

PRÁCTICA Nº 1 : MOVILIDAD FUNCIONAL

La empresa X, con motivo del acto de presentación de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación y a las autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura, solicitó durante este acontecimiento a uno de sus trabajadores (oficial de 2ª deshuesador de jamones), el Sr. J.A. que cortase el jamón.

A desagrado de la reiteración por parte de la empresa en la petición efectuada al Sr. J.A., cortar el jamón, tarea que habitualmente realizaba en la empresa X, el trabajador no accedió a llevarla a cabo por comportar la captación gráfica de su imagen en este acto público.

Frente la negativa del trabajador la empresa le despidió. Contra este acto extintivo, el Sr. J.A. interpuso demanda delante el Juzgado Social núm.1 de Badajoz, que estimó la procedencia del despido.

Contra la decisión de dicha sentencia, se interpuso recurso de suplicación delante de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que desestimó el recurso planteado. Este Tribunal consideró que la conducta del trabajador en la presentación pública del producto de la empresa constituía una indisciplina o desobediencia en el trabajo tipificada en el art.54.2b ET.

Disconforme con las resoluciones judiciales, el Sr. J.A., recurrió en amparo delante del Tribunal Constitucional, solicitando su revocación así como el reconocimiento de su derecho fundamental a la propia imagen.

CUESTIONES A RESPONDER Y RAZONAR

1ª – ANALIZAR JURÍDICAMENTE CUALES SON LAS FACULTADES DIRECTIVAS EN ORDEN A LOS CAMBIOS FUNCIONALES PRACTICADOS AL TRABAJADOR

La **movilidad funcional** es el cambio, dentro del mismo grupo profesional de las funciones habitualmente desempeñadas por el trabajador, que no impliquen desplazamiento de residencia del mismo. La movilidad funcional constituye, hoy en día, un tema de gran interés en el mundo de las relaciones laborales de las empresas.

Una ordenación de la **movilidad funcional** que respete los derechos de los trabajadores y que, al mismo tiempo, pueda dar respuesta, con fluidez, a las demandas y necesidades empresariales debe contribuir a flexibilizar el trabajo, ahorrar costes y a utilizar mejor los recursos humanos de que se disponga, al tiempo que contribuye a enriquecer la formación del trabajador en el puesto de trabajo, al desempeñar funciones que aun perteneciendo al mismo grupo profesional sean, sin embargo, diferentes de las que, habitualmente, se ejercen.

Sin embargo, no es infrecuente que el cambio de puesto de trabajo de un empleado sea fuente de controversias y problemas y, en ocasiones, de conflictos de mayor o menor importancia.

La regulación legal de la movilidad funcional en España viene establecida en el artículo 39 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Dicha regulación determina los siguientes principios:

- No tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para el ejercicio de la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional, o en defecto del mismo, a categorías profesionales equivalentes.
- Si se trata de realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes

sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención.

- Se efectuará, siempre sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que realice. Si se le encomiendan funciones inferiores mantendrá la retribución de origen.
- Si realizase funciones superiores por un período superior a 6 meses durante un año o a 8 meses durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta el convenio colectivo, o la cobertura de la vacante correspondiente.
- El cambio de funciones distintas de las pactadas, o contemplado en los supuestos anteriores, requerirá el acuerdo de las partes o el trámite previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Este artículo pues, en sus cinco apartados, recoge distintas categorías jurídicas que tienen como nexo común la variación funcional de la prestación debida por el trabajador; y dicho precepto comprende las siguientes manifestaciones: **el poder de dirección empresarial ordinario, el poder de dirección extraordinario, las modificaciones sustanciales de naturaleza funcional y la novación modificativa.**

Tras este análisis del artículo 39 ET, es procedente que examinemos las consecuencias de la aplicación, en la práctica, de lo establecido legalmente. Parece evidente que el contrato de trabajo atribuye al empresario un poder efectivo sobre el modo de organización de la prestación de los servicios, cuyo ejercicio, según la buena fe que caracteriza la relación laboral, es el que supone este deber.

Pero el **poder de dirección** no fundamenta sólo el deber de protección sino también el poder disciplinario y la exigencia de responsabilidades pertinentes al empresario frente a terceros y al propio trabajador por las consecuencias de los actos que éste ha ejecutado cumpliendo las directrices de aquél.

El **poder de dirección**, en definitiva, es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa. Se trataría de un poder jurídico, unilateral (en la medida en que no exige consentimiento de la otra parte) y discrecional, que no arbitrario pues el hecho de que no esté reglado no impide que deba respetar límites externos.

Estamos, pues, ante una facultad empresarial o poder de dirección, pero que de ningún modo puede ser omnímodo o ilimitado porque fácilmente, en ambos casos, podría devenir en injusto.

Desde el punto de vista empresarial, es evidente que para organizar la empresa, derecho y deber que le corresponde al empresario, con el fin de obtener la necesaria rentabilidad económica, puede mover al trabajador de puesto de trabajo respetando los derechos económicos y profesionales del mismo con las limitaciones que el propio art. 39 establece. Pero esa facultad empresarial se convierte en arbitraria cuando las decisiones que afectan al trabajador, tanto en su formación profesional como en sus posibilidades de empleo y en el ejercicio de sus derechos sindicales, son adoptadas sin motivación alguna, según criterio jurisprudencial.

Al delimitar funcionalmente el ámbito en que operará la facultad empresarial de especificación de la prestación debida, el art. 39.1 del ET debe integrarse con tres preceptos más del ET: el art. 5.1 que impone como deber básico del trabajador el cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo; el art. 20.1, que establece la obligación del trabajador de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quién éste delegue; y el art. 22.5, que remite al acuerdo de voluntades el establecimiento del contenido de la prestación laboral, así como su equiparación a la categoría o grupo profesional previsto en el convenio colectivo.

La actuación empresarial que estamos analizando queda sujeta a toda una serie de límites legales objetivos que el ordenamiento jurídico impone. Los dos límites principales ampliamente refrendados son: el necesario respeto al principio de la buena fe contractual, reconocido en el art. 1258 Cc y que encuentra su plasmación en

los arts. 5 a) y 20.2 del ET; y la prohibición de discriminación (art. 14 CE, art. 4.2 c) ET y art. 17.1 ET). Junto con estos dos límites genéricos, la doctrina ha evidenciado otros, tales como la **dignidad del trabajador** (art. 4.2 e) del ET), o el genérico respeto al resto de los límites del art. 39.1 del ET, habiendo entendido cierta doctrina que no existe más control judicial sobre la justificación o no de la medida que el dado por el grupo profesional o las categorías equivalentes, los títulos académicos y profesionales y los derechos fundamentales.

Tenemos que concluir, por tanto, que el **poder empresarial**, en cierto punto, es amplio, pudiendo, en consecuencia, trasladar a sus operarios dentro del grupo al que pertenezcan siempre que correspondan a categorías indiferenciadas o que esté a similar nivel en el grupo, pero en ninguna forma puede encubrir el cambio de puesto un abuso de derecho, una represalia, una sanción o una discriminación, ni atentar, por tanto, a la dignidad del trabajador. Ello haría que la movilidad, efectuada de esta forma, sería no sólo ilegal sino injusta.

Este poder del que goza el empresario se llama jurídicamente *ius variandi*, que tiene su base en la posición de preeminencia inicial que el empresario tiene al principio de la relación laboral y durante el desarrollo de ésta, fruto de la organización capitalista de la empresa. El *ius variandi* cabe definirlo como aquél poder del empleador de variar unilateralmente, de modo esencial y con carácter temporal, el contenido de la prestación de trabajo, tanto en su aspecto funcional, como de tiempo, lugar y modo. El *ius variandi* es el poder o derecho del empresario de modificar unilateralmente la prestación laboral en aquellas vertientes que no signifiquen y que no conlleven a modificaciones sustanciales; y una de las consecuencias del *ius variandi* es la movilidad funcional. La jurisprudencia ha definido las modificaciones no sustanciales (propias del *ius variandi*) como aquellas accidentales que sin afectar el estatus del trabajador no significan una disparidad sustancial en las tareas en que se desarrollan.

2ª – RAZONAR JURÍDICAMENTE SI EL TRABAJADOR DISPONE DEL *IUS RESISTENTIAE* FRENTE A UNA ORDEN DE REALIZACIÓN DE UNA TAREA, QUE NO TENÍA ASIGNADA NI FORMABA PARTE DEL CONTENIDO FUNCIONAL DE SU PRESTACIÓN

Desde el punto de vista de los trabajadores habría que indicar que, en virtud de lo expuesto anteriormente, una negativa sistemática sería igualmente ilícita, salvo, es innecesario señalarlo, que se esté conculcando la legalidad o afecte a su **dignidad**. Hay que pensar que cuando se ingresa en una empresa se hace en un grupo, incluido en una categoría profesional determinada, pero no para prestar servicios en un puesto de trabajo situado en una sección concreta, aunque ése haya podido ser el motivo inicial de la contratación, pues ésta se realiza para la cobertura de una vacante existente. Pero no se podría alegar nunca que el trabajo a realizar está en un área determinada, siempre, naturalmente, que se respeten los límites establecidos en el art. 39 que hemos analizado.

Se podría alegar, para oponerse, que un nuevo puesto es una incógnita, que se pierde el entorno y los compañeros de trabajo y cualquier otro motivo de ese tipo, que puede ser más o menos razonable, pero que quiebra o al menos tiene que quebrar ante las necesidades organizativas de la empresa que no corresponden al trabajador ni a sus representantes sino al empresario, en todo caso.

Por ello, si no se pueden alegar razones que justifiquen que no se ha aplicado correctamente la legalidad vigente, las posibilidades de que prospere una oposición a un cambio por movilidad funcional, deben ser prácticamente nulas.

3ª – ¿QUÉ TRASCENDENCIA JURÍDICA TIENE EL HECHO DE QUE LA NEGATIVA DEL TRABAJADOR RESPONDE A PRESERVAR LA REPRODUCCIÓN GRÁFICA DE SU IMAGEN?

Señala el párrafo 3º del art. 39 que la movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador. La **dignidad** queda configurada como un derecho fundamental en la propia CE de modo que según el art. 10 de la Carta Magna la dignidad de la persona constituye uno de los fundamentos del orden político y

de la paz social; así, cabe mencionar al respecto la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la **propia imagen** (LO 1/1982 de 5 de mayo). Además, el propio TC en su sentencia 53/1985 entendió que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.

También el ET alude a la **dignidad del trabajador** en varios de sus preceptos, mereciendo especial relieve la mención que realiza el art. 4.2 e) según el cual en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. La dignidad y la intimidad del trabajador constituyen a su vez sendos límites a actuaciones que frente a su persona o sus pertenencias pueda efectuar el empresario (art. 18 ET). Por último, la dignidad humana también aparece como límite al poder de vigilancia y control del empresario (art. 20.3 ET). Cuando la conducta empresarial vulnere tal dignidad y constituya por tanto una actitud vejatoria o depresiva para el trabajador, el ordenamiento jurídico otorga a éste la posibilidad de solicitar la extinción de su contrato de trabajo (art. 50.1 a) ET) percibiendo la indemnización prevista para el despido improcedente. También otros derechos fundamentales aparecen íntimamente ligados a la dignidad como es el caso del derecho al honor, a la intimidad, o a la **propia imagen** (art. 18.1 CE), algunos de los cuales han sido entendidos por el TC como expresiones del concepto genérico de dignidad.

Dentro de este marco, el art. 39 del ET impone el respeto a **la dignidad del trabajador** en el ejercicio de la movilidad funcional, mediante tres derechos específicos ya mencionados anteriormente: la conservación del empleo, la promoción y la formación profesional, y la dignidad personal del trabajador; los cuales quedarían salvaguardados en todo momento, se traspasaran o no los límites funcionales del poder de dirección o del *ius variandi*.

En exposición del caso que aquí tratamos, cabe mencionar que el trabajador no incumplió sus deberes laborales, en tanto que su profesión (oficial de 2ª, deshuesador de jamones) no era de notoriedad ni de proyección públicas, ni el hecho de la captación de imágenes era parte de la profesión o actividad propias del mismo, ni tampoco de la actividad de la empresa (producción de embutidos y otros productos cárnicos). En segundo lugar, se añade que no existe, en este caso, uso local, costumbre, ley o norma convencional que prescriba que los trabajadores del sector cárnico deben ser fotografiados al realizar su trabajo, ni el trabajo requiere contacto con el público o con los clientes. En tercer lugar, se destaca que el cometido laboral del recurrente era deshuesar y cortar jamones y no desde luego ser fotografiado mientras lo hacía, siendo a esto último a lo que se negó el trabajador, pero nunca a desarrollar sus tareas. Finalmente, cabe destacar que el hecho de ser fotografiado mientras ejecuta sus prestaciones no es consecuencia de la **buena fe** que debe presidir la ejecución de las obligaciones, de conformidad al art.20.2 ET. La buena fe podría obligar al trabajador, en su caso, a desplazarse al acto público de presentación de los productos; pero tampoco a ello se negó el trabajador, sino sólo a que se le hiciesen fotografías, citando la en apoyo la STC 6/1988.

De otra parte, la orden empresarial excedió del ámbito del ejercicio regular de las facultades directivas del empleador, y que la orden constituyó una modificación de las condiciones de trabajo, el deber trabajar en lugar distinto al del centro de trabajo, y suponer una alteración del tipo de trabajo prestado el desarrollarlo en un lugar público y ante un nutrido grupo de personas. Además, la promoción de los productos de la empresa no requería inexcusablemente la presencia personalísima del recurrente que podía perfectamente haber sido sustituido por otro trabajador de la misma empresa.

Cabe volver a mencionar pues, que el **derecho a la propia imagen**, consagrado en el art.18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art.10.1 CE), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros.

Entrando ya de fondo en el asunto, lo primero que hace el TC es descartar la posibilidad de que el conflicto

pueda reducirse a un problema de aplicación de la regla de inversión de la carga de la prueba, cuya aportación, como es sabido, corresponde al empresario en los casos de despido presuntamente acontecidos como consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales por el trabajador.

La controversia ha de centrarse exclusivamente en la valoración de la conducta del trabajador desde la perspectiva del derecho a salvaguardar la propia imagen De este modo, el derecho fundamental pretendidamente vulnerado se convierte en el eje alrededor del cual ha de girar necesariamente el juicio de constitucionalidad, que va a quedar, pues, circunscrito al carácter legítimo o no de su ejercicio por parte del trabajador.

Así, recuerda en este sentido que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (*STC 88/1985, de 19 de julio*). Pero es inmediatamente después cuando, a *sensu contrario*, aparece el aspecto novedoso sobre la posición que ocupan los derechos fundamentales en el ámbito laboral:

Bien es cierto que desde un primer momento el TC había considerado la relación laboral como un marco donde los derechos fundamentales podían ser susceptibles de restricciones en su ejercicio que fueran consecuencia más o menos directa de la propia imagen. Sin embargo, lo cierto es que ni en todas ellas la cuestión a resolver era de la misma naturaleza, al tratarse de restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales directamente derivadas del contrato de trabajo, ni en aquellas que abordaban un supuesto comparable se había pronunciado hasta entonces en semejantes términos, al recurrirse invariablemente al principio de buena fe como elemento delimitador del legítimo ejercicio del derecho. Y es que, en efecto, el presente conflicto se plantea porque, como pone de manifiesto el TC, ha de descartarse que la restricción del derecho fundamental que se pretende (la propia imagen) venga impuesta explícita o implícitamente por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas (deshuesador de jamones).

No estamos, por consiguiente, ante la restricción de derechos fundamentales del trabajador como consecuencia más o menos directa del propio contrato de trabajo. Si así fuera, éste no podría invocar el derecho fundamental para eximirse del cumplimiento de aquellas. Pues, como indica el TC en algunas de las sentencias que cita, no puede considerarse vulnerado ningún derecho cuando se impongan restricciones a su ejercicio como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula.

Así, indica que la obligación del trabajador de ejecutar aquellas tareas derivadas de su relación laboral y limitadoras de sus derechos fundamentales sólo resulta pertinente si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art.10.1 CE) o de intimidad de ésta.

Pero en este caso la verdadera controversia gira, como hemos indicado, en torno a la eventual legitimidad de determinadas órdenes del empresario en uso de su poder de dirección aparentemente restrictivas de derechos fundamentales del trabajador y que no son consecuencia más o menos directa de la relación laboral. Analizando la misma desde el planteamiento antes apuntado, es decir, a partir del derecho a la propia imagen, lo primero que hace lógicamente el TC es determinar si existe por parte del trabajador el ejercicio de un derecho constitucional susceptible de protección jurídica, puesto que sólo una vez solventada esta cuestión previa puede tener lugar el juicio sobre la legitimidad o no de la injerencia empresarial en aquél. A este respecto, el TC considera que la negativa del trabajador a que se capte su imagen aunque sea de manera accesoria en la demostración pública de los productos de la empresa entra dentro del ámbito constitucionalmente protegible por el derecho a la propia imagen del art.18.1 CE.

Resta por determinar su licitud final en el marco de la relación laboral al encontrarse en oposición con otro bien jurídico siempre protegible *ex Constitutione* en este marco: el ya mencionado del ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. De ahí que el juez constitucional no tarde en abordar el segundo requisito exigible a toda restricción practicada en el ámbito constitucionalmente protegible de un derecho

fundamental: la indispensabilidad de la medida; los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar, por parte de quien pretende aquel efecto, que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y de la organización en que se integra . En efecto, como apuntábamos al principio, ésta es la primera vez que el TC realiza el juicio de indispensabilidad respecto de la limitación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Y es precisamente este juicio de indispensabilidad o necesidad el que no ha sido efectuado en este caso por los tribunales de la jurisdicción laboral, vulnerando así el derecho fundamental en cuestión: no habiéndose procedido a esa valoración, y deteniéndose el análisis en la legitimidad formal de la orden dada, los Tribunales de instancia han desconocido el derecho a la propia imagen del trabajador en su proyección sobre la relación del trabajo, debiendo estimarse, por este motivo, la demanda de amparo (*STC 99/1994, de 11 de abril*).