



¿Existe la obligación para los trabajadores de aceptar la designación o asignación como recurso preventivo de presencia por parte de la empresa?



Antonio Sánchez-Cervera

Doctor en Derecho. Inspector de Trabajo y Seguridad Social excedente. Socio director de ACERVERA Abogados

Trataremos esta delicada cuestión, que está suscitando a menudo dudas y preguntas de las empresas, sindicatos y trabajadores, analizando la casuística de las figuras del técnico de prevención de riesgos laborales - verdadero especialista de la prevención- y de aquellos otros trabajadores de la empresa que pueden asumir en momentos determinados ciertas funciones de prevención -prevencionistas "ad hoc" -, junto con el alcance y los límites del poder de dirección del empresario respecto a su "ius variandi" y la movilidad funcional del trabajador en la relación laboral.

1.- En el caso de que se trate de un trabajador designado - modalidad de organización de recursos para las actividades preventivas -(Arts. 12 y 13 R.D. 39/1997) - o un miembro del servicio de prevención, es clara la obligación por parte del mismo de aceptar la designación y encargarse de las actividades propias que como tal recurso preventivo le puedan corresponder, ya que las funciones a realizar como recurso preventivo se incardinan dentro de las funciones preventivas que le corresponden de acuerdo con su nivel de cualificación (básico, intermedio y superior).

2.- En relación a la figura del trabajador de la empresa que sea asignado por el empresario (apartado 4 del artículo 32 bis de la LPRL), entendemos que también tiene obligación de aceptar la asignación y realizar sus funciones de recurso preventivo siempre que reúna las condiciones de formación y capacitación necesarias y, todo ello, en base al poder de dirección que tiene el empresario.



Base legal y doctrinal

■ Poder de dirección del empresario.

El poder de dirección consiste en la facultad que tiene el empresario o las personas en quien este delegue -respetando la dignidad e intimidad de los trabajadores- para determinar en qué consisten y cómo han de ejecutarse las prestaciones que los mismos han de realizar, como consecuencia del contrato de trabajo. Es una facultad del empresario para organizar la empresa y ordenar las prestaciones laborales y está recogido legalmente en el artículo 38 de la Constitución de 1978 y en los artículos 1.1, 5.c) y 20.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

El poder de dirección del empresario tiene también su reconocimiento legal en el propio concepto que del contrato de trabajo da el art. 1 ET al decir este precepto que los servicios que presta el trabajador lo son dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

El artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores consigna como deber básico del trabajador cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.

El ejercicio regular de las facultades directivas a que reiteradamente alude el ET hace referencia a un ejercicio correcto y ajustado a derecho, que en ningún caso rebase estos límites que vienen dados por el obligado respeto a los derechos que se reconocen al trabajador.

El poder reglamentario del empresario es amplio y variado, pudiéndose destacar como manifestaciones del mismo:

- La facultad de dictar reglamentos, instrucciones u órdenes generales dirigidas a todos o a una pluralidad de trabajadores.
- La facultad de dar órdenes particulares a cada trabajador o grupo de trabajadores.
- La facultad de controlar la ejecución del trabajo.
- La facultad de organización de la empresa.

Dicho poder de dirección se halla condicionado, limitado, en tal sentido, por:

- El principio de no discriminación en las relaciones laborales.
- La necesidad de que las órdenes e instrucciones sean legítimas en cuanto amparadas o, al menos, no vulneren la ley.
- El necesario respeto a la dignidad del trabajador.



- El ámbito estrictamente laboral, a donde se circunscribe el ejercicio de este poder de dirección.

El contenido de este poder es muy amplio y variado, comprendiendo tanto funciones ordenadoras (órdenes e instrucciones del Art. 5.c ET), como funciones de control y vigilancia y funciones de decisión sobre la organización de la empresa (Art. 20 ET).

■ “ius variandi” del empresario.

Como consecuencia de ese poder empresarial de dirección, organización y control, se deriva el denominado “ius variandi” empresarial por el que el empresario tiene facultades para ordenar, sin alegación de causa y sin límite temporal, en el ejercicio de su “ius variandi” ordinario, cambios de funciones en el seno de la empresa, siempre que respete:

- a) La titulación académica o profesional exigida por el desempeño del puesto de trabajo.
- b) La pertenencia al grupo profesional y cuando no exista grupo profesional (es aplicable la regla del Art. 39.I “in fine” del ET que dice: “a falta de definición del grupo profesional, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes entendiendo por tales las que exigen una aptitud profesional común”

En definitiva, el “ius variandi” es la facultad que tiene el empresario de variar o modificar, dentro de ciertos límites, las condiciones de trabajo y de cambiar, unilateralmente, los límites de la prestación laboral, adaptando esta a los cambios estructurales u organizativos de la empresa.

Esta facultad empresarial de cambiar el modo de realizar la prestación laboral inicialmente convenida puede afectar ya al objeto, ya al lugar, ya al tiempo de realizar la actividad del trabajador.

En resumen, el “ius variandi” es el derecho de realizar modificaciones, no sustanciales, en el contenido del contrato de trabajo para adaptar su contenido a las necesidades de la empresa. El “ius variandi” aparece reconocido en la figura de la movilidad funcional regulada en el Art. 39 del Estatuto de los Trabajadores y, por definición, el “ius variandi” impone modificaciones no sustanciales.

La asignación de las nuevas funciones como recurso preventivo formarían parte del “ius variandi” que se reconoce al empresario, ya que ni suponen vejación para el trabajador o un riesgo inminente y desproporcionado para su persona, ni es una orden manifiestamente ilegal, ni viola las normas de seguridad e higiene en el trabajo, antes al contrario, potencia la prevención en la empresa.

Por otro lado, no se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino de lo que se denomina y conoce en la doctrina y la jurisprudencia como movilidad funcional - manifestación del “ius variandi” que consiste en la posibilidad que tiene el empresario de ocupar a los trabajadores en dis-



tintas actividades de la empresa según sus necesidades -, siempre que se respeten las titulaciones necesarias para desempeñar ciertas profesiones y por la definición y pertenencia a grupos profesionales, así como sin menoscabo de la dignidad personal del trabajador y sin perjuicio de su formación profesional, lo que no se produce al realizar las funciones de recurso preventivo, pues no se le encargan funciones superiores o inferiores a las del grupo profesional al que pueda pertenecer.

El “ius variandi” es una prerrogativa unilateral del empleador (no necesita el consentimiento del trabajador) de variar ciertos aspectos del contrato de trabajo dentro de ciertos límites, sin que el trabajador pueda oponerse válidamente a esos cambios, en tanto en cuanto esa alteración o esos cambios respondan a causas objetivamente razonables, no se alteren las condiciones esenciales del contrato de trabajo y no se cause un perjuicio económico ni moral al trabajador.

El referido derecho de variar o de variación del empresario conlleva la posibilidad de modificar la prestación del servicio, que es una facultad del mismo de modificar, variar o cambiar -lo que no puede hacer es “alterar”-.

El fundamento jurídico del “ius variandi” deriva de que es una obligación de hacer que viene de la facultad de organización, del poder de previsión o del deber de colaboración del trabajador. Surge del poder de dirección del empresario, que se manifiesta en la potestad del mismo de dirigir, coordinar y fiscalizar las tareas y de utilizar la fuerza de trabajo en la forma más conveniente para la empresa.

Ese poder de dirección reconocido al empresario se coordina con el carácter dinámico de la relación de trabajo, lo que viene a justificar la existencia del llamado “ius variandi”.

La asignación de un trabajador como recurso preventivo al objeto de complementar y potenciar la prevención en la empresa y sus centros y lugares de trabajo en actividades, tareas o trabajos puntuales y determinados, no altera las condiciones esenciales de su contrato de trabajo (se trata de un cambio razonable y funcional y no le causa perjuicio material y/o moral al mismo). Tampoco supone una orden abusiva o fraudulenta ni impone una conducta antijurídica.



La razonabilidad implica que el derecho es ejercido de forma prudente, es decir, que existe una razón valedera que justifica esos cambios y dentro de los límites y las condiciones fijadas por la LPRL y normas reglamentarias, cuidándose siempre de satisfacer las exigencias de organización del trabajo dentro de la empresa, y supone guardar debido respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso de derecho.

Los elementos no modificables por el "ius variandi" son:

- 1) La remuneración.
- 2) La jornada de trabajo.
- 3) La categoría o calificación profesional.

Estos elementos constituyen la esencia del contrato de trabajo. De ahí que el ejercicio del "ius variandi" bajo ningún pretexto puede disminuir algunos de estos elementos porque directa o indirectamente causaría un perjuicio material o moral al trabajador.

■ Movilidad funcional.

Las condiciones de trabajo son todas las que integran el contenido del contrato de trabajo, en cuanto este se despliega en múltiples circunstancias de tiempo, lugar, modo, forma de retribución, etc. que inseparablemente acompañan a la prestación laboral básica.

No todas estas condiciones son igualmente relevantes, sino que unas son más importantes que otras para el trabajador, por lo que se distingue estatutariamente entre condiciones de trabajo sustanciales y no sustanciales.

Las condiciones de trabajo sustanciales se enumeran, ejemplificativamente, en el art. 41.1 ET:

- Jornada de trabajo.
- Horario.
- Régimen de trabajo a turnos.
- Sistema de remuneración.
- Sistemas de trabajo y rendimiento.



La identificación de lo que sean condiciones no sustanciales de trabajo se ha de realizar por vía negativa o de exclusión (serán todas las demás a las que el ET no otorga la cualidad de sustanciales).

El "ius variandi" se reconoce incondicionalmente al empresario respecto de las condiciones de trabajo no sustanciales, cuya modificación puede adoptar unilateralmente y sin procedimiento alguno.

Por el contrario, la facultad empresarial de modificar las condiciones sustanciales de trabajo no es facultad discrecional, sino reglada.

El ejercicio del "ius variandi" se acota y condiciona por los preceptos que contienen los arts. 39, 40 y 41 ET, relativos a movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

La movilidad funcional, que es la que aquí nos interesa, hace relación a la clase de trabajo que el trabajador está obligado a prestar por el contrato y está muy vinculada a la clasificación y categorías profesionales.

La movilidad funcional en el seno de la empresa implica que el empresario puede encomendar al trabajador funciones o trabajos distintos a los que son propios de su categoría profesional. Esta clase de movilidad no tendrá otras limitaciones para el empresario que las que vengan exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional.

Base jurisprudencial

Como consecuencia de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se han delimitado claramente los aspectos sustanciales del poder de dirección del empresario y entre otras, en las sentencias de 3 de abril de 1995, 25 de septiembre de 2002, 22 de septiembre de 2003, 10 de octubre de 2005, 26 de abril de 2006 y 9 de febrero de 2010.

Resumimos la doctrina jurisprudencial:

- 1.- Existe toda una jurisprudencia unificadora del Alto Tribunal de distinción entre modificaciones sustanciales y accidentales indicando que "por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral pasando a ser otra distinta, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales estas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "ius variandi" empresarial".
- 2.- Los supuestos de movilidad funcional que no impliquen un cambio sustancial de las condiciones de trabajo están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts. 5.1.c) y 20 ET, no estando sujetos a procedimiento o justificación alguna, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa (art. 64.1.4º b ET), para el supuesto de traslado -total o parcial- de las instalaciones. "Deben ser incardinados en la esfera del "ius variandi" del empresario".



Conclusiones

1ª.- Es obvio que si el empresario puede ser objeto de sanción por infracción en materia de recursos preventivos y trabajadores asignados ("No designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y prevención en la empresa o no organizar o concertar un servicio de prevención cuando ello sea preceptivo, o no dotar a los recursos preventivos de los medios que sean necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas. La falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia" -Art. 12.15 a) y b) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto -) es que la ley le concede la capacidad para su designación o asignación.

2ª.- Tanto el trabajador designado como asignado por el empresario para realizar las funciones de recurso preventivo vienen obligados a su aceptación y realización de dichas funciones, pues dicha capacidad empresarial procede del poder de dirección que la ley otorga al mismo y la asignación de las nuevas funciones a desarrollar como recurso preventivo formarían parte del "ius variandi" que se concede al empresario en la relación laboral como facultad de extender la prestación del trabajador, puesto que no implican una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. ■■

3.-El "ius variandi" común es facultad empresarial de especificación de la prestación laboral y de introducir en ella modificaciones accidentales.

4.-El ET no impone a las manifestaciones del poder de dirección ninguna exigencia de motivación causal ni de comunicación a los representantes de los trabajadores, y las que establece para las de movilidad funcional no otorgan al trabajador afectado el derecho de poder extinguir su contrato de trabajo.

5.-Para que las modificaciones de las condiciones de trabajo sean sustanciales han de producir un perjuicio notorio al trabajador, que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral.



S.T.S.

Confianza, un valor que cumple 20 años

Especialistas en Vestuario y Equipos de Protección
Nuclear, Radiológico, Biológico y Químico
Asesoramiento y Comercialización

RAMOS SERVICIOS TÉCNICOS Y SUMINISTROS, S.L.
N.I.F. V.A.T. ESB-80.200.157

MADRID (Sede Social)
C/ Campos Ibáñez, 26
28021 Madrid

Tfnos.: +34 91 797 65 50 - +34 91 797 63 13
Fax: +34 91797 64 51

E-mail: sts@stsmadrid.com

ASTURIAS

C/ Gutiérrez Herrero, 52 Nave 114
33402 Aviles

Tfno.: +34 985 12 94 78
Fax: +34 985511060

Mangold
Industrial

BARCELONA

Avda. Ferrán I Clúa, 2 Local 1
08840 Viladecans

Tfno.: +34 93 637 94 78
Fax: +34 936643227