del marco de la categoría que le es propia (44). Sin embargo, y para su mayor garantía, suele ser frecuente que las normas reglamentarias o convencionales fijen una duración máxima a la asignación de tareas extracategoriales, evitando con ello que, por permanencia del estado de urgente necesidad, se prolongue indefinidamente la inadecuación entre la función superior (o inferior) desempeñada y la categoría inferior (o superior) ostentada.

La indeterminada expresión utilizada por la LCT en este punto, ha originado una muy variada interpretación reglamentaria de lo que deba entenderse por «pasajeramente».

Así, y con respecto al cambio vertical hacia arriba, frente al razonable criterio de algunas Reglamentaciones de determinar, bien de forma directa bien indirectamente, la duración máxima en tres o cuatro meses (45), otras

(43) Cfr. RIVERO LAMAS, Op. cit., pág. 214; MONTOYA MELGAR, Op. cit., pág. 165; ALONSO GARCÍA, Op. cit., pág. 549; I. ALBIOL MONTESINOS: *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador*, Valencia (Publicaciones de la Escuela Social), 1973, páginas 117, y J. J. GALÁN PÉREZ: «El poder directivo y la movilidad del personal dentro de la Empresa», en *RPS*, núm. 100, 1973, pág. 232.

En doctrina legal, vid., entre otras muchas, STS (4.º), 2-7-1970, Ar. 3.450 («... cuando también por tratarse de modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de trabajo con carácter indefinido, en realidad se plantea una novación de las relaciones laborales...»), y 23-2-1971, Ar. 1.115 («... limitando las facultades del empresario para cambiar o variar a unas y otras categorías y grados— y, cuando así les compete, sólo bajo determinadas condiciones y modalidades taxativamente fijadas por las correspondientes disposiciones legales, no permitiendo en modo alguno cambiar de forma definitiva o permanente a categorías distintas de las que antes tenía...»).

(44) La fórmula utilizada por las RT es, en este sentido, la siguiente: «... reintegrándose el trabajador a su antiguo puesto de trabajo cuando cese la causa que motivó el cambio»; cfr. Industrias del Aceite y Derivados (párr. 1.º, art. 28), Factorías Bacaladeras (párr. 1.º, apar. 1.º, art. 23), Empresa Nacional Bazán (párr. 1.º, artículo 37), Metalgráfica (párr. 1.º, art. 62), entre otras muchas.

(45) Establecen tres meses de duración máxima: Artes Gráficas (art. 51), Comercio (párr. 1.º, art. 39), Construcción (párr. 1.º, art. 112), Fotografía (art. 34), Madera (párr. 2.º, art. 106), Metalgráfica (párr. 2.º, art. 62), Industria Papelera (art. 39), Tráfico Interior de Puertos (párr. 2.º, art. 26) y Limpieza Pública (párr. 1.º, art. 68).

Establecen cuatro meses de duración: Industrias del Aceite y sus Derivados (párrafo 2.º, art. 28), Agua (párr. 2.º, art. 38), Factorías Bacaladeras (párr. 1.º, apar. 1.º, artículo 23), Empresa Nacional Bazán (párr. 2.º, art. 37), Empresas Consignatarias de Buques (párr. 1.º, art. 17), Industrias de Energía Eléctrica (párr. 2.º, art. 54), Industrias

lo amplían a seis, nueve e incluso doce meses (46), viniéndose a quebrar con ello tanto el sentido lógico encerrado en la disposición de la LCT como la tradición histórica del instituto (47-48). En comparación con estos últimos supuestos, ofrece mayor garantía y seguridad para el trabajador la solución adoptada por un pequeño número de Ordenanzas que, en línea con el criterio impuesto por el párr. 2.º del art. 64 de la LCT, hacen referencia a períodos de «corta duración» (49), abriendo la vía para que, ante el caso concreto, sea el juzgador quien efectúe la labor de interpretación, señalando si hubo o no exceso en el ejercicio del poder de variación objetivo, que ha de estar siempre presidido, como recuerdan Bayón y Pérez Botija, por un criterio de «objetividad» (50).

En este mismo orden de cosas, hay que destacar que, de forma igualmente indirecta, las normas reglamentarias establecen una duración máxima distinta según que las nuevas funciones asumidas se hayan efectuado de manera continua o discontinua, fijándose, para este último caso, un período de tiempo más dilatado (51).

Esta línea reglamentaria me parece absolutamente desafortunada ya que, en la práctica, permite al empresario alargar las alteraciones funcionales, frenando con ello la entrada en juego de los efectos que la ruptura del principio

Lácteas (párr. 2.º, art. 54), Cía. Metropolitano de Madrid (párr. 3.º, apar. a), art. 38), Naviera (párr. 1.º, art. 15), Industrias Químicas (art. 36.2), Industrias de Refino de Petróleos (párr. 2.º, art. 79), Hostelería (párr. 2.º, apar. A), art. 26). Vid. con este mismo período, párr. 2.º, art. 6.º, CC de Cadenas COPE (RDGT, 11-2-1973, BOE 22-2).

(46) Establecen seis meses de duración: Bebidas Refrescantes (párr. 2.º, art. 15), Establecimiento Mínero de Almadén (párr. 2.º, art. 51), Oficinas y Despachos (párr. 2.º, artículo 27), Industrias de Energía Eléctrica, respecto del personal técnico (párr. 2.º, artículo 54), Radiodifusión (art. 31.3), R. N. E. (párr. 4.º, art. 34) y TV.E. (párr. 5.º, artículo 54). Vid., también, CC Campsa para personal de tierra cit. (art. 20).

Establece nueve meses: Industria Cervera (párr. 1.º, art. 28).

Establece doce meses: Comercio, respecto del personal titulado (párr. 1.º, art. 39).

(47-48) En este sentido, apunta RODRÍGUEZ PIÑERO, Op. cit., pág. 183, que la regulación restrictiva del poder de variación efectuada por la normativa española se debe a la influencia, en este punto, del Derecho alemán.

(49) Campo (art. 92), Industrias del Corcho (art. 41), Tintorerías y Limpieza (artículo 33) y Transportes por Carretera (art. 54).

(50) *Manual...*, cit., pág. 389.

(51) En realidad, las RT que contemplan este supuesto más que imponer duraciones máximas para trabajos discontinuos lo que hacer es fijar un término para la entrada en vigor de los efectos jurídico-patrimoniales o jurídico-clasificatorios. Vid. Industrias del Aceite y Derivados (párr. 4.º, art. 28), Agua (párr. 5.º, art. 38), Empresa Nacional Bazán (párr. 4.º, art. 37), Hostelería (párr. 4.º, apartado A), art. 26), que fijan un período de doce meses; fijando una duración de ser meses, vid. Industrias Lácteas (párrafo 2.º art. 54) y Metalgráfica (párr. 4.º, art. 62).

de equivalencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* produce en la categoría profesional y/o en el salario (posible consolidación de la categoría superior y del salario a ésta correspondiente). Para ello, no necesita más que quebrar, mediante unidades temporales excesivamente cortas («algunos días»), la continuidad de la tarea superior encomendada. Por ello, me inclino a calificar como garantía más eficaz para el trabajador la predeterminación de una única duración máxima que actúe como límite temporal y como término de referencia para la producción de efectos tanto en los casos de trabajo alterno como consecutivo (52).

Casi todas las RT exceptúan de las reglas temporales antecitadas a quienes se encuentren sustituyendo a trabajadores ausentes (53) bien por alguna de las causas de imposibilidad de la prestación bien por permisos y licencias reglamentarias. En estos casos, la duración máxima de la ruptura del principio de correspondencia función-categoría queda fijada con referencia al período máximo de suspensión o interrupción del contrato de trabajo establecido por las diversas normas laborales.

Con relación a estos supuestos, cabría cuestionarse el motivo por el que las disposiciones reglamentarias permiten la remoción del límite temporal ordinario previsto para el ejercicio del poder de variación. En este sentido, recordemos que son tres las posibles áreas de colisión de intereses que el legislador debe conciliar y tutelar: la del empresario, cuyo interés se centra en la continuidad de la explotación; la del trabajador ausente, al que se tutela mediante el expreso reconocimiento de la inalterabilidad de su situación en la Empresa, y la del trabajador sustituto, cuyos intereses en orden a la promoción y estabilidad parecen inatacables (54). El legislador, al prolongar el límite temporal en los casos de sustitución por suspensión o interrupción, lo que pretende, en definitiva, no es más que evitar la declaración abierta de conflicto entre trabajador ausente y trabajador sustituto (55).

(52) Ya lo establece así Jardinería (párr. 1.º, art. 45).

(53) Vid., por ejemplo, Limpieza Pública (párr. 3.º, art. 63), Metalgráfica (párr. 5.º, artículo 62), Industrias Químicas (art. 36.2), Siderometalurgia (párr. 5.º, art. 81), Tráfico Interior de Puertos (párr. 4.º, art. 26), etc. Alguna RT contempla el supuesto de sustitución de trabajadores de mayor categoría de forma aislada respecto al poder de variación (Seguros y Capitalización, art. 34).

(54) Vid. una acertada relación entre estabilidad profesional y mutaciones funcionales, en F. MANCINI: «El diritto del lavoro rivisitato», en *Politica del Diritto*, número 6, 1973, pág. 705. El Tribunal Supremo viene declarando, por otra parte, que no se puede utilizar situaciones de reemplazo para mantener vacantes *sine die* los puestos reglamentarios en las respectivas categorías laborales; vid. STS (4.º), 15-12-1969, Ar. 5.892.

(55) Cfr. GIUGNI, Op. últ. cit., págs. 333-334.

Con respecto al límite máximo del *ius variandi* en supuestos de cambio vertical descendente, la mayoría de las RT no abordan el tema. En principio, pues, su duración vendrá impuesta por la permanencia de la causa de urgente necesidad, siempre y cuando este estado no rebase el criterio de objetividad con que debe interpretarse la expresión «pasajeramente». Las disposiciones reglamentarias que establecen duraciones máximas, lo suelen hacer reduciendo el período fijado para los cambios verticales ascendentes (56).

3.2. La urgente necesidad

El segundo límite al ejercicio del *ius variandi* excepcional al que hace referencia el párr. 2.º del art. 64 de la LCT es «la urgente necesidad». Esto es, la concurrencia de una circunstancia sobrevenida de tal naturaleza, que exige al empleador modificar unilateralmente, y de forma transitoria, el objeto de la obligación de trabajar.

El nudo central de este límite consiste en determinar que se entiende por urgente necesidad; o más concretamente, cuáles son los eventos que, desencadenando el estado de urgente necesidad, legitiman la acción del agente modificador.

En este orden de cosas, comencemos recordando que la expresión examinada no es ajena a otras parcelas del ordenamiento jurídico; así, y por citar un ejemplo, de «urgente necesidad» habla el art. 145 del Código civil (57). Dentro ya del ordenamiento laboral, el artículo 4.º de la LJM establece que los Delegados Provinciales de Trabajo podrán autorizar los pactos entre obremos y empresarios para la ampliación de la jornada de trabajo «a fin de atender a casos de urgente necesidad»; y el apartado c) del artículo 78 de la LCT señala, por su parte, que constituirá causa justa para que el trabajador pueda por su voluntad dar por terminado el contrato de trabajo la de «exigir el empresario trabajo distinto del pactado, salvo los casos de urgencia previstos por la ley».

(56) Establece dos meses: Industrias Químicas, «salvo casos muy excepcionales» (artículo 37.2).

Establecen tres meses: Artes Gráficas (art. 52), Industria Papelera (párr. 1.º, artículo 40), Radiodifusión (art. 32), TV. E. (art. 35) y R. N. E. (art. 35).

Establece cuatro meses: Industrias Lácteas, que lo amplía a seis en caso de trabajo discontinuo (párr. 2.º, art. 53). La Reglamentación más progresiva es Fotografía, que fija la duración en treinta días «consecutivos o alternos» (art. 35).

(57) «Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales...»

Ahora bien, mientras el artículo 4.º de la LJM silencia, con buen criterio, los estados de urgencia que pueden fundamentar, previa solicitud, ampliaciones de jornada con carácter voluntario, el párrafo 2.º del artículo 64 enumera expresamente los acontecimientos que habilitan el ejercicio del *ius variandi* excepcional: «prevenir grandes males inminentes y remediar accidentes sufridos» (58).

La concreción de la LCT en este punto, así como la regulación restrictiva que la propia norma efectúa del poder de variación, son poderosas razones que permiten sostener la tesis de que los sucesos, hechos o eventos contemplados por el artículo 64 se equiparan con: acontecimientos extraordinarios que no 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 (59) a la organización técnica y al proceso productivo de la Empresa.

De conformidad con este criterio, mantenido por un sector representativo de nuestra doctrina científica (60), los supuestos que legitiman en nuestro ordenamiento positivo el ejercicio del poder de variación unilateral del empresario tienen el carácter de excepcionales, perentorios, externos y objetivos. Con ello, entiendo que la normativa ha excluido de este poder de alteración aquellos eventos cuyo fundamento se encuentre en simples exigencias técnico-organizativas de la Empresa, necesidades normales de toda explotación económica, destinadas a proteger y defender el interés subjetivo del empresario; sin que, por lo demás, quepa reconducir *tout court* los casos tipificados por el artículo 64 como de urgente necesidad con fenómenos catastróficos de la naturaleza —inundaciones, terremotos, etc.— o con alteraciones del orden público —tumulto, sedición, etc.

En definitiva, pues, y como señala Albiol Montesinos, «la necesidad urgente del artículo 64 hace referencia a sucesos, incidentes sobre la integridad misma del complejo organizativo, que afectarían no ya a la producción de la

(58) Fórmula idéntica a la empleada por el párr. 1.º del art. 77 de la LCT de 1931. Por otra parte, la doctrina reconduce a estos casos excepcionales los mencionados en el apartado c) del artículo 78 de la LCT; vid., por todos, BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTTJA, Op. cit., volumen II, pág. 574.

(59) Para ALBIOL MONTESINOS, Op. cit., pág. 118, la inminencia y la gravedad son los parámetros que miden la urgente necesidad.

(60) Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, Op. cit., 184 («la LCT hace casi coincidir la urgente necesidad con casos de extrema necesidad»), y DE LA VILLA GIL, Op. y loc. cit. («el poder de variación es un poder excepcional justificado sólo en necesidades urgentes y graves, necesidades ineliminables»).

propia organización, sino a la posibilidad misma de la producción que se vería súbitamente impedida o quebrantada» (61).

Problema no exento de interés práctico, es el de determinar si, en base al párrafo 2.º del artículo 64, la huelga — instrumento de presión de la clase trabajadora de permanente vigencia en el marco de las relaciones laborales, por más que su reconocimiento jurídico se encuentre ausente de nuestros textos positivos— constituye o no un acontecimiento excepcional que permite al empresario, en ejercicio del *ius variandi*, asignar al trabajador no huelguista a funciones distintas de las pactadas.

En este orden de cosas, pienso que, sin necesidad de forzar el sentido lógico de la ley, la huelga puede configurarse como un evento desencadenante del estado de urgente necesidad y, por tanto, fundamentar el ejercicio del poder de variación empresarial.

No obstante esta respuesta afirmativa, queda por resolver la cuestión de qué tipo de funciones o tareas el empresario puede asignar al trabajador afectado por el ejercicio del *ius variandi*; cuestión que si, en buena hermenéutica, no puede ser resuelta acudiendo al examen de los intereses que el ordenamiento jurídico tutea en las dos instituciones contempladas —huelga y poder de variación—, sí puede serlo traduciendo a este terreno las reglas generales que presiden el ejercicio de este poder excepcional. La conclusión que se puede obtener aplicando este criterio es, a mi juicio, la siguiente: el empresario puede encomendar al trabajador no huelguista trabajos que tiendan bien a evitar riesgos inminentes y graves en la organización empresarial (por ejemplo, interrupción de un proceso productivo que, por su propia naturaleza, no sea susceptible de paralización), bien a conservar o mantener las instalaciones, material, etc.; excluyéndose, por tanto, aquellas funciones destinadas directamente a amortiguar los perjuicios económicos de la cesación colectiva en el trabajo (62).

(61) *La resolución...*, cit., pág. 118.

(62) La doctrina científica extranjera ha elaborado, en este punto, una distinción entre trabajos directos (producción propiamente dicha) y trabajos indirectos (conservación, mantenimiento, etc.), aceptando el cambio vertical de funciones siempre que la asignación de trabajos sea de los denominados indirectos; cfr. W. KASKEL y H. DERSCH: *Derecho del trabajo*, trad. esp. de Krotoschin, 5.ª edición, Buenos Aires (Depalma), 1961, pág. 224. La regulación restrictiva que la LCT hace del poder de variación permite obtener, paradójicamente, conclusiones paralelas a las que sostiene la doctrina de países en los que la huelga queda configurada como un derecho. Por lo demás, la conclusión sostenida en el texto quedaba normativamente recogida en el párrafo 2.º del artículo 77 de la LCT de 1931, en donde se preceptúa: «Si los trabajos de urgencia fuera del contrato tuviesen por causa procedimientos de violencia en

El sentido rigorista que el párrafo 2.º del artículo 64 de la LCT exige para la ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial, contrasta con la extensiva interpretación que de la urgente necesidad efectúan las disposiciones reglamentarias; interpretación que, contrariamente a lo que en estricta lógica tendría que suceder, es más abusiva en aquellos casos de cambio vertical descendente (trabajos de categoría inferior).

Las fórmulas empleadas en este punto por la RT son muy variadas, aunque de forma maximalista pueden agruparse en dos grandes apartados:

- Fórmulas que siguen el criterio impuesto por la LCT, requiriendo para la válida actuación del cambio ascendente «casos excepcionales de perentoria necesidad» (63) y del cambio descendente «circunstancias de carácter excepcional» (64) o «necesidades perentorias» (65).

- Fórmulas que quiebran el carácter externo y objetivo de la urgente necesidad, legitimando al empresario para que varíe el contenido funcional de la categoría pactada por simple exigencia, conveniencia o necesidad «de la Empresa» (66) «de la explota-

las luchas sociales, se limitarán a evitar los peligros inmediatos para la explotación o el interés público, y especialmente al mantenimiento de las instalaciones y a que no se interrumpa la producción o el comercio que sean necesarios a la comunidad.»

(63) En estos términos, vid.: Artes Gráficas (art. 51), Industria Cervecera (párrafo 1.º, art. 28), Industrias del Corcho (art. 41), Industria Papelera (art. 39) y Transporte por Carretera (art. 54).

De «necesidad perentoria» hablan: Factorías Bacaladeras (párr., 1.º, apar. 1.º, artículo 23), Campo (art. 92), Construcción (párr. 1.º, art. 112), Jardinería (párr. 1.º, artículo 54), Limpieza Pública (art. 68), Madera (párr. 1.º, art. 106), Prensa (párrafo 1.º, art. 69), Radiodifusión (art. 31.1), R. N. E. (párr. 1.º, art. 34), Tintorerías y Limpieza (art. 33) y TV. E. (párr. 1.º, art. 34).

(64) Cfr. Campo (art. 93).

(65) Cfr. Construcción (párr. 1.º, art. 113), Limpieza Pública (párr. 1.º, art. 69) y Matadero de Aves y Conejos (párr. 1.º, art. 51).

(66) Hablan de «conveniencia de la Empresa», referido a cambios verticales descendentes: Factorías Bacaladeras (párr. 1.º, apar. 2.º, art. 23), Industrias del Corcho (art. 42), Establecimiento Minero de Almadén, que añade «con el fin de un mejor aprovechamiento del personal» (párr. 1.º, art. 52), Jardinería (párr. 1.º, art. 46), Industrias Lácteas (párr. 1.º, art. 55), Oficinas y Despachos (párr. 1.º, art. 28), Radiodifusión (art. 32), R. N. E. (art. 35), TV. E. (art. 35), Tintorerías y Limpieza (art. 33), Tráfico Interior de Puertos (párr. 1.º, art. 37) y Transporte por Carretera (art. 53).

En supuestos de cambios verticales ascendentes, es muy frecuente la expresión «en caso de necesidad»; vid. Industrias del Aceite y Derivados (párr. 1.º, art. 28), Agua (párr. 1.º, art. 38), Empresa Nacional Bazán (párr. 1.º, art. 37), Hostelería (párrafo 1.º, apar. A), art. 26), Marina Mercante (apar. a), art. 76.2), Matadero de Aves

ción» (67), «del servicio» (68), «del trabajo» (69), «de la planificación del trabajo» (70) e inclusive «por simple petición de la Empresa» (71) o «por trabajos de temporada» (72).

A nuestro juicio, son tres las posibles soluciones que se pueden adoptar frente a esta disparidad de criterios:

a) Entender que en nuestro ordenamiento positivo, la categoría profesional ni garantiza el contenido funcional de la prestación laboral, conjunto de comportamientos a los que el trabajador queda obligado, ni limita las facultades del empresario en orden a posibles modificaciones de los derechos que de ella se derivan; o todavía más drásticamente, y como de manera desafortunada señaló una STS de 8 de mayo de 1967 (6.ª, Ar. 3.002), sostener que los supuestos de cambio vertical de funciones previstos por las RT son distintos de los contemplados por el párrafo 2.º del artículo 64 de la LCT y, en consecuencia, el empleador puede, en ejercicio de su poder de variación ordinario, alterar el trabajo pactado aun fuera del marco de la categoría (73). Sin necesidad de retornar sobre pun-

7 Conejos (art. 50), Metalgráfica (párr. 1.º, art. 62), Cía. Metropolitana de Madrid (párrafo 1.º, apar. a), art. 38), Industrias Químicas (art. 36.1), Siderometalurgia (párrafo 1.º, art. 81) y Tráfico Interior de Puertos (párr. 1.º, art. 35).

Hablan de «necesidades de la Empresa», para cambios verticales ascendentes: Empresas Consignatarias de Buques (párr. 1.º, art. 17), Energía Eléctrica (párr. 1.º, art. 54), Fotografía, que añade «muy justificada» (párr. 1.º, art. 35) y Naviera (párr. 1.º, art. 15). Utilizan la misma expresión, para cambios descendentes: Empresas Consignatarias de Buques (párr. 1.º, art. 18), Fotografías, que como en el caso anterior añade «muy justificada» (art. 34), Naviera (párr. 1.º, art. 16) e Industrias Químicas, que también emplea el adjetivo justificada (art. 37.1).

(67) Cfr. Artes Gráficas (art. 52), Bebidas Refrescantes (art. 16) e Industria Papelera (párr. 1.º, art. 40), todas ellas para cambios descendentes.

(68) Cfr. Energía Eléctrica (art. 55) y Marina Mercante (apar. a), art. 76.3), ambas para cambios descendentes.

(69) Cfr. Industrias del Refino de Petróleos (art. 78), para cambio descendente.

(70) Cfr. Industrias Cerveceras (art. 29), para cambio descendente.

(71) Cfr. Bebidas Refrescantes (párr. 1.º, art. 15), para cambios descendentes.

(72) Cfr. Industria Cerveceras (párr. 1.º, art. 28), para cambios ascendentes.

(73) Este criterio jurisprudencial es seguido, en cierta medida, por las RT que exigen en supuestos de cambio vertical descendente motivado por «fuerza mayor» comunicación a la Delegación Provincial de Trabajo, no imponiendo este requisito formal cuando el cambio derive de simples exigencias de la empresa. Vid. Naviera (párrafo 1.º, art. 16), Factorías Bacaladeras (párr. 3.º, apart. 2.º, art. 23) y Empresas Consignatarias de Buques (párr. 2.º, art. 18). ALBIOL MONTESINOS califica esta línea reglamentaria, acertadamente, como de inconsecuente (op. cit., pág. 122).

tos ya examinados, entiendo que esta tesis es absolutamente insostenible, ya que en nuestro ordenamiento la categoría profesional se configura como condición principal, inalterable por vía del *ius variandi* normal.

b) Aceptar que en tema de ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* excepcional el párrafo 2.º del artículo 64 de la LCT se presenta «cómo una norma en blanco que debe ser integrada por lo dispuesto en las Reglamentaciones cualquiera que sea lo que éstas dispongan» (74). En consecuencia, y para la aparición de un estado de urgente necesidad, basta con la presencia de exigencias técnico-organizativas de carácter subjetivo, por mucho que el ordenamiento se esfuerce en presentarlas con un cierto matiz objetivo mediante las consabidas referencias a «las necesidades del servicio», «conveniencias de la Empresa», «necesidades de la explotación», etc. (75).

c) Mantener que la categoría profesional es un derecho subjetivo del trabajador, límite al poder de dirección del empleador, cuya modificación sólo puede efectuarse, y de forma provisional, en presencia de las causas establecidas en la LCT. Solución ésta que conduciría, irremediablemente, a la ilegalidad de las ampliaciones llevadas a cabo por vía reglamentaria.

El examen de la doctrina legal al respecto, vacilante y ambigua, divide más que auna las tesis presentadas. Así, y por lo que se refiere a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, la Sala 6.ª viene entendiendo que «las alteraciones graves en la coyuntura de la Empresa» (8-5-1967, Ar. 3.002), «las conveniencias de origen técnico pero de repercusión económica» (11-5-1967, Ar. 3.009) o «los naturales perjuicios de carácter económico» (30-5-1968, Ar. 2.847) son estados integrables en la urgente necesidad, y justifican el desempeño por parte del trabajador de funciones y cometidos de categoría distinta a la contratada. A mi juicio, esta línea jurisprudencial, en la que ni siquiera late el deseo de búsqueda de un interés objetivo de empresa — las expresiones coyuntura y repercusión o perjuicio económico son esclarecedoras en este aspecto — por una parte distorsiona, en beneficio del empleador-empresario, el sentido del artículo 64, transformando lo imprevisible en previsible y lo insuperable en evitable, y, por otra, hace perfectamente inútil, como re-

(74) Cfr. ALBIOL MONIESINOS, Op. cit., pág. 123.

(75) Hoy es mayoritaria la doctrina científica que niega la existencia de «un interés objetivo de Empresa», común a empresario y trabajador; vid., por todos, SALA FRANCO, Op. cit., págs. 24-35.

cientemente se ha puesto de relieve (76), el juego del apartado c) del artículo 78 como causa justa para que el trabajador dé por terminado el contrato.

Más riguroso con la calificación de la urgente necesidad, el TCT viene estimando acciones declaratorias de derechos de trabajadores recurrentes a no realizar funciones de categoría distinta a la propia cuando no hayan concurrido los requisitos del artículo 64 (77); desestimando, por el contrario, esas mismas acciones ante la presencia de los presupuestos de necesidad (78) o declarando procedente, en fin, el despido de aquellos trabajadores que se negaron a realizar trabajos de categoría inferior, concurrentes las causas de urgencia previstas en la LCT (79).

Analizados los criterios legal, reglamentario y jurisprudencial, la tesis que, a mi juicio, prevalece, es la de que frente a las habituales violaciones que las Reglamentaciones efectúan del régimen de ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial, 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 (80), avalan una interpretación estricta y restrictiva de la urgente necesidad, rechazando, por ilegales, las ampliaciones reglamentarias (81). Como con acierto ha señalado recientemente el Tribunal Supremo, «Las Reglamentaciones de Trabajo no pueden tener fuerza derogatoria de

(76) Cfr. ALBIOL MONTESINOS, Op. cit., pág. 122.

(77) Vid. STCT de 9-3-1970, JS, núm. 40, 146-70 (Oficial administrativo al que se le encomiendan funciones de telefonista); 29-9-1971, JS, núm. 48, 376-71 (carpintero realizando funciones de calderero); 21-11-1973, Ar. 4.662/II (ayudante desempeñando funciones de empaquetadora) y 4-7-1973, Ar. 3.097/II (engrasador al que se le ordena funciones de limpieza de azulejos).

(78) STCT de 13-3-1973, Ar. 1.240/I (es la enfermedad el estado que califica la urgente necesidad).

(79) STCT de 24-1-1968, JS, núm. 27, 61-68 (trabajador que se niega a quitar escombros amontonados como consecuencia de un accidente); 13-2-1971, JS, núm. 45, 50-71 (cocinera que se niega a limpiar vajilla, desobedeciendo «orden legítima amparada por lo dispuesto en el párr. 2.º del art. 64 de la LCT, por tratarse de necesidad urgente a resolver, planteada de modo normalmente imprevisible»).

(80) MARAVALL CASESNOVES, Op. cit., págs. 61-62, señala que «el *ius variandi* debe ser por consiguiente aceptado con carácter restringido en países en donde haya desaparecido el derecho de huelga, y ello por la ponderación y equilibrio que debe mantenerse, contando de antemano con la desigual posición en que se encuentran colocados los sujetos principales del Derecho del trabajo».

(81) Conforme, RODRÍGUEZ PIÑERO, Op. cit., pág. 184 («En ambos cuerpos normativos (RT y CC) ha sido notablemente completado y extendido el *ius variandi*, en especial al sustituir el necesario presupuesto de la extrema necesidad por una mera exigencia técnico organizativa de la Empresa, ampliación de cuya legalidad la doc-

principios jurídicos y normas de derecho establecidas por disposiciones de superior eficacia» (Sala 6.^a, 1-2-1974, Ar. 395), como son, en mi opinión, las contenidas en la LCT.

3.3. Otros límites

Dejando a un lado el examen de aquellos límites genéricos bien de carácter sindical (presión ejercida por los trabajadores por medio de su Sindicato) bien de carácter legal (por ejemplo, prohibición de que el empresario exija determinadas prestaciones a ciertos sujetos en razón de sus peculiaridades fisiológicas —mujeres y menores—) que pueden afectar al poder de variación unilateral del empresario en la misma medida en que afectan su poder de dirección (82), interesa contemplar ahora que otros límites, junto a los ya examinados de temporalidad del cambio y urgente necesidad, imponen las RT al ejercicio del *ius variandi* objetivo.

En este orden de cosas, la diversa, y a menudo ambigua, terminología reglamentaria permite apreciar la existencia de dos nuevos límites. El primero está destinado a tutelar la carrera profesional del trabajador, evitando su descalificación por estancamiento o fomentando, en caso contrario, su promoción a grados o categorías superiores. El segundo está dirigido a proteger la posición moral y la dignidad del trabajador.

Antes de entrar en el análisis concreto de estos límites, es necesario resaltar que no todas las RT los incorporan a su texto (83), demostrándose con ello, una vez más, la notoria insuficiencia de la actual regulación, desplazada a niveles sectoriales, y la perentoria necesidad de unificar tan importante materia con carácter general.

trina no ha formulado dudas como hubiera sido pensable.» En parecidos términos: SALA FRANCO, Op. cit., pág. 40, ALBIOL MONTESINOS, Op. cit., pág. 123, y GALÁN PÉREZ, Op. cit., pág. 229.

(82) Vid. DE LA VILLA GIL, Op. cit., pág. 317; MONTOYA MELGAR, Op. cit., páginas 218 y sigs., y GIUGNI, Op. últ. cit., págs. 334 y sigs.

(83) Nada dicen al respecto las siguientes RT, entre otras: Industrias del Aceite y sus Derivados, Artes Gráficas, Imprensa Nacional Bazán, Bebidas Refrescantes, Industria Cervecera, Campo, Fotografía, Hostelería e Industria Papelera.

a) *La formación profesional*

Son relativamente numerosas las RT que, al regular los supuestos de trabajos de categoría inferior, condicionan el cambio a que éste «no perjudique ni menoscabe la formación profesional del trabajador» (84). Indeterminada fórmula, que obliga al intérprete a desentrañar su alcance dentro del contexto contractualista en el que el poder de variación actúa. En definitiva, se trata de examinar el sentido de la formación profesional como límite a las modificaciones unilaterales de la prestación laboral.

En este orden de cosas, es de todos conocido que las actuales técnicas de contratación, todavía hoy dominantes, han profesionalizado la categoría, en el sentido en que ésta «viene dada por el oficio o profesión que se practica» (85). El empleador más que contratar funciones (por ejemplo, escribir a máquina o tejer paños) lo que hace es contratar oficios (administrativo o tejedor), los cuales se hacen coincidir en las usuales clasificaciones contenidas en RT y CC, en sentido amplio con el grupo o subgrupo profesional, y en sentido estricto con la categoría propiamente dicha que a su vez, y muy frecuentemente, se divide en grados (oficial 1.º y 2.º administrativo, oficial 1.º y 2.º tejedor).

Planteado así el tema, parece incuestionable que la formación profesional del trabajador está ligada al oficio practicado, con lo que se producirá un menoscabo en ella siempre que se altere su profesión, bien frenando la habilidad o técnica requerida para posibles futuras promociones, bien desviando su actividad hacia otro oficio, o bien, y más sencillamente, descalificando su cometido. En definitiva, se perjudicará la formación profesional de un trabajador siempre que se quiebre la relativa homogeneidad entre las funciones pactadas y las nuevas asumidas, hecho que ocurrirá cuando la muta-

(84) Cfr. Agua (art. 40), Factorías Bacaladeras (párr. 1.º, apar. 2.º, art. 23), Construcción (párr. 1.º, art. 113), Industrias del Corcho (art. 42), Empresas Consignatarias de Buques (párr. 1.º, art. 18), Industrias de Energía Eléctrica (art. 55), Jardinería (párrafo 1.º, art. 46), Limpieza Pública (párr. 1.º, art. 69), Cía. Metropolitano de Madrid (apar. b), art. 38), Marina Mercante (apar. a), art. 76.3), Matadero de Aves y Conejos (párr. 1.º, art. 51), Naviera (párr. 1.º, art. 16), Oficinas y Despachos (párr. 1.º, artículo 28), Prensa (párr. 1.º, art. 70), Tintorerías y Limpieza (párr. 1.º, art. 34) y Transporte por Carretera (párr. 1.º, art. 55). Por otra parte, son numerosos los CC que establecen la Formación Profesional como límite a la movilidad y redistribución del personal; vid. CCSI Industrias del Azufre (RDGT 22-9-1972, BOE 12-10, art. 9.º), y CCSI Matadero de Aves (RDGT 22-2-1973, BOE 10-3, art. 8.º).

(85) Cfr. ALONSO OLEA, Op. cit., pág. 148.

ción de tareas signifique el desempeño de trabajos de grupos, o en su caso subgrupos, diferentes o se degrade gravemente la cualificación del trabajador, marginando la línea categorial establecida.

Es este, a mi juicio, el sentido que hay que dar a la expresión reglamentaria «sin perjuicio de su categoría profesional». Sentido recogido, con excelente criterio, por un pequeño grupo de O.L. (86). Por lo demás, ni que decir tiene que este límite no puede ser contemplado aisladamente, debiéndose de sopesar en cada caso tanto la duración del cambio como el factor desencadenante de la urgente necesidad.

b) *El respeto a la dignidad del trabajador*

En el marco del contrato de trabajo, el respeto a la dignidad del trabajador constituye una manifestación del deber general de protección que recae sobre el empresario, que queda obligado «a tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana» (art. 75.6, LCT). Deber de difícil concreción positiva, cuyo incumplimiento legitima el ejercicio del poder resolutorio por parte del trabajador (87).

En sentido genérico, se atenta contra la dignidad del trabajador con cualquier acto, conducta o gesto que revele una situación de desprecio, menosprecio o desconsideración hacia su persona, familia, creencias o sentimientos; pudiendo ser, por otra parte, muy variado el abanico de instrumentos que exteriorizan este estado: ofensas de palabra u obra, injurias, abuso de auto-

(86) Las fórmulas utilizadas son: «El personal de la Empresa podrá ser destinado a trabajos de categoría inferior a la que tenga reconocida, propios del grupo profesional a que pertenezca». [Cfr. Radiodifusión (art. 32), R. N. E. (art. 35) y TV. E. (artículo 35)]; «cuando se destinase a un trabajador a labores que no fueran de su categoría, dentro de su subgrupo» (cfr. Industrias de Refino de Petróleos, art. 78); «en todo caso, se respetará siempre el orden jerárquico para adscribir al personal a trabajos de categoría inferior». (Cfr. Comercio, párr. 1.º, art. 40), y en muy parecidos términos Industrias Lácteas (párr. 1.º, art. 55) y CC de venta al detall de Frutas y Hortalizas (RDGT 11-10-1972, BOE 26-10, art. 5.º).

Por otra parte, la doctrina legal viene invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio del trabajador, exigiendo que sea éste quien acredite el menoscabo sufrido en su formación profesional. Vid. SICT 14-5-1969, JS, núm. 35, 331-69. Para la configuración de la formación profesional desde una perspectiva más amplia, esto es, como obligación contractual accesoria impuesta al empresario, vid. R. GARCÍA DE HARO: *Régimen jurídico de la Formación Profesional en Derecho español*, Pamplona (Rialp), 1965, págs. 27-31; vid. también BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, Op. cit., pág. 407.

(87) Cfr. apars. a), y e), del art. 78, LCT. Vid. un tratamiento amplio de este tema, en ALBIOL MONTESINOS, Op. cit., págs. 63-76 y 139-146.

edad, arbitrariedad, actos discriminatorios, etc. El núcleo central de este problema reside en determinar qué ha de entenderse por respeto a la dignidad de la persona en el marco de las alteraciones funcionales, o más concretamente, y por decirlo con terminología reglamentaria, cuando un cambio vertical descendente supone «una vejación o menoscabo de la misión, condición o dignidad del trabajador» (88).

En este sentido, entiendo que podrían calificarse como situaciones vejatorias o depresivas todas aquellas alteraciones que empeoren, de forma notoria y grave, la consideración y prestigio social del trabajador dentro de la organización empresarial o del ambiente en el que se desenvuelve (89); afirmaciones éstas que han de ser interpretadas con toda la elasticidad que requieren nociones tan vagas e inconcretas.

A mi juicio, es doble la vía por la que se puede llegar a calificar una situación como vejatoria:

— Por una parte, y desde un perfil individual, valorando comparativamente la entidad de las nuevas tareas encomendadas con la que tenían las inicialmente pactadas. En este sentido, algunas RT, saliendo al paso de posibles situaciones conflictivas, excluyen, *a priori*, como supuestos vejatorios, la realización de trabajos íntimamente relacionados con el propio, entre los que se comprenden los de conservación, reparación y mantenimiento de máquinas y aparatos a cargo del trabajador (90).

(88) Vid. Factorías Bacaladeras (párr. 1.º, apar. 2.º, art. 23), Jardinería (párr. 1.º, artículo 46), Industrias de Energía Eléctrica (art. 55), Marina Mercante (apar. a), artículo 76.3), Oficinas y Despachos (párr. 1.º, art. 28), Matadero de Aves y Conejos (párrafo 1.º, art. 51), Cía. Metropolitana de Madrid (apar. a), art. 38), Tintorerías y Limpieza (párr. 1.º, art. 34) y Tráfico Interior de Puertos (párr. 1.º, art. 27); también CC para Prensa del Movimiento (RDGT 3-7-1973, BOE 20-7, art. 10).

(89) Vid. GIUGNI, Op. últ. cit., pág. 336; PERSIANI: *Prime osservazioni...*, cit., páginas 12-14; ROMAGNOLI: *La disciplina del mutamento...*, cit., págs. 336 y sigs., S. GRASELLI: «La nuova disciplina legale dello *ius variandi*», en *Il dir. lav.*, enero-febrero 1971, páginas 85-87.

(90) Cfr. Factorías Bacaladeras (párr. 4.º, apar. 2.º, art. 23) y Marina Mercante (párrafo 2.º, apar. a), art. 76.3). La fórmula más completa la emplea la RT de Prensa, que preceptúa: «No supondrá vejación para un trabajador realizar trabajos accidentales que estén en relación con su propia función. Entre tales funciones quedan comprendidas la limpieza de máquinas o aparatos a su cargo en aquellas partes que requieran un conocimiento o cuidado superior al que se pueda exigir a los subalternos o aprendices, o en el caso de que no pudieran realizarlos» (párr. 3.º, art. 70).

Por lo que se refiere a los trabajos accidentales, relacionados con el propio, la jurisprudencia ha señalado, por ejemplo, que es función relacionada con la habitual

— Por otra, y desde un plano colectivo, enjuiciando la posición moral en la que ha quedado el trabajador tras el cambio efectuado, «vis a vis», de sus compañeros de trabajo. Con ello, se podrá apreciar si hubo o no trato discriminatorio (91).

4. EFECTOS DEL PODER DE VARIACIÓN EMPRESARIAL

4.1. Efectos jurídico-clasificatorios

El legítimo ejercicio del *ius variandi* dentro de los límites legalmente establecidos no produce ningún efecto clasificatorio. La categoría profesional de origen se mantiene en suspenso, en cuanto a su contenido funcional se refiere, hasta que, desaparecida la causa que motivó el cambio, el trabajador vuelva a reincorporarse a las tareas que contractualmente le son propias (92), reanudándose al tiempo la plena eficacia del principio de equivalencia función-categoría.

El presupuesto fáctico para que el cambio vertical ascendente produzca efectos clasificatorios (la alteración descendente no produce efecto alguno en la clasificación del trabajador, ya que éste vuelve a desempeñar siempre las funciones de su categoría de origen, una vez desaparecida la causa o transcurrido el período de duración máxima) queda condicionado, en las normas reglamentarias, a que se haya consumido en su integridad el plazo máximo fijado como límite temporal para el ejercicio del poder de variación. La ter-

«el lijar madera antes de pintar» (STCT 24-10-1967, JS, núm. 24, 505-67); vid., también, STCT 22-2-1973, Ar. 853/I y 8-3-1973, Ar. 1.114/I, en las que se incluye como función propia la limpieza de una nave. No constituyen trabajos vejatorios, según la jurisprudencia, «el repartir tubos de uralita entre los distintos pisos de una obra y subir a uno un grupo de soldadura» (STCT de 25-4-1973, Ar. 1.812/I), «el vaciar una bodega llena de cascotes» (STCT 6-7-1970, JS, núm. 41, 289-70) o «el que un oficial 1.º monte unas ballestas» (STCT 6-7-1968, JS, núm. 29, 362-68). Para un detallado análisis de los supuestos vejatorios apreciados por nuestros Tribunales de Trabajo, vid. M. ALONSO OJEA: «Ejecución de sentencias: el incidente de no readmisión», en 3.º Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, vol. II, Madrid (Publicaciones del Ministerio de Trabajo), 1970, págs. 1143-1164.

(91) Alguna RT establece, en esta línea, que «se procurará encomendar los trabajos de categoría inferior a los agentes más modernos de entre los disponibles» (cfr. Cía. Metropolitano de Madrid, apar. b), art. 38). En doctrina legal, y desde esta perspectiva colectiva, vid. STCT de 17-5-1973, Ar. 2.136/I, que califica de supuesto vejatorio «el despojar a un trabajador de toda su autoridad y mandato».

(92) Vid. MIRAVALS CASESNOVES, Op. cit., pág. 56, y RIVERO JAMAS, Op. cit., página 212.

minación de este período abre la vía a la promoción del trabajador (93), posibilitando el ascenso a la categoría cuyas funciones se estuvieron desempeñando.

En nuestro ordenamiento laboral no cabe hablar, sin embargo, de promoción automática del trabajador a la categoría superior. Las disposiciones reglamentarias son claras y unánimes en este punto, preceptuando que, transcurrido el plazo fijado como duración máxima para el ejercicio del poder de variación empresarial, «el trabajador ocupará la vacante si le correspondiese de acuerdo con las normas sobre ascenso o, en caso contrario, se reintegrará a su antiguo puesto de trabajo, ocupándose aquella vacante por quien corresponda» (94).

En definitiva, pues, para que el cambio vertical ascendente produzca efectos sobre la clasificación del trabajador se requiere la concurrencia de dos presupuestos. Por una parte, haber agotado el período predeterminado como límite máximo para el ejercicio del *ius variandi*; por otra, reunir los requisitos reglamentarios necesarios para el ascenso (95).

(93) Esta regla quiebra respecto de los trabajos discontinuos, para los que el transcurso del período máximo de duración no genera derecho a la promoción. Vid. Agua (párr. 5.º, art. 38), Empresa Nacional Bazán (párr. 4.º, art. 37), Hostelería (párr. 4.º, apar. A), art. 26), Industrias del Aiceite y Derivados (párr. 4.º, art. 28), etcétera. Este criterio reglamentario contradice, a mi juicio, la doctrina reiteradamente expuesta por la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, y según la cual «no se puede dejar al arbitrio de una de las partes del contrato, la empresarial, la promoción laboral de un productor»; vid. en este sentido, STS 27-1-1973, Ar. 374 y 27-6-1973, Ar. 3.277.

(94) Emplean estos mismos términos, las siguientes RT: Industrias del Aceite y Derivados (párr. 9.º, art. 38), Empresa Nacional Bazán (párr. 3.º, art. 37), Empresas Consignatarias de Buques (párr. 1.º, art. 17), Hostelería (párr. 3.º, apar. A), art. 26), Naviera (párr. 1.º, art. 15), Oficinas y Despachos (párr. 2.º, art. 27), Personal dependiente del MOP (párr. 2.º, art. 20), Siderometalurgia (párr. 3.º, art. 81) y Tráfico Interior de Puertos (párr. 3.º, art. 26). Vienen a establecer lo mismo, aunque con diversa terminología: Cía. Metropolitana de Madrid (párr. 3.º, apar. A), art. 38), Factorías Bacaladeras (párr. 3.º, apar. 1.º, art. 23), Industrias Lácteas (párr. 2.º, art. 54), Comercio (párr. 1.º, art. 39), Industria Papelera (art. 39), etc.

En el ordenamiento italiano, tras la promulgación de la ley de 20 de mayo de 1970 («Estatuto de los Trabajadores»), se ha establecido la promoción automática para los supuestos de cambio vertical ascendente. Cfr. art. 13. («En el caso de asignación a funciones superiores el trabajador tiene derecho al tratamiento que corresponde 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.»)

(95) El Tribunal Supremo reiteradamente tiene establecido que «no basta que un trabajador ejercite las tareas impartidas a clase profesional más elevada con la aneja constatación de esta paridad, sino que precisa, además, llenar los requisitos regla-

Aparentemente, el criterio reglamentario resulta correcto, ya que la necesaria observancia del sistema de promoción tiene su fundamento en la protección de intereses de terceros (96). Las normas reglamentarias sobre ascensos constituyen, de esta forma, un obstáculo insalvable cuando, de prescindir de ellas, se perjudique el mejor derecho de otro trabajador.

Sin embargo, estimo que tan importante como tutelar intereses de terceros, vía por la que se puede, en claro fraude a la ley, incurrir en arbitrariedades y actos discriminatorios, es reconocer al trabajador que temporalmente desempeñó funciones de categoría superior un derecho subjetivo al ascenso. El nudo central de la cuestión reside, de esta forma, en el modo de conciliar y armonizar ambos intereses; modo que, a mi juicio, podría conseguirse mediante las siguientes reglas técnicas, recogidas ya por algunas RT:

a) El empresario debería estar obligado a designar para el desempeño de los trabajos de superior categoría a aquel trabajador al que correspondiese el ascenso, de conformidad con las normas aplicables. Con ello, se evitarían los dramas personales de quienes, tras haber agotado el lapso de tiempo fijado para la provisión de vacante, ven frenada su promoción por el mejor derecho de un tercero (97).

b) La designación efectuada por el empresario habría de ser considerada como irrevocable en el caso en que la provisión de vacante quedase sujeta al turno de libre elección (98), sin perjuicio, claro está, del posible derecho del trabajador a reintegrarse a sus funciones de origen. La finalidad de esta regla es evidente: tiende a evitar períodos de prueba encubiertos.

mentarios» (STS, 4.ª, 27-6-1973, Ar. 3.278). En el mismo sentido, vid.: 15-3-1970, Ar. 1.626; 27-10-1970, Ar. 4.837; 1-3-1971, Ar. 1.182; 25-2-1973, Ar. 1.123; 6-3-1973, Ar. 2.061, y 19-11-1973, Ar. 4.804.

(96) Vid. STS (4.ª), 4-6-1966, Ar. 2.937 («... que la observancia del sistema de promoción establecido en cuanto protector de intereses de tercero...»). Cfr. también OÍ, Empresas Consignatarias de Buques (párr. 1.º, art. 17) («... sin perjuicio de otros trabajadores de mejor derecho»).

(97) En estos términos, Madera (párr. 3.º, art. 106). Vid., también, Prensa (párr. 2.º, artículo 29) («Los trabajos de categoría superior serán realizados provisionalmente por el más antiguo de la categoría), y Cía. Metropolitano de Madrid (párr. 2.º, apar. a), artículo 38) («La realización de estos trabajos --categoría superior-- se procurará encomendar a los agentes... de más antigüedad»).

(98) Las RT de Jardinería (párr. 2.º, art. 45), Prensa (párr. 3.º, art. 69) e Industrias Químicas (art. 36.3) recogen ya esta regla. El Tribunal Supremo no mantiene, en este punto, un criterio uniforme, puesto que mientras en alguna ocasión ha declarado que «... han de tener cabida (en la libre designación) quienes por voluntaria dis-

Aunque no todas las RT establezcan de forma expresa que transcurrido el período de duración máxima «será declarada la vacante» (99), entiendo que la Empresa no puede negarse a proveer la plaza argumentando la inexistencia de vacantes por tener cubierta la plantilla. Una interpretación distinta, variaría de contenido al efecto jurídico-clasificador que se está examinando, fundamentado —no se olvide— en la presunción de que el mero transcurso de los plazos, intrínsecamente ya dilatados, transforma en habitualidad lo que en un principio apareció por exigencias ineludibles (100).

La jurisprudencia de la Sala 4.^ª del Tribunal Supremo se ha mostrado vacilante en este punto, puesto que mientras en ocasiones ha exigido rigurosamente el requisito de la existencia o disponibilidad de vacantes (101), en otras ha señalado que su inexistencia no puede servir de freno para el ascenso, argumentando, por ejemplo, «que si al interesado se le ordenó y realizó funciones de oficial 1.^ª, es claro que era la misma Empresa la que le había elegido y el que aparezca plantilla aprobada y no exista vacante no puede servir de obstáculo para que se asigne al trabajador la categoría correspondiente a las funciones que realmente desempeñó» (102).

posición de la Empresa han sido promovidos al desempeño de funciones de categoría superior» (STS, 4.^ª, 9-5-1967, Ar. 3.005, y 5-12-1969, Ar. 5.652), en otras ha mantenido la doctrina contraria (STS, 4.^ª, 1-3-1971, Ar. 1.182).

En otro orden de cosas, hay que destacar que el Tribunal Supremo ha declarado igualmente que, cuando para proveer la plaza sea necesario efectuar pruebas técnicas o selectivas, el sentido de éstas ha de ser «racionalmente analizado», puesto que la práctica de las funciones de categoría superior durante períodos dilatados implica ya un reconocimiento por la Empresa de la aptitud del trabajador. (STS, 4.^ª, 29-4-1967, Ar. 2.243.)

(99) Así lo establecen Comercio (párr. 1.^º, art. 39), Industrias Lácteas (párr. 2.^º, artículo 54) e Industria Papelera (art. 39).

(100) Aplicando en sentido restrictivo el presupuesto de la «urgente necesidad», serían poco frecuentes en la práctica los casos en los que se consumiera el período de duración máxima. Precisamente, la ampliación ilegal llevada a cabo en este punto por las Reglamentaciones (vid. *supra*) eleva la cuantía de estos supuestos. Para corroborar esta afirmación, basta observar el elevado número de casos que resuelve la jurisprudencia sobre trabajos de categoría superior, una buena parte de los cuales tienen su origen en simples exigencias técnicas de la Empresa.

(101) «La promoción a cualquiera de las categorías requiere ante todo que se origine la vacante, y la Empresa ha demostrado que lejos de vacante tiene exceso de...» (STS, 4.^ª, 12-11-1970, Ar. 4.881). En parecidos términos, 15-10-1970, Ar. 4.141; 9-12-1970, Ar. 5.397, y 1-3-1971, Ar. 1.182.

(102) Cfr. STS, 4.^ª, 6-6-1970, Ar. 3.091. También 9-3-1967, Ar. 3.459 y 3-4-1965, Ar. 1.828. Un tratamiento jurisprudencial amplio, en PALOMEQUE LÓPEZ: *El supuesto...*, cit., págs. 106 y sigs., especialmente pág. 111, donde dice: «... no parece plenamente justificada la exigencia de vacante en la plantilla de la Empresa como requisito preceptivo para el ascenso de categoría...».

Por último, creo que en nuestro ordenamiento no cabe polemizar sobre la consensualidad o no de la modificación definitiva de la categoría (consolidación de categoría superior), una vez agotado el plazo máximo fijado para la alteración funcional. En efecto, frente a la tesis sostenida por un sector representativo de la doctrina italiana de que en tales supuestos se prescinde del consentimiento del trabajador, «al verificarse la promoción por el solo hecho del transcurso en el tiempo de la modificación temporal» (103), en nuestro ordenamiento, como ya se señaló, el ascenso no es automático; pero aun admitiendo que en ciertos casos sí lo fuera, todavía podría objetarse a la tesis de la no contractualidad del ascenso que lo que en realidad se adquiere es un derecho a la promoción, que se actúa con el normal consentimiento del trabajador al que puede no interesar el cambio definitivo de categoría (104).

4.2. Efectos jurídico-patrimoniales

a) Durante el período de quiebra del principio de equivalencia función-categoría

La imprecisa exigencia impuesta por el párrafo 2.º del artículo 64 de la LCT, a cuyo tenor el empresario queda obligado a «indemnizar» al trabajador afectado por el ejercicio del poder de variación, queda completada y técnicamente corregida a través del principio, linealmente mantenido en RT y CC, de que el *ius variandi* empresarial puede operar una modificación *in melius* de la retribución asignada a la categoría, pero nunca una *reformatio in peius*. Esto es, la asignación de cometidos propios de categoría superior comporta para el trabajador el derecho al superior tratamiento económico, mientras que en el desempeño de tareas de inferior categoría el trabajador conserva el derecho a percibir la retribución de su categoría de origen, manteniéndose

(103) Cfr. PERSIANI, Op. últ. cit., págs. 87-88. En parecidos términos, también ROMAGNOLI, Op. últ. cit., págs. 335-336. («La verdad es que si la ley no tiene en cuenta el consentimiento del trabajador, esto no sucede en base a un presunto interés suyo, sino porque —...— debe poder garantizar al empresario la realizabilidad concreta de un programa de desarrollo profesional de los propios dependientes...»)

(104) Vid. GRASELLI, Op. cit., págs. 87-88; A. FRENI y G. GIUGNI: *Lo Statuto dei lavoratori*, Milán (Giuffrè), 1971, pág. 53, y ASSANTI y PERA, Op. cit., pág. 149.

Algún convenio colectivo ha venido a reconocer expresamente como una facultad del trabajador la aceptación de los ascensos «cuando le sean propuestos»; cfr. apartado c), B), art. 14, CCSI Factorías de Secado de Bacalao, RIDGT 15-2-1974, BOE 28-2.

inalterada, de esta forma, la prestación salarial profesional originariamente deducida en el contrato (105).

No obstante la aparente sencillez de esta regla, factores tales como la complejidad de la estructura salarial y la función económica de la categoría profesional —cuya misión es, bajo este aspecto, la de indicar grados homogéneos y mínimos de retribución por unidad de tiempo— dificultan su aplicación concreta.

Es evidente que ningún problema surgirá cuando la retribución salarial esté compuesta en su integridad por conceptos retributivos, reglamentaria o convencionalmente fijados, de naturaleza profesional. En este supuesto, el ejercicio del *ius variandi* objetivo genera el derecho bien a percibir la diferencia en más existente entre las retribuciones profesionales asignadas a la categoría de origen y a la superior cuyas funciones temporalmente se ejecutan (106), bien a conservar el nivel retributivo previsto para la categoría contractual, caso de ser éste superior al que corresponde a los cometidos que efectivamente se realizan (107). Bien entendido, a estos efectos, que las denominadas gratificaciones voluntarias fijas y periódicas, integradas en los contratos individuales de trabajo, tienen carácter *profesional* si, fijadas en cuantía variable según categoría, se han establecido como mejora generalizada para

(105) Vid., *ad exemplum*, respecto de los trabajos de categoría superior: Artes Gráficas (art. 51), Bebidas Refrescantes (párr. 1.º, art. 15), Factorías Bacaladeras (párrafo 1.º, apar. 1.º, art. 23), Industria del Corcho (párr. 1.º, art. 41), Campo (art. 92), Construcción (párr. 1.º, art. 112), etc., y CCSI Industria del Caucho (párr. 3.º, art. 30, RDGT 26-12-1973, BOE 6-1-1973), CC Cadenas COPE cit. (párr. 2.º, art. 6.º), CC Prensa del Movimiento (art. 10, RDGT, 3-7-1973, BOE 20-7), etc.

Respecto de los trabajos de categoría inferior, vid. Artes Gráficas (art. 52), Bebidas Refrescantes (art. 16), Comercio (párr. 1.º, art. 40), Campo (art. 93), Industrias de Energía Eléctrica (art. 55), etc., y CC Empresas de venta al detall de Frutas y Hortalizas (art. 6.º, RDGT 11-10-1972, BOE 26-10) y CC Prensa del Movimiento cit. (art. 10).

(106) Vid., en jurisprudencia, STCT 18-1-1968, JS, núm. 27, 150-68; 23-2-1968, JS, núm. 27, 151-68; 21-6-1968, JS, núm. 39, 450-68; 20-9-69, JS, núm. 36, 538-69; 22-10-1969, JS, núm. 36, 539-69; 30-5-1971, JS, núm. 46, 214-71; 31-10-1972, JS, núm. 55, 452-72, y 7-12-1972, JS, núm. 56, 512-72.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha acudido en varias ocasiones a la teoría del enriquecimiento injusto para reconocer el derecho que tiene el trabajador que realiza funciones de categoría superior a percibir el salario mayor. Vid. STS (6.º), 17-5-1968, Ar. 2.816, y 10-11-1973, Ar. 4.667.

(107) De forma absolutamente incomprensible, algunas RI quebrantan esta regla para aquellos casos en los que el desempeño de trabajos de categoría inferior venga motivado por fuerza mayor. Vid. Marina Mercante (párr. 2.º, apar. b), art. 763), Naviera (párr. 2.º, art. 16), Oficinas y Despachos (párr. 3.º, art. 28) y Tráfico Interior de Puertos (párr. 3.º, art. 27). Sobre la legalidad de esta excepción mantengo serias reservas.

todos los trabajadores de la Empresa (o los de un grupo o subgrupo profesional), rigiendo, pues, el principio de adquisición de la retribución superior o conservación de la más favorable según los casos, y tienen carácter *personal* si han sido pactadas en atención a las cualidades concurrentes en el trabajador —mejora *ad personam*—, no pudiendo dejar de percibirse, en la misma cuantía y periodicidad, argumentando que no se efectúa el trabajo acordado (108).

La hipótesis expuesta, sin embargo, por una parte, no agota la multiplicidad de situaciones fácticas, y, por otra, raramente responde a la efectiva estructura de las retribuciones, en las que se integran por imposición legal, convencional o contractual, una variada gama de componentes salariales devengados no en razón de la categoría profesional ostentada sino de la función, puesto de trabajo o calidad del propio trabajo desempeñado (109).

La cuestión nodal se centra, pues, en determinar si el derecho a conservar la retribución de la categoría de origen afecta a los devengos extracategoriales, entre los que las primas e incentivos tienen una notable importancia cuantitativa.

En este orden de cosas, vaya por delante la duplicidad de soluciones que ofrece el examen tanto de la jurisprudencia como de las normas reglamentarias y convencionales. Así, y por lo que se refiere a la tesis positiva, algunas RT disponen que el trabajador que realice tareas de categoría inferior «seguirá percibiendo el salario y demás evolutivos que por su categoría y funciones anteriores le correspondía» (110), estableciendo de forma inequívoca (111) el principio de conservación plena de los derechos económicos. Criterio éste refrendado, por lo demás, por una discontinua, aunque contundente, doctrina legal (112).

(108) Vid. STCT 14-3-1973, Ar. 1.246/1 («... y en el presente caso se pretende una rebaja de categoría profesional del actor, unilateralmente, de hecho y con pérdida de haberes ... hasta el día ... en que se le priva de una retribución fija y periódica que de la Empresa percibía desde su ingreso y en atención a la cualidad de encargado ... es claro que cualquiera que fuere el nombre que se le asigne por la Empresa, ha entrado a formar parte del patrimonio del trabajador y constituye devengo»).

(109) Vid. apars. B) y C) del art. 3.º del Decreto 2.380/73 de 17-8.

(110) Cfr. Construcción (párr. 1.º, art. 112), Limpieza Pública (párr. 1.º, art. 68) y Matadero de Aves y Conejos (párr. 1.º, art. 51).

(111) De forma no tan expresiva se manifiestan algunas RT al establecer que «el trabajador mantendrá la totalidad de su retribución», sin aclarar si ésta se refiere a la de la categoría o también a la extracategorial; me inclino por la segunda tesis. Cfr. Fotografía (párr. 1.º, art. 34) e Industrias de Refino de Petróleos (art. 78).

(112) Vid. STCT 29-11-1968, JS, núm. 31, 750-68 («... pues al establecer la obligación de los agentes de desempeñar funciones propias de su grupo que tengan señalada remuneración interior - ayudante de maquinista en lugar de maquinista -, ello

Sin embargo, la mayor parte de las RT y CC se separan de esta tesis, limitando la inalterabilidad de la retribución a la que tenga un carácter estrictamente categorial. Expresiones como las de que «el trabajador seguirá percibiendo el salario que por su categoría le corresponda» (113), «mantendrá la retribución fija de su puesto anterior» (114) o «conservará los derechos correspondientes a su categoría de origen» (115) son, en mi opinión, suficientemente reveladoras (116).

no determinaría cambio alguno de retribución, el que evidentemente se produciría de dar a la mentada circular la interpretación pretendida por la recurrente, de entender que la prima reclamada está en relación con la función que realmente desempeña el productor y no con el salario correspondiente a la plaza prevista en la plantilla, o sea, la de maquinista que los actores figuran en aquélla); en idénticos términos, STCT 4-12-1969, JS, núm. 37, 698-69. También STC 12-6-1973, Ar. 3.261/II («... el precepto denunciado establece que todo agente está obligado a desempeñar las funciones que se le encomienden, sin que esta obligación determine cambio alguno de retribución, siendo evidente que formando parte del salario las primas ..., al mantener el criterio de la demandada, los maquinistas de vapor al realizar funciones de ayudantes, de no percibir la prima de acuerdo con su categoría ven mermada su retribución...»).

(113) Cfr. Agua (art. 40), Empresa Nacional Bazán (art. 38) y Empresas Consignatarias de Buques (párr. 1.º, art. 18).

(114) Cfr. Industria Papelera (párr. 1.º, art. 40). Más contundente resulta el artículo 11 del CCSI para las Industrias transformadoras de Materias Plásticas (RDGT 20-11-1972, BOE 2-12) que preceptúa: «... en el supuesto de cambio de puesto de trabajo el productor conservará inalterados todos los conceptos retributivos cuyo devengo sea independiente de la labor realizada, y perderá los incentivos, pluses y demás conceptos ligados al puesto de trabajo de origen para pasar a percibir los del nuevo destino...».

(115) Vid. Bebidas Refrescantes (art. 16), Industrias del Caucho (art. 42), Factorías Bacaladeras (párr. 1.º, apar. 2.º, art. 23), etc.

(116) El TCT se ha pronunciado en varias ocasiones a favor de esta tesis, aunque sus pronunciamientos no hayan estado siempre referidos a supuestos de trabajos de categoría inferior. Vid. STCT 8-10-1970, JS, núm. 42, 438-70 —los actores solicitaban que la Empresa les abonase iguales incentivos que venía abonando a otros trabajadores de la misma categoría, pero que desempeñaban su trabajo en distinta sección—. («Que sólo cabe, por consiguiente, percibir la retribución correspondiente a un incentivo determinado cuando, efectivamente, se prestan los servicios o se ejercita la tarea específica que da lugar a dicha mejora salarial, porque la primera es un concepto variable que depende de la propia naturaleza del trabajo, *no de una categoría profesional*, ni siquiera de un departamento...»); 2-11-1971, JS, núm. 49, 560-71 —los actores solicitaban la conservación de una prima que venían percibiendo antes del traslado de la sección de alimentación a la planta general— («... de ser el salario la contraprestación fundamental a que viene obligada la Empresa que se beneficia del esfuerzo y trabajo del productor, y por tanto, desapareciendo el esfuerzo por cambiar de puesto de trabajo, desaparece la causa de obligar al pago o contraprestación de la misma...»), y 26-11-1969, JS, núm. 37, 696-69 — caso realmente curioso, ya que plantea la situa-

Esta disparidad de criterios reconduce el problema, desde una perspectiva *ex lege*, a un terreno casuístico que, a su vez, permite obtener la siguiente conclusión: salvo que una norma exprese lo contrario, los complementos extracategoriales se determinan en relación con la función desempeñada, pudiendo sufrir variaciones en más o en menos al cambiar el trabajador de puesto de trabajo por ejercicio del *ius variandi* empresarial (117).

Dos observaciones han de complementar la anterior conclusión. Por una parte, cuando la categoría profesional tenga relevancia para el cálculo de los devengos extracategoriales (por ejemplo, porcentajes sobre el salario de la categoría), será la categoría superior, o en su caso la de origen, la que ha de servir como módulo para efectuar la citada operación. Por otra, no será admisible el que la mayor ganancia obtenida por el trabajador que ejecuta funciones de categoría inferior sea valorada al objeto de disminuir la entidad de la retribución fija —la de su categoría de origen— que le es debida (118).

El deseo de mantener inalterado el principio de sinalagmaticidad de las prestaciones (119) puede conducir al elemental olvido de las graves conse-

ción inversa a la que se toma como hipótesis de trabajo; es decir, un oficial que realiza temporalmente funciones de auxiliar de Caja y percibe una gratificación por esta función pretende, al reincorporarse a las tareas propias de su categoría, conservar la citada gratificación — («... al dejar de realizar el actor los servicios de Caja, no puede pretender seguir cobrando aquel beneficio en compensación de una función que ya no realiza, porque la gratificación que se reclama no es consolidable por ser esencialmente funcional ... y como al actor se le encomendaron precisamente las funciones propias de su categoría de oficial, dejando de realizar trabajos de categoría inferior ..., es llano que ..., el recurrente ha pasado de una situación de anormalidad laboral a la que reglamentariamente le corresponde, y al no tener señalado ésta aquel beneficio, no puede ya en lo sucesivo cobrarla...»).

(117) Confirma esta tesis la STCT de 23-2-1973, Ar. 874/1, que en un mismo caso reconoce el derecho a la conservación de los incentivos en el desempeño de trabajos de categoría inferior, por establecerlo así la normativa en aquél entonces aplicable, pero que rechaza la pretensión del actor a partir del momento de entrada en vigor de una nueva normativa que altera el anterior criterio («Que en lo referente al segundo período ..., ciertamente que el magistrado sentenciador infringió el artículo 99 de la Reglamentación de ..., ya que en virtud de este precepto los incentivos, concepto en el que se comprenden las primas, corresponderán siempre al puesto de trabajo que en cada momento desempeñe el agente...»).

(118) GIUGNI: *Mansioni...*, cit., pág. 365-366.

(119) Es este principio el que sirve a la doctrina legal como argumento base en qué apoyar el criterio negativo (cfr. SALA FRANCO, Op. cit., pág. 49). Por otra parte, RIVERO LAMAS («Tipificación y estructura del contrato de trabajo», en *Temis*, núm. 28, 1970, pág. 25 de separata) refiriéndose al sinalagma en el contrato de trabajo señala que «no hay necesidad de empeñarse en establecer una relación entre trabajo efectivamente prestado y salario debido», criticando la tesis de quienes vinculan el salario con la función desempeñada.

cuencias que ocasiona su aplicación rigorista. O dicho en otros términos, la exclusión de los devengos extracategoriales del principio de conservación de la prestación retributiva de origen puede comportar, y de hecho comporta, una disminución efectiva en la remuneración total del trabajador, haciendo inoperantes las garantías puestas por el ordenamiento en favor de la parte más débil del contrato, que es la que ha de sufrir las modificaciones unilaterales en la prestación (120).

Para evitar este efecto negativo, y ya en el terreno de *lege ferenda*, no sería necesario, a mi juicio, ni provocar rupturas bruscas del sinalagma funcional ni, por supuesto, traer a colación, tal y como desafortunadamente hace el párrafo 2.º del artículo 64 de la LCT, obligaciones indemnizatorias a cargo del empresario. Bastaría con completar el principio general expuesto, con una cláusula que garantizase al trabajador en los supuestos de cambio vertical de funciones por ejercicio del poder de variación empresarial unos ingresos que, en conjunto, no fuesen inferiores a los que venía percibiendo en su puesto habitual de trabajo.

Poderosas razones de equidad aconsejan el que en la futura reforma de la LCT se generalice esta solución (121), recogida ya en alguna norma reglamentaria (122). Mientras tanto, corresponde a la doctrina legal progresar en esta vía que, a mi juicio, armoniza perfectamente con toda la construcción jurídica que preside el ejercicio del poder de variación empresarial.

(120) Acertadamente observa SALA FRANCO (Op. cit., pág. 48) que los cambios de puesto de trabajo que impliquen una disminución efectiva en la retribución pueden resultar, de admitirse, «una excelente arma patronal de discriminación o sanción indirecta». Esta observación es plenamente aplicable a los supuestos de cambios de puesto de trabajo como consecuencia de alteraciones funcionales.

(121) Dice RIVERO LAMAS (*Tipificación...*, cit., pág. 13) que «sobre el contrato de trabajo los regímenes positivos están operando una remodelación continua del contenido de las obligaciones de las partes, que rompen su equilibrio formal, entendido como correspondencia causal y simétrica de las obligaciones de las partes. Lo que son quiebras múltiples en la bilateralidad para la teoría del sinalagma aparece, en cambio, como aproximaciones del régimen regulador en la búsqueda, por la ley, de una mayor justicia de contrato» (subrayado mío).

(122) Vid. Establecimiento Minero de Almadén (párrs. 3.º, 4.º y 5.º del artículo 51, y párr. 1.º, art. 52).

b) *Recobrada la eficacia del principio de correspondencia
función-categoría*

Desaparecida la causa que motivó el estado de urgente necesidad y/o transcurrido el período de duración máxima establecido para el legítimo ejercicio del poder de variación empresarial, el principio de correspondencia función-categoría recobra su plena eficacia: el trabajador ejecuta los cometidos asignados a su categoría contractual y percibe el salario para ella previsto. En definitiva, se retorna a la situación *quo ante*.

Sin embargo, diversas RT prevén la consolidación del tratamiento económico más favorable --adquisición de la retribución fijada para la actividad de mayor valor temporalmente desempeñada -- cuando el trabajador que haya realizado funciones de categoría superior, bien de forma continua (123) bien alterna (124), agote el plazo marcado como límite temporal máximo.

El derecho a la consolidación afecta exclusivamente a la retribución mínima establecida para la categoría superior cuyas funciones se prestaron (125-126). Con la importante salvedad, que lo que en realidad se consolida no es una retribución en cuantía fija, sino la diferencia entre las retribuciones mínimas (reglamentaria o convencionalmente establecidas) asignadas a dos categorías. Diferencia que podrá ser absorbida cuando el trabajador, según los procedimientos reglamentarios, ascienda a la categoría superior concreta, pero que no podrá serlo, a mi juicio, con cargo a posteriores incrementos en la retribución mínima de la categoría de origen.

4.3. *Otros efectos*

La categoría profesional no agota su función en la esfera de los derechos de contenido patrimonial, sino que también se extiende al círculo de derechos personales (jornada, vacaciones, etc.) y colectivos (derechos de sufragio de los enlaces sindicales y vocales Jurados de Empresas). Afirmación, que

(123) Vid. Industrias del Aceite y Derivados (párr. 3.º, art. 28), Empresa Nacional Bazán (párr. 3.º, art. 37), Hostelería (párr. 3.º, apar. A), art. 26), Metalgráfrica (párrafo 3.º, art. 62), Metalgráfrica (párr. 3.º, art. 62), Siderometalurgia (párr. 3.º, artículo 81)...

(124) Vid. Agua (párr. 5.º art. 38), Hostelería (párr. 4.º, apar. A), art. 26), Metalgráfrica (párr. 4.º, art. 62), Siderometalurgia (párr. 4.º, art. 81).

(125-126) La RT (vid. notas 123-124) hablan de «consolidación del salario base en dicha categoría».

puede extenderse a determinadas obligaciones contractuales (por ejemplo, plazo de preaviso para la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador).

Supuesto esto, la cuestión a resolver se plantea en los siguientes términos: la modificación transitoria de la prestación laboral, ¿altera el contenido de los derechos (deberes) de carácter extrapatrimonial?; o más concretamente, ¿se ve afectada la posición del trabajador en la Empresa por la ruptura del principio de correspondencia función-categoría?

A mi juicio, la solución no ha de buscarse analizando los efectos que la alteración produce, concluyendo que se conservarán los derechos de la categoría de origen o se disfrutarán los de la categoría superior, o hipotéticamente inferior, según perjudiquen los unos o beneficien los otros; sino que habrá de examinarse la naturaleza de cada derecho o deber en concreto. Así, y desde esta perspectiva, cabe señalar que aquellos derechos u obligaciones que, aún relacionándose con la categoría profesional, tengan entidad autónoma o puedan constituir contenido específico del poder de variación empresarial (por ejemplo, la jornada o el lugar de trabajo) se conservarán o perderán según el régimen jurídico que en cada caso les sea aplicable (127). Por el contrario, aquellos otros para los que la categoría comporte presupuesto constitutivo (por ejemplo, designación como enlace sindical) se conservarán en todos sus términos, perdiéndose sólo, y en su caso, por el cambio definitivo de categoría, pero nunca por la modificación provisional de funciones (128).

5. «IUS VARIANDI» Y «IUS RESISTENTIAE»

El ejercicio del poder de variación dentro de los límites y condiciones legalmente impuestas implica *in actu* la sujeción del trabajador a la decisión empresarial, produciéndose así el efecto previsto por el ordenamiento jurídico. A su vez, y como obligado reverse de esta incuestionable afirmación, la ausencia de los presupuestos configuradores de este poder excepcional o su ejercicio extralimitado fundamenta la no vinculación del trabajador al acto del empresario, en aplicación del principio general de que *quod non con-*

(127) Vid. STC/T de 11-12-1970, JS, núm. 43, 545-70, en donde se reconoce el derecho de un trabajador asignado temporalmente a funciones de categoría superior a disfrutar la jornada inferior establecida para esta categoría.

(128) Las RT raramente tratan de la situación de los derechos conexos a la categoría. No obstante, alguna ha establecido el principio de conservación plena de todos los derechos en caso de trabajos de categoría inferior; cfr. Industrias de Energía Eléctrica (art. 55).

ventum non debetur (129). En definitiva, pues, se trata de reconocer que frente a un *ius variandi* abusivo o ilícito, al trabajador corresponde un legítimo *ius resistentiae*.

La solución propuesta, con ser «lógica y plenamente jurídica» (130), dista mucho de ser admitida unánimemente, resolviéndose la cuestión según el interés que, en cada caso, se estime como más digno de tutela: el del trabajador a la obediencia justa o el del empresario al mantenimiento de la autoridad y disciplina de la organización de trabajo.

Nuestros Tribunales, Supremo y Central, vienen adoptando en esta sede, casi de forma reiterada e iterativa, una postura contraria al derecho de resistencia del trabajador. Los razonamientos jurídicos que presiden esta línea jurisprudencial pueden esquematizarse del modo siguiente: existe una presunción *iuris tantum* de legitimidad de la orden empresarial (131), viniendo obligado el trabajador a acatar el mandato, sin perjuicio de impugnarlo por el cauce procesal adecuado si lo estima contrario a derecho (132).

La más grave crítica que, a mi juicio, cabe hacer a esta doctrina —cuya conexión con la teoría que configura a la Empresa como comunidad organizada y jerarquizada de trabajo es patente— es que presupone que la apreciación subjetiva de la orden, efectuada por el trabajador, y su correspondiente

(129) Vid. GIUGNI, Op. últ. cit., pág. 368; RODRÍGUEZ PIÑERO, Op. cit., pág. 168; MARAVALL CASESNOVES, Op. cit., pág. 64, y ALBIOL MONTESINOS, Op. cit., págs. 112 y siguientes.

(130) Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, Op. y loc. cit.

(131) Señala G. DEÍGUEZ CUERVO («Sobre la obediencia del trabajador», en RPS, número 91, 1971, pág. 93) que la presunción de legitimidad opera de cara a la legalidad.

(132) Vid., de la Sala 6.ª del Tribunal Supremo, sentencias de 17-11-1961, Ar. 199; 28-10-1966, Ar. 4.687, y 22-2-1968, Ar. 53c. Entre las más modernas, vid. 18-11-1970, Ar. 5.139 («Ni el concepto de la obligada disciplina autoriza la negativa y desobediencia a las órdenes del empresario ..., ni es concebible que la apreciación subjetiva del empleado baste para subvertir de inmediato la dependencia jerárquica al efecto de descartar y desobedecer las órdenes del patrono, sin perjuicio, claro es, de obtener una reparación del agravio»); 16-12-1971, Ar. 4.765 («Es inadmisibles que una orden revestida en principio de caracteres de licitud sea desobedecida; el actor venía obligado a cumplir de inmediato el mandato de su Empresa, sin perjuicio de impugnarlo por el cauce procesal adecuado»). Del TCT, vid., entre las últimas, la de 9-2-1973, Ar. 617/I («No puede admitirse que sea el trabajador quien se erija en definidor de su propio derecho y vaya valorando la procedencia o improcedencia de las órdenes...»); 5-2-1973, Ar. 522/I («... ya que si no estaban conformes con la orden, debieron, en aras de la disciplina tan necesaria para la buena marcha de la producción, cumplimentarla y luego formular la oportuna reclamación»), y 22-2-1973, Ar. 853/I («En el supuesto de órdenes inadecuadas, el operario debe cumplirlas, pues a ello le obliga el más elemental deber de disciplina»).

rechazo, determina ya un acto de desobediencia; acto que impide *tout court* entrar en el examen de lo que constituye el fondo del asunto: la licitud o no de la orden (133).

Si la desobediencia se define, conforme tiene dicho el Tribunal Supremo, «como la negativa del trabajador a cumplir las órdenes del empresario dentro de los límites del contrato de trabajo» (134), entiendo que negar al deudor de trabajo el derecho a valorar subjetivamente la ilicitud del mandato empresarial y su posterior resistencia, argumentando que con ello «se subvierte la dependencia jerárquica», y se quebranta «el orden preciso para el normal desarrollo de la producción» o la «disciplina necesaria para la marcha de la Empresa» (135), significa:

a) En el terreno dogmático, desconocer la propia noción elaborada de desobediencia (136), además de concebir la Empresa como presupuesto lógico-jurídico necesario de la relación laboral.

b) En el terreno práctico, por una parte, reducir a dos las opciones del trabajador frente a una modificación de la prestación laboral fuera de los límites del poder de variación: la aquiescencia o acatamiento y la, en hipótesis siempre penosa, facultad de desistimiento (apar. c), art. 78 de la LCT) (137); y por otra, olvidar que quien realmente se arriesga ante la no observancia del mandato empresarial es el trabajador, sometido, en última instancia, a una sentencia adversa —despido procedente— por expreso reconocimiento de la licitud de la orden.

(133) La propia jurisprudencia quebranta este principio general cuando la obediencia entrañe un ilícito penal o moral, o cuando represente un peligro inminente e grave. Vid. STS, 6.^a, 26-6-1972, Ar. 3.576 («... no se tienen que obedecer las órdenes viciadas radicalmente de ilegitimidad...»), y 2-10-1973, Ar. 3.591 («Aunque en términos generales, el trabajador debe obedecer las órdenes recibidas de sus superiores y acudir a los organismos competentes después... puede no obedecer cuando ello represente correr un peligro inminente y grave»). Vid. MONTROYA MELGAR, Op. cit., páginas 245 y sigs., y DE LA VILLA GIL, Op. cit., pág. 312.

(134) Cfr. STS, 6.^a, 12-12-1972, Ar. 5.547. En parecidos términos, STCT 10-10-1968, JS, núm. 30, 515-68.

(135) El entrecuadrado, en STS, 6.^a, 18-11-1970, Ar. 5.139; STCT 6-5-1969, JS, núm. 35, 349-69, y STCT 5-2-1973, Ar. 522/I, respectivamente.

(136) Expresivamente señala RODRÍGUEZ PIÑERO (Op. y loc. cit.) que en tales supuestos no cabe en puridad hablar de desobediencia, «pues no se ha dado la circunstancia para crear un débito en el trabajador».

(137) Vid. las consideraciones que sobre este tema efectúa ALBIOL MONTESINOS, Op. cit., págs. 113-114.

Estas, o tal vez distintas consideraciones, van abriéndose paso tímida y lentamente en nuestra jurisprudencia, que comienza a reconocer el derecho del trabajador a resistir las órdenes del empresario, y a examinar y valorar la licitud o no del mandato empresarial (138). Y es que, como apunta Rodríguez Piñero, «la esencia de la autoridad no debe consistir sólo en una recta y adecuada obediencia, sino fundamentalmente en un ejercicio adecuado y justificado del poder» (139).

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE «LEGE FERENDA»

Las observaciones llevadas a cabo a lo largo de este estudio han puesto de relieve la deficiente, cuando no insuficiente, regulación jurídica de la ruptura del principio de equivalencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial. Es evidente que la facultad del empresario de modificar unilateral y excepcionalmente la prestación laboral, exigiendo al trabajador comportamientos no deducidos en la primitiva o novada obligación, por una parte debe ceder en presencia de derechos e intereses superiores, y por otra debe quedar estructurada por un haz de garantías mínimas. En base a este ideal jurídico, a las experiencias de otros sistemas normativos y a las tendencias observables en las más recientes RT y CC, cabe presentar los siguientes puntos de reflexión de cara a futuras reformas del párrafo 2.º del artículo 64 de la LCT:

1.º Abolición del poder del empresario de asignar a un trabajador a funciones de categoría inferior. La destrucción de la potencialidad profesional sufrida por el deudor de trabajo en estos casos hace aconsejable su desaparición, aunque se mantuviese la garantía de conservación de la plenitud de sus derechos económicos (140). Bien entendido que en función del principio de

(138) Vid. STS. 6.ª, 26-5-1973, Ar. 2.639 («Si la Empresa montó, basada en una errónea interpretación, un trabajo y se atrevió a dar unas órdenes, a ella sólo debe imputarse el fracaso de la no obediencia que tanto el recurrente, como el otro enlace, efectuaron en uso de su derecho»), 27-6-1973, Ar. 3.134 («La desobediencia no tiene cabida en quien haciendo uso de su derecho se niega..., incidiendo la Empresa en un exceso de atribuciones que invalida la orden»).

(139) Cfr. *Apuntes...*, cit. pág. 169. En parecidos términos se manifiesta también MONTROYA MELGAR (Op. cit., pág. 253) al decir: «..., nuestro criterio es el de que el trabajador está facultado, en general, para valorar el contenido de las órdenes recibidas, y que el principio de obediencia absoluta, defendidos por algunos sectores de la doctrina..., ha de ser reemplazado en el Derecho del Trabajo por la obediencia justa».

(140) Agudamente observa ROMAGNOLI (*La disciplina...*, cit., pág. 336) que esta garantía no hace otra cosa que «monetizar los costes psico-sociales de la descalifica-

buena fe que preside la ejecución de los contratos (art. 1.258 del Código civil), el trabajador no podrá negarse a prestar trabajos extraordinarios por exigencias ineludibles y durante períodos brevísimos de tiempo (141).

2.º Predeterminación de un plazo máximo de tres meses para los cambios verticales ascendentes, tanto si se trata de trabajos alternos como consecutivos. De esta regla, pueden exceptuarse los supuestos de sustitución de trabajadores ausentes con derecho a la reserva del puesto de trabajo, debiendo limitarse, de alguna forma, las posibles sustituciones que un mismo trabajador puede efectuar.

3.º Consolidación definitiva de la categoría o grado superior por el mero transcurso del plazo máximo fijado, salvo que hubiera otro trabajador con mejor derecho según las normas aplicables de promoción profesional. En todo caso, se exigirá que la designación recaiga en el trabajador al que correspondería el ascenso. La provisión de la plaza por el turno de libre elección del empresario no ha de servir de obstáculo para que quien desempeñó temporalmente las funciones de categoría superior acceda directamente a la promoción.

4.º Adquisición de todos los derechos económicos previstos para el puesto y categoría superior. Como garantía mínima, que evite prácticas abusivas, ha de reconocerse el derecho a que el trabajador conserve un nivel de ingresos que, en conjunto, sean equivalentes a los que venía disfrutando con anterioridad.

5.º Consolidación definitiva de las diferencias entre los salarios profesionales de la categoría pactada y la superior temporalmente desempeñada en el caso en que, transcurrido el plazo máximo, se deba ceder la promoción a otro trabajador con mejor derecho. Esta diferencia no podrá ser absorbida ni compensada, salvo cuando el trabajador promocióne a la categoría superior concreta. Se incrementará en términos absolutos por los sucesivos aumentos de retribución de cada una de aquellas categorías.

6.º Absoluta inderogabilidad de estas garantías mínimas y su respeto por disposiciones sectoriales o empresariales. Nulidad de los pactos en contrario.

FERNANDO VALDÉS DAL - RE

ción». En Italia, y tras la nueva redacción dada por el artículo 13 del *Statuto dei Lavoratori* al artículo 2.103 del *Codice*, los cambios verticales descendentes quedan prohibidos.

(141) Conformes, para el ordenamiento italiano, FRENÍ-GIUGNI, Op. cit., pág. 49.

1. *Phragmites australis* (Cav.) Trin. ex Steud. (Common reed)

2. *Scirpus americanus* (L.) P. B. (Common sedge)

3. *Scirpus setaceus* (L.) P. B. (Common sedge)

4. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

5. *Scirpus hololepis* (L.) P. B. (Common sedge)

6. *Scirpus atrovirens* (L.) P. B. (Common sedge)

7. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

8. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

9. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

10. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

11. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

12. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

13. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

14. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

15. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

16. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

17. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)

18. *Scirpus eriopodus* (L.) P. B. (Common sedge)