

LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y LA REFORMA LABORAL DEL 2012: RÉGIMEN JURÍDICO, PERSPECTIVAS Y PUNTOS CRÍTICOS

LOURDES FRAGUAS MADURGA

*Profesora de Educación Secundaria
(Formación y Orientación Laboral)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Juan Antonio SAGARDOY BENGOCHEA, doña Marta ALAMÁN CALABUIG, don José Antonio PANIZO ROBLES, don Abdón PEDRAJAS MORENO y doña Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO.

Extracto:

LA Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio) es sin duda una reforma de envergadura que afecta a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral. Los cambios normativos que introduce suponen una reformulación de aspectos esenciales en la regulación de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo, tanto individual como colectivo, y trascienden para incidir en ámbitos como el procesal laboral o el de la protección social, reflejando, en definitiva, un cambio conceptual de las reglas del juego.

El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, objeto del presente estudio, constituye sin duda una de las materias en las que ha incidido el legislador con mayor énfasis para posibilitar la denominada «flexiseguridad». Se nos presenta en la práctica una descausalización de la figura, afectando a las principales condiciones de ejecución del contrato de trabajo, que a su vez se han visto ampliadas, al tiempo que se ha procedido a simplificar su procedimiento. El poder de dirección del empresario puede abarcar la facultad para modificar las condiciones de trabajo fijadas en instrumento individual, a la decisión del empresario de efectos colectivos y a los pactos o acuerdos de empresa. Cuando se trata de modificaciones sustanciales de condiciones establecidas en convenio colectivo ya no aparece regulada la cuestión en el artículo 41 del ET, sino que se traslada al artículo 82.3 del ET, que regula el «descuelgue» del convenio colectivo, con las implicaciones que ello supone.

En el presente estudio se ha pretendido llevar a cabo junto al análisis que podríamos denominar «clásico» de la figura y que alcanza cuestiones tales como el carácter sustancial de las condiciones, el estudio de las nuevas causas y procedimiento, desde la perspectiva de las radicales novedades introducidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, y su comparación con su antecedente normativo, así como de las perspectivas que se abren tras la nueva regulación de la figura, señalándose igualmente a lo largo del trabajo de investigación los puntos críticos que subyacen.

Palabras clave: modificación sustancial, condiciones de trabajo, reforma laboral 2012, jornada de trabajo, descuelgue convenio colectivo, salario, reducción de jornada y flexiseguridad.

SUBSTANTIAL MODIFICATION OF WORKING CONDITIONS AND LABOUR REFORM OF 2012: STATUS, PERSPECTIVES AND CRITICAL POINTS

LOURDES FRAGUAS MADURGA

*Profesora de Educación Secundaria
(Formación y Orientación Laboral)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Juan Antonio SAGARDOY BENGOCHEA, doña Marta ALAMÁN CALABUIG, don José Antonio PANIZO ROBLES, don Abdón PEDRAJAS MORENO y doña Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO.

Abstract:

LAW 3/2012, of July 6, on urgent measures to reform the labor market (BOE July 7) is certainly a major reform that affects the very foundations of our social and labor model. Policy changes that involve a reformulation introduces essential aspects in the regulation of the basic institutions of labor law, both individual and collective, and transcend to influence fields such as labor procedures or social protection, reflecting ultimately a conceptual change of the game.

The legal framework for substantial change in working conditions, the subject of this study, is undoubtedly one of the areas in which the legislature has affected more strongly to allow the so-called «flexisafety». We are introduced in practice *descausalización* of the figure, the main conditions affecting performance of the contract of employment, which in turn have been reinforced, while its been simplified procedure. The power for the employer may include the power to alter the working conditions in individual instrument attached to the employer's decision to collective effects and business pacts or agreements. When it comes to substantial changes in conditions of the collective agreement and the issue is not defined in article 41 ET, but moves to article ET 82.3, which governs the «disaplication» of the collective agreement, with the implications that entails.

In the present study we have tried to carry out together with the analysis we might call «classic» figure and reaching issues such as the substantial nature of the conditions, the study of new cases and proceedings, from the perspective of the radical changes introduced by Law 3/2012, of July 6, and compared with legal precedent, and the prospects that open after the new regulation of the figure, also pointing along the research critical points behind.

Keywords: substantial modification, working conditions, labour reform of 2012, working day, disaplication of the collective agreement, salary, reduction in working hours and flexisafety.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El carácter sustancial de las modificaciones.
- III. Causas justificativas de la modificación.
- IV. Condiciones de trabajo objeto de la modificación.
 1. Modificación del tiempo de trabajo.
 2. Modificación del horario de trabajo.
 3. Distribución del tiempo de trabajo.
 4. Sistema de remuneración.
 5. Cuantía salarial.
 6. Modificación en materia de funciones.
- V. Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo.
 1. Modificaciones individuales.
 2. Modificaciones colectivas.
- VI. Efectos de las modificaciones.
 1. Aquietamiento.
 2. Impugnación.
 3. Extinción con indemnización.
- VII. Breve referencia al descuelgue del convenio colectivo (o las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo).
 1. Causas.
 2. Procedimiento.

Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7 de julio)¹ de vigencia inmediata es, sin duda, como se predica en su Exposición de Motivos y venía anunciándose, una reforma de envergadura que afecta a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral. Los cambios normativos que introduce suponen una reformulación de aspectos esenciales en la regulación de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo, tanto individual como colectivo, y trascienden para incidir en ámbitos como el procesal laboral o el de la protección social, reflejando, en definitiva, un cambio conceptual de las reglas del juego. La materia referente a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que ya había sido contemplada en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (Resolución de 30 de enero de la Dirección General de Empleo –BOE de 6 de febrero–), en términos de flexibilidad ordinaria y flexibilidad extraordinaria temporal, da un giro esencial tras la reforma laboral del 2012.

El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, objeto del presente estudio, constituye sin duda una de las materias en las que ha incidido el legislador con mayor énfasis para posibilitar la denominada «flexiseguridad». Al respecto y a modo de introducción cabe señalar que se establece en la práctica una descausalización de la figura, afectando a las principales condiciones de ejecución del contrato de trabajo, que a su vez se han visto ampliadas, al tiempo que se ha procedido a simplificar su procedimiento. El poder de dirección del empresario puede abarcar la facultad para modificar las condiciones de trabajo fijadas en instrumento individual, como el contrato o pacto, o colectivo, como la decisión del empresario de efectos colectivos o los pactos o acuerdos de empresa. Esta reforma implica asimismo la ampliación de la facultad resolutoria del trabajador a nuevas condiciones. Cuando se trata de modificaciones sustanciales de condiciones establecidas en convenio colectivo ya no aparece regulada la cuestión en el artículo 41 del ET, sino que se traslada al artículo 82.3 del ET, que regula el «descuelgue» del convenio colectivo, con las implicaciones que ello supone .

¹ Las modificaciones producidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, fueron introducidas con vigencia inmediata por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero –BOE de 11 de febrero–, y por lo que se refiere a la regulación del artículo 41 del ET, objeto principal del presente estudio, no experimentan cambio alguno.

En el presente estudio se ha pretendido llevar a cabo, junto al análisis que podríamos denominar «clásico» de la figura y que alcanza cuestiones tales como el carácter sustancial de las condiciones, el estudio en profundidad de las nuevas causas y procedimiento, desde la perspectiva de las radicales novedades introducidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo susceptibles de modificación se ha centrado el estudio esencialmente en las referentes al tiempo de trabajo y condiciones de carácter económico, especialmente desde la perspectiva de la diferenciación de figuras que en una primera lectura podrían parecer alternativas planteadas por el legislador para la empresa, incidiendo asimismo en el análisis procesal de la figura.

II. EL CARÁCTER SUSTANCIAL DE LAS MODIFICACIONES

En primer lugar, con la finalidad de aplicar el régimen jurídico de la figura debemos analizar el concepto de «sustancial». La redacción del artículo lejos de definir qué se entiende por «sustancialidad» establece su regulación directamente.

La delimitación de las modificaciones sustanciales y no sustanciales o accidentales de las condiciones de trabajo tiene gran relevancia, al ser completamente diferente el régimen jurídico al que se someten: el empresario puede imponer libremente las modificaciones que no tengan carácter sustancial, sin necesidad de justificación causal y de formalidad alguna, sin más límites que el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, a su dignidad y al principio de buena fe contractual y los que, en su caso, deriven de la regulación legal, o de los acuerdos individuales o colectivos. En este sentido, como ha manifestado indubitadamente, la jurisprudencia, «... cuando se trata de simples modificaciones accidentales estas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial» –STS de 28 de febrero de 2007 (2007, 2328)–.

Las iniciales cuestiones que podríamos plantearnos son acerca de si la cualidad de «sustancialidad» debe predicarse de la modificación o de la condición modificada. Como punto de partida debemos determinar que la enumeración de condiciones que recoge el artículo 41.1 es abierta y ejemplificativa utilizando el término «entre otras», por lo que no toda modificación de dichas materias es necesariamente sustancial, y caben modificaciones sustanciales de materias ajenas, siendo este el criterio adoptado mayoritariamente por la jurisprudencia².

Sentado el criterio de que «lo sustancial» es la modificación, la siguiente cuestión objeto de análisis consiste en determinar los criterios para calificar una modificación de sustancial. La sustancialidad refleja lo que es esencial y no accesorio, lo que es suficientemente significativo. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la delimitación del concepto jurídico indeterminado que es la «sustancialidad», así ya en STS de 3 diciembre de 1987 (RJ 1987, 8822) con-

² STS de 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10053); el carácter sustancial de la modificación de condiciones de trabajo no se halla referido al hecho de que la condición sea sustancial, sino a que sea sustancial la propia modificación (SSTS de 9 de abril de 2001, Rec. 4166/2000, 22 de noviembre de 2005, Rec. 42/2005). En consecuencia, no todas las modificaciones de las condiciones señaladas en la norma han de ser necesariamente sustanciales (STSJ de la C. Valenciana de 23 de abril de 1996).

sideró que «por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral... pasando a ser otros distintos de modo notorio», hasta las más recientes SSTs de 9 de febrero de 2010, 28 de febrero de 2007 (RJ 2010, 959; RJ 2007, 2328), con cita de otras anteriores en el mismo sentido, (SSTs de 11 de noviembre de 1997 (Rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (Rec. 122/2002) o 10 de octubre de 2005 (Rec. 183/2004) en todas las cuales ha declarado 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, entre ellas las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.2 pasando a ser otras distintas, 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», hasta las más recientes SSTs de 28 de febrero de 2007 (RJ 2328) o 9 de febrero de 2010 (Rec. 1605/2009).

El Tribunal Supremo inicialmente utilizó una noción que podría denominarse «catastrofista» de lo sustancial³, derivada de la inercia del régimen jurídico de la figura anterior a la reforma laboral de 1994, en este sentido las SSTs de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1986, 4181) y 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8822) citadas, presuponen que para alcanzar el nivel de sustancial debe afectar y alterar el propio equilibrio contractual. Si bien esta interpretación rígida se mantiene en sentencias posteriores, después de la reforma de 1994 perdió parte de su fundamento. La interpretación restrictiva de modificación sustancial se amparaba esencialmente en dos razones: en primer lugar quedaba limitada la intervención administrativa en cuanto que se exigía para su aplicación autorización administrativa; en segundo lugar, el Tribunal Supremo en la Sala de lo Social no juzgaba la legalidad de la modificación sustancial, porque su conocimiento correspondía al orden contencioso-administrativo, sino que conocía de pretensiones resolutorias fundadas en el artículo 50.1 a) del ET, ámbito en el que podía ser razonable que la exigencia de sustancialidad fuera superior. Sin haberse abandonado totalmente esta inicial concepción rígida del concepto, en sentencias más recientes encontramos pronunciamientos que definen lo sustancial como «aquella modificación que afecta a los aspectos fundamentales de la condición, de forma que con ella pasan a ser otros de modo notorio» –STS de 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 5112)–.

A través de la negociación colectiva, podrían identificarse aquellas modificaciones que se consideren accidentales o accesorias, determinando su sustancialidad.

Del análisis jurisprudencial podríamos concluir que en aquellos supuestos en los que se procede a través de la figura a la supresión íntegra de condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores, siempre tendrá carácter sustancial –STS de 9 de abril de 2001, (RJ 2001, 5112)–. Cuestión distinta es cuando la modificación no afecta al contenido de la condición, sino a los procedimientos establecidos para su ejercicio, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto que entraría dentro del poder de dirección ordinario del empresario o en términos más acordes con la actualidad, ante supuestos de «flexibilidad ordinaria»⁴.

³ En tal sentido GOERLICH PESET, J.M.: «El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo», en *Aranzadi Social*, núm. 13/2007, Pamplona: Aranzadi, 2007.

⁴ Estos últimos si bien se acotaron inicialmente para los modos de disfrutar de descuentos comerciales –STS de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9163)–, posteriormente han sido utilizados para cuestiones muy distintas, como valorar las variaciones de los sistemas de control establecidos por la empresa –STS de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 816)–, en relación con las normas de gestión horaria.

Los problemas se incrementan cuanto nos encontramos ante modificaciones que podríamos denominar «parciales», es decir, cuando la condición se mantiene en su existencia, pero cambia su contenido. El elemento decisivo a tal fin no es, por tanto, la naturaleza de la condición afectada sino «el alcance o importancia» de la modificación (STS de 9 de diciembre de 2003, Rec. 88/2003), utilizando el Tribunal Supremo una valoración casuística, así la STS de 10 de octubre 2005 (RJ 2005, 7877) señala que «ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador haya de ser calificado como sustancial o accidental», siendo muy ilustrativa la STS de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7308), al afirmar que «para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados». En determinados supuestos se ha considerado que un cambio por circunstancias excepcionales y limitado en el tiempo no supone una modificación sustancial⁵.

Ello implica que debemos realizar un estudio casuístico de los criterios jurisprudenciales⁶, pudiendo sintetizarse en los siguientes puntos, aunque en ocasiones deberán interpretarse conjuntamente dos o más de ellos:

Entidad del cambio o criterio cuantitativo:

Los criterios cuantitativos hacen referencia a cuestiones objetivas y no subjetivas, es decir, se refieren a la modificación en sí misma y no a las consecuencias que producen en los trabajadores afectados por la misma. Así, la modificación es sustancial cuando afecta a los «aspectos fundamentales de la condición, de forma que con ella pasan a ser otros distintos de un modo notorio» –STS de 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 5112)–; 22 de junio de 1998, Rec. 4539/1997; 11 de diciembre de 1997, Rec. 1281/1991, lo que sucede en todo caso cuando se suprime totalmente la condición –STS de 9 de abril 2001 (RJ 2001, 5112)– o cuando resulta afectado su núcleo esencial (STS de 17 de diciembre de 2004, Rec. 42/2004).

Por el contrario, el cambio no es sustancial, y supone el ejercicio por parte del empresario de las facultades de dirección y organización, cuando se trata de «alteraciones poco significativas de acomodación a nuevos tiempos y circunstancias» (STS de 3 de abril 1995, Rec. 2252/1994) o de «alteraciones de carácter organizativo, justificadas por la aplicación de técnicas innovadoras informáticas» (STS de 11 de diciembre de 1997, Rec. 1281/1997)⁷.

⁵ Así, por ejemplo, no se califica como sustancial: el cambio de jornada continuada a partida durante tres semanas motivado por las vacaciones del personal (STSJ de Extremadura de 29 de abril de 1998); la variación del horario de dos trabajadores en un solo día y de otros 10 durante 8 días para atender las necesidades creadas por la campaña de aniversario del centro comercial (STSJ de Cantabria de 17 de enero de 1995); el desplazamiento de la franja horaria tres horas durante 10 días que afectó a 8 de los 17 trabajadores de la empresa (STSJ de Murcia de 15 de marzo de 1996, EDJ 10750).

⁶ STS u.d. de 26 de abril de 2006 (Rec. 3095/2006), señala que para determinar si se trata de una medida empresarial encuadrable en el artículo 41 del ET hay que atender tanto a la materia modificada como a la modificación misma en su triple vertiente de importancia cualitativa, de su alcance temporal y de las eventuales compensaciones.

⁷ En aplicación de este criterio, se ha considerado que no constituyen modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las siguientes: el cambio en la asignación de ruta a un trabajador transportista. El trabajador no acreditado, por un lado, que la asignación previa de una ruta sea una mejora de condiciones que pueda calificarse de más bene-

En materia de modificación del sistema de trabajo y rendimiento, los tribunales consideran sustanciales, entre otras, las siguientes modificaciones: el aumento significativo de la prestación exigible, aunque no exista en la empresa un sistema de trabajo a rendimiento, como sucede si se incrementa un 20 por 100 el número de pases de los artistas en un parque de atracciones en perjuicio de la calidad (STSJ de Cataluña 22 de abril de 2002, EDJ 29953) o se eleva en un 25 por 100 el número de habitaciones a realizar por las camareras de pisos en un establecimiento hotelero (STSJ de Baleares de 23 de abril de 1996), o establecen unilateralmente un requisito adicional de ventas para el cobro del anticipo sobre la retribución variable (STS de 20 de enero de 2009, Rec. 4152/2007).

En materia de modificación del sistema de trabajo por equipos, se considera sustancial la alteración unilateral del número de trabajadores adscritos por acuerdo con el comité de empresa a un determinado sistema de trabajo (STSJ de Andalucía, Granada, de 22 de julio de 1998, EDJ 26386). Lo mismo ocurre en cuanto al incremento del rendimiento debido, considerándose modificación sustancial del sistema de trabajo y rendimiento la revisión de tiempos y rendimientos en los siguientes supuestos: aprobación unilateral de una nueva tabla de rendimientos para los conductores de vehículos cisterna, con reducción de los tiempos de viaje (STSJ de la C. Valenciana de 3 de diciembre de 1996) o revisión de tiempos y rendimientos derivada de una nueva medición que incide directamente en los índices de rendimiento y en la cuantía de la retribución (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 23 de febrero de 1996; en sentido contrario STSJ de Asturias 13 de diciembre de 1996). Nótese que en todos estos casos se resuelve la cuestión aplicando criterios jurisprudenciales, sin que el legislador concrete en ningún caso los porcentajes para su consideración como sustancial, atendiéndose en la mayoría de los supuestos al criterio cuantitativo.

El Tribunal Supremo maneja dos parámetros, que son la cuantía del cambio y el periodo al que se extiende, contraponiendo en ambos extremos un cambio de escasa cuantía y limitado en el tiempo con un cambio cuantitativamente superior y aplicable en lapsos de tiempo más prolongados o de carácter permanente.

Este criterio cuantitativo es en las condiciones cuantificables donde ha sido aplicado en mayor medida, aunque también sea utilizado en condiciones donde los criterios cuantitativos no encajan perfectamente. Esto último ocurre con la referencia al rendimiento exigible, que el Tribunal Supremo interpretó en STS de 14 de junio de 2006 (RJ 2006, 3204), ante una modificación de los turnos de guardia, con reducción de los equipos que los afrontaban de dos a un solo trabajador, que la valora como sustancial puesto que exige «la realización de una mayor cantidad en la prestación laboral, incluso más gravosa y arriesgada, al ejecutar el mismo trabajo un solo operario en vez de dos». Lo mismo ocurre ante la implantación de partidas salariales variables que sustituyen a las fijas que ha sido considerada modificación sustancial en la STS de 6 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4379).

ficiosa y que esté incorporada a su contrato de trabajo, y, por otro lado, el cambio no puede calificarse de sustancial al no tener entidad suficiente, incidiendo únicamente sobre: las dietas, concepto extrasalarial, y sobre un complemento no consolidable de escasa cuantía (STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2006, EDJ 253625); La alteración en los criterios de distribución del incentivo variable a percibir por cada trabajador en un año en concreto (STS de 22 de junio de 1998, Rec. 4539/1997), que cuenta con un voto particular); Cambios de escasa importancia en el régimen de licencias y permisos (STS de 3 de abril de 1995, RJ 1995, 2905); La obligación de que los conductores de autobuses de largo recorrido hayan de vender auriculares, a los pasajeros que lo soliciten, fuera del horario de conducción (STSJ de Madrid de 26 de enero de 2006, EDJ 17212).

Condición afectada:

Las condiciones que se indican en la ley tienen la consideración de principales en el contrato de trabajo, en el sentido del artículo 1.203.1.º del Código Civil, al afectar a los aspectos más relevantes de la relación laboral. En consecuencia, el hecho de que la modificación afecte a una de estas condiciones se considera un «*indicio favorable a su sustancialidad*» (STSJ de Murcia de 2 de abril de 2001, EDJ 5762), salvo que se trate de simples ajustes o variaciones de matiz sin repercusión importante (STS de 17 de diciembre de 2004, Rec. 42/2004)⁸ y en el mismo sentido la STS de 26 de abril de 2006 (RJ 2006, 3105), al declarar que las condiciones del listado tendrán *ex lege* la consideración de sustancial⁹.

No obstante esta presunción general debe quedar matizada en dos aspectos distintos: en cuanto que pueden existir modificaciones de otras materias que pueden tener la consideración de sustancial y modificaciones de las materias expresamente incluidas en el texto del artículo 41 que no revisten tal carácter.

Consecuencias para los trabajadores afectados o criterio cualitativo:

Estas modificaciones conllevan una serie de daños colaterales de gran importancia para el trabajador que los sufre, suponiendo por ejemplo un «grave trastorno en el entorno familiar» –STS de 13 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8616)–, o la pérdida de las ventajas adicionales que lleva aparejada que en el supuesto versaba sobre la mayor retribución y el tiempo de libranza que compensaba la realización de las guardias que se suprimen –STS de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9190)–¹⁰. En esta materia y referida a una reducción de ocho minutos de la jornada diaria, la STS de 17 de enero de 2007 (RJ 2007, 1340) considera sustancial la modificación porque tiene un importante impacto esta decisión sobre la distribución de los días trabajados a lo largo del año y sobre los días de descanso. En algunos pronunciamientos se exige que la modificación «conlleve un perjuicio, una mayor onerosidad o sacrificio para el trabajador, para poder considerarla sustancial» –STS de 22 de septiembre de 2003, Rec.122/2003–. Las consecuencias negativas no tienen que ser probadas por el trabajador afectado, sino que lo presume el juez según los datos del caso. Tanto es así que la mera impugnación de una modificación por parte de un trabajador afectado implica que este no la considera favorable a sus intereses (STS u.d. de 7 de febrero de 2005, Rec. 1963/2004). No obstante, una modificación puede ser sustancial aunque no implique menoscabo para los afectados¹¹.

⁸ Tiene la consideración de sustancialla disminución del salario y la pérdida de la vivienda de la que venía disfrutando el trabajador (STSJ de Burgos de 8 de marzo de 2006, EDJ 26383).

⁹ Tanto es así que algunos pronunciamientos aislados mantienen una presunción de sustancialidad de cualquier modificación de las condiciones enumeradas: SSTSJ de Cataluña de 14 de enero de 1998 (AS 1998, 5097), 9 de diciembre de 2000 (AS 2000, 403); Extremadura de 5 de enero de 2006 (AS 2006, 7); apuntándose también este criterio en STS de 4 de abril de 2006 (RJ 2006; 4665).

¹⁰ En la misma línea nos encontramos con SSTS de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 2003), 21 de abril de 2005 (RJ 2005, 6076) y 16 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8667).

¹¹ STSJ de Castilla-La Mancha 16 de junio de 1995. En reiteradas ocasiones se atiende a las posibles compensaciones que la empresa haya establecido para los trabajadores afectados (ST u.d. de 26 de abril de 2006, Rec. 2076/2005; STSJ de La Rioja de 19 de julio de 2005, Rec. 130/2005), considerando que mediante las mismas se atenúa la onerosidad de la medida y con ello quedaría mermado su carácter sustancial.

La utilización de este criterio permite excluir la consideración de modificación sustancial cuando la decisión empresarial resulta más favorable a la condición preexistente y, sobre todo, en aquellos supuestos en los que la nueva condición supone un cambio que no resulta perjudicial –STS de 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 2905)–. Así, se interpreta que no existe modificación sustancial cuando es neutra desde la perspectiva del daño causado, STS de 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10053), porque «no afecta al régimen de remuneración, que se mantiene invariable, ni al sistema de trabajo y rendimientos, por cuya razón no era obligado el cumplimiento de los trámites previstos en el mencionado precepto», siendo este criterio valorado con otras consideraciones como la prestación del consentimiento individual –STS de 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5695)–.

En condiciones como el trabajo a turnos, uno de los principales problemas que plantea la modificación es el referente a su sustancialidad. Se ha interpretado que tiene suficiente entidad para ser calificada como sustancial atendiendo fundamentalmente a este criterio cualitativo, ello ocurre por ejemplo en los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: cambio de un sistema de tres turnos rotativos a la semana, de 9 a 17, de 13 a 21 y de 5 a 13, a un nuevo sistema de turnos consistente en trabajar 24 horas de 21 a 9 y descansar durante 3 semanas completas (STSJ de Andalucía, Granada, de 27 de enero de 1999, EDJ 6608); oficiales de 2.^a que de realizar turnos de tarde seis meses al año con un ayudante pasan a hacerlo durante nueve meses al año sin él (STSJ de Galicia de 16 de junio de 1997); cambio de turno fijo de mañana a régimen de turnos alternativos de mañana y tarde (STSJ de Navarra de 17 de septiembre de 1999, EDJ 24329); cambio de turno fijo de mañana, descansando sábados y domingos a turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, debiendo trabajar los sábados y domingos que correspondan (STS de 13 de noviembre de 1996, Rec. 1325/1996); asignación a un turno único de trabajo, habiendo rotado desde el inicio del contrato en turnos de mañana, tarde y noche (STSJ de Andalucía, Málaga, de 24 de mayo de 1996); cambio de los turnos de trabajo, con variación de los días y horas en que cada trabajador debe realizar la actividad laboral (STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 1998, EDJ 37742).

III. CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LA MODIFICACIÓN

El artículo 41 exige «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción» para justificar la adecuación a derecho de la decisión del empresario.

El legislador se abstiene de ofrecer definiciones de estas causas y con la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se establece que «se considerarán tales las relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa»¹².

Es evidente que se ha producido una importante flexibilización en la conceptualización de las causas, desapareciendo su elemento valorativo, que consistía en que la medida «contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través

¹² MONTROYA MELGAR, A.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Aranzadi Social*, núm. 3, 1996, pág. 27, entiende que el artículo 41 combina, en referencia a las causas justificativas, hechos y pronósticos, siendo los primeros demostrables y los segundos valorables únicamente desde una perspectiva de lógica u oportunidad. Los hechos serían las cuatro razones enumeradas en el precepto. Los pronósticos serían los efectos que las medidas modificativas adoptadas con base en tales razones deberán procurar.

de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

Con la reciente reforma laboral el legislador ha introducido en la letra del precepto criterios que más bien se corresponden con conceptos macroeconómicos, como la competitividad o la productividad, junto a criterios puramente de gestión empresarial como la organización técnica o del trabajo, desapareciendo el elemento valorativo que existía.

La reforma laboral de 2012 elimina la suposición de que concurren tales causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. A partir de ahora, parece que al empresario se le exige la acreditación de la causa de tipo objetivo, pero una vez acreditado su existencia, no es preciso relacionar la medida con una previsión de mejora o de preservación de la situación negativa empresarial, ni de su mejora en términos competitivos.

Evidentemente y consecuencia de lo anterior, en cuanto al control judicial de la justificación de la medida y cualquiera que sea la causa se eliminan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad que han venido siendo exigidos hasta el momento. Por el contrario, el control judicial parece quedar reducido a verificar que la causa está relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y no a que la medida adoptada es una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa, como venía exigiéndose hasta ahora (STS de 8 de enero de 2000, EDJ 78).

El legislador ha diferenciado cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas que justificarían la aplicación del artículo 41 del ET: 1) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»); 2) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»); 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»); y 4) la esfera o ámbito de los resultados de explotación («causas económicas», en sentido estricto), siendo al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa¹³.

En un intento de conceptualización, puede decirse que las causas económicas son aquellas que inciden sobre el resultado de la gestión empresarial, atendiendo a los ingresos y gastos y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos y comerciales, [SJS de Bilbao, País Vasco, núm. 5, de 25 de abril de 2001 (AS 2001, 2244)]. Las causas técnicas, en cambio, tienen relación con avances en materia de mecanización, automatización, informatización..., que será necesario incorporar a la actividad productiva para evitar su obsolescencia (SJS de Bilbao, País Vasco, núm. 5, de 25 de abril de 2001 (AS 2001, 2244)]¹⁴. Las causas organizativas son aquellas que corresponden a la necesidad de adecuar la estructu-

¹³ En tal sentido lo interpreta la doctrina del Tribunal Supremo en STS de 14 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995), que si bien se refiere al despido, lleva a cabo una clara delimitación conceptual.

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A.: «El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control», AA.VV., *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995, pág. 260 y ss.

ra empresarial así como los medios personales y materiales de que dispone la empresa, a las líneas de producción que desarrolla [STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2001 (AS 2001, 4316)]. Finalmente, las razones productivas hacen referencia «al resultado del proceso de trabajo, a la configuración del bien o servicio producido por la empresa; a los costes y volumen de la producción, para adecuarla a las exigencias del mercado, impidiendo que su desajuste ponga en peligro la actuación competitiva de la empresa» [STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2001 (AS 2001, 4316)].

Con anterioridad a la reforma del 2012 y respecto a la necesidad de que la medida debía «mejorar o contribuir a prevenir la situación de la empresa», en ocasiones ya resultaba difícil de probar al tratarse de hechos futuros. Puede resultar interesante destacar en este punto la jurisprudencia anterior al 2012, que si bien se caracterizaba por una interpretación flexible de las causas, nos permite concluir a qué situación nos puede abocar la reforma del elemento valorativo de las causas.

En este sentido, como señaló la doctrina, conviene recordar que «puesto que la economía y la gestión de recursos humanos no son ciencias exactas, la valoración externa de la conveniencia de la empresa debe ceñirse a si son ciertas (probadas) y económicamente razonables las razones alegadas; y no a si se ha seleccionado el mejor conjunto o combinación posible de medidas de respuesta a dichas causas»¹⁵.

Es por ello que en reiteradas ocasiones, los jueces se limitaban a comprobar la prueba de los hechos alegados y la congruencia entre los mismos con la medida modificativa, sin prestar atención a valorar que efectivamente esta contribuyera a mejorar la posición de la empresa en el mercado¹⁶. Por supuesto, tampoco se exigía que la modificación elegida por el empresario fuera la medida óptima para conseguir el objetivo propuesto, sino solo que contribuya a conseguirlo. Por tanto, el control judicial de la justificación de la medida quedaba reducido a verificar que esta razonablemente va a producir el efecto propuesto (STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2006, Rec. 329/06). El juez debía limitarse a constatar que la medida adoptada era una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa, sin ejercer control de oportunidad alguno, esto es, sin arrogarse la función de sustituir al empresario en la elección de la medida empresarial, pudiendo calificarse como razonable,

¹⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (comentario al art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores, en la nueva redacción de la Ley 11/1994, de 19 de mayo)», Estudios de Jurisprudencia, *Revista Colex*, núm. 11, 1994, págs. 184 y ss.

MONTOYA MELGAR, A.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores», cit., págs. 25 y ss.

¹⁶ La expresión «contribuya» debía entenderse en el sentido de que la medida ayudara o favoreciera a mejorar la situación de la empresa, sin que fuera preciso que por sí sola fuera suficiente e ineludible, para mejorar dicha situación. La contribución debía ser directa y adecuada al objetivo perseguido (STS de 24 de abril de 1996, Rec. 3543/1995). Si las causas era técnicas, organizativas o de producción no era necesario que la empresa atravesara por una situación organizativa o productiva problemática, sino que bastaba con que la medida en cuestión fuera razonable desde la perspectiva de una buena gestión empresarial (STSJ de Navarra de 21 de diciembre de 1998, EDJ 33265). Se partía de la base, como presunción *iuris tantum*, de que el empresario actuaba siempre en defensa e interés de la mercantil que gestiona (STSJ de Madrid de 9 de junio de 1999). El legislador ha articulado esta facultad como un instrumento destinado a conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del mercado, permitiendo una mejor optimización de sus recursos productivos, para mantener o aumentar los niveles de competitividad y rentabilidad empresariales (SSTSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 1998 y 4 de marzo de 1998; STSJ de Galicia 26 de marzo de 1996), por lo que es suficiente con que la medida redunde en una mayor eficiencia y más adecuado rendimiento de la organización empresarial (STSJ de Baleares de 25 de febrero de 1998).

proporcional y adecuada (atendiendo a datos como la correspondencia entre la razón alegada y la duración de la medida, el número de trabajadores afectados y la entidad de las consecuencias que se derivan para ellos) (STS de 8 de enero de 2000, Rec. 461/1999; STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 1999, Rec. 1068/1998).

No hace falta partir de una situación económica negativa (STSJ de Cataluña de 23 de enero de 1998, EDJ 8526); cabe la mejora incluso de lo que ya es bueno. Incluso es indiferente que la empresa no hubiera actuado antes para corregir una situación mejorable, ya que su pasividad inicial no la inhabilita para el futuro (STSJ de la C. Valenciana de 6 de julio de 2006, Rec. 2430/2006).

Resulta ilustrativo al respecto analizar alguna condición concreta para determinar dónde se encuentra el límite de la justificación. Por ejemplo, si tomamos como referencia la modificación del régimen de trabajo a turnos, se declaran justificadas las siguientes modificaciones: establecimiento de un tercer turno de trabajo con horario nocturno durante un periodo de cinco meses para atender los pedidos dados los mínimos de *stock* existentes (STSJ de la C. Valenciana de 3 de febrero de 1998); implantación del sistema de trabajo en régimen de producción continua con establecimiento de un quinto turno de trabajo, con alteración de los días de descanso semanal, festivos y periodos vacacionales, para atender el gran aumento de las exportaciones y para reducir la lista de espera en la cartera de pedidos (STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1998); imposición de un turno rotativo a tres trabajadores del servicio de mantenimiento, incluyendo el de noche, para que las averías que se producen en el turno de noche puedan ser reparadas dentro de la jornada, evitando tener paradas las máquinas durante horas (STSJ de Cataluña de 23 de enero de 1998, EDJ 8526)¹⁷.

En materia de modificación del sistema de trabajo y rendimiento se ha considerado justificado el cambio en la forma de cálculo de las primas por causas tecnológicas como consecuencia de la adquisición de una nueva maquinaria más moderna que sustituye a la anterior (STSJ de Cataluña de 7 de julio de 1999, EDJ 27285), o por razones económicas y productivas sobre la base de que el sistema existente no estimulaba un producto de calidad y competitivo en el mercado al tomar en consideración el número de rollos de materia prima utilizados, con independencia de que el producto obtenido fuera desechable (STSJ de Sevilla de 26 de mayo de 1999). Del mismo modo se entiende justificado un ligero acortamiento de las pausas para la atención de las necesidades fisiológicas en línea de fabricación de automóviles por causas organizativas y productivas (STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2003, EDJ 227391).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse¹⁸ en el sentido de considerar que: «... la interpretación literal del artículo 41 del ET inclina a pensar que no es la «crisis» empresarial sino la

¹⁷ Por el contrario se considera injustificada la modificación en supuestos como la implantación de un sistema de turnos rotatorios para todos los trabajadores, en sustitución del anterior sistema de turno fijo de mañana para unos trabajadores y de turnos rotatorios de tarde y noche para otros, al no considerarse probadas las razones organizativas alegadas, persiguiéndose con dicha medida complacer las pretensiones de determinados trabajadores en perjuicio de los niños de un centro de educación especial a los que atienden, para los que el cambio no resulta conveniente (STSJ de La Rioja de 5 de diciembre de 1995); reducir el personal que trabaja en turnos de tarde y noche y sábados y festivos por razones presupuestarias al no acreditarse problemas de orden económico ni dificultades en la posición de mercado que afecten a la competitividad ni problemas en la organización de los recursos que puedan vincularse a la demanda, lo que convierte la decisión en absolutamente arbitraria (STS de 8 de enero de 2000, Rec. 461/1999).

¹⁸ En referencia a la legislación anterior a la reforma laboral, STS u.d. de 17 de mayo de 2005, Rec. 2363/1904 y la más reciente STS de 16 de mayo de 2011, Rec. 197/2010, mediante la comparación del artículo 41 del ET con los artículos 51

«mejora» de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas.

En este punto deben recordarse las afirmaciones vertidas en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que en referencia a los despidos, ámbito en el que las exigencias causales se producían con mayor rigor, se justifican las reformas introducidas en materia de causas de los despidos colectivos – art. 51 ET– y despido objetivo por causas económicas –art. 52 c) ET– en que «... tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores...», por lo que el legislador pretende que únicamente se valore la existencia de las causas, sin entrar en ningún caso en otro tipo de pronunciamientos.

IV. CONDICIONES DE TRABAJO OBJETO DE LA MODIFICACIÓN

El artículo 41 del ET contempla solo la modificación del contrato de trabajo que afecta a las condiciones de trabajo. En un sentido amplio, abarcarían la totalidad de derechos y deberes, principales o accesorias, que se deducen de la relación laboral; en sentido estricto, por el contrario, solo comprende los elementos que determinan la prestación básica de trabajador y empresario (trabajar y retribuir el trabajo), en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento¹⁹. Como ha señalado la doctrina, el listado de materias recogidas en la norma que se califican como condiciones de trabajo sustancialmente modificables se corresponde con un concepto estricto, es decir, todas aquellas condiciones que determinan la forma concreta de cumplimiento de las prestaciones recíprocas²⁰.

y 52 c) del ET para el despido colectivo y para el despido objetivo, pronunciándose en el sentido de que estos preceptos establecían una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las decisiones empresariales de despedir contribuyeran a objetivos más exigentes; bien a «superar una situación económica negativa de la empresa» (art. 51, para las causas económicas), bien a «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma» (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la «superación de situaciones económicas negativas» [art. 52 c), para las causas económicas en sentido estricto], bien a «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» [art. 52 c), para las causas técnicas, organizativas y de producción]. En el mismo sentido la Audiencia Nacional, a modo de ejemplo podemos citar las Sentencias de 23 y de 25 noviembre de 2009 (Rec. 227/2009; Rec. 222/2009).

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: Las modificaciones de la prestación de trabajo MTSS, 1983, págs. 222 y ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO M.: «La movilidad del trabajador dentro de la empresa», *Documentación Laboral*, núm. 9, 1983, pag. 12.

²⁰ SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: «La modificación de las condiciones de trabajo», en SEMPERE NAVARRO, *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi, 2010.

El término «modificación de condiciones» implica que para aplicar el artículo 41 del ET es preciso que se produzca una alteración en las condiciones de trabajo ya disfrutadas por los trabajadores, siendo modificación objetiva de la relación jurídica, frente a la subjetiva prevista en el 44 del ET y sin que resulte aplicable el precepto cuando se trata de modificaciones derivadas de cambios normativos por modificación o pérdida de vigencia de la fuente que las establece o por aplicación de normas de rango superior²¹ o cuando se trata de modificaciones pactadas entre las dos partes del contrato de trabajo²².

Para la identificación de condiciones es conveniente atender a un doble parámetro: el origen de la condición, esto es, la fuente en la que se establece y la materia a la que se refiere.

1. Condiciones modificables por razón de su origen.

El artículo 41.2 (primer párrafo) del ET establece que «Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos». Ello implica que podrán modificarse aplicando el régimen jurídico del artículo 41 del ET:

1. Las condiciones de origen contractual, tanto las pactadas expresamente en el contrato de trabajo o en un momento posterior, así como las disfrutadas a título individual por los trabajadores como condiciones más beneficiosas.
2. Las reconocidas por acuerdo o pacto colectivo.
3. Las que traigan causa de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, como las condiciones más beneficiosas de naturaleza colectiva disfrutadas de forma genérica por todos los trabajadores de la empresa o por un grupo de ellos sin atender a ninguna condición individual de cada trabajador, aunque su ejercicio sea individual.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el origen individual o colectivo de la condición determinaba el procedimiento a seguir para su modificación, mientras que tras la reciente reforma laboral, como analizaremos en las páginas siguientes, la vía del procedimiento individual o colectivo de la modificación residía exclusivamente en el número de trabajadores afectados y no en el instrumento jurídico que reconozca la condición modificada.

2. Condiciones modificables por razón de la materia.

Las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de modificación sustancial son, entre otras, las siguientes:

²¹ SSTS de 20 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4838) y 15 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5987).

²² SSTS de 6 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4379) o 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5695), afirmando esta última que el artículo 41 del ET «parte del presupuesto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo impuestas por decisión unilateral de la empresa», sin que extienda por tanto su aplicación al denominado «pacto novatorio».

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. (La Ley 3/2012, de 6 de julio, ha introducido la referencia expresa a «cuantía salarial».)
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET.

La enumeración no tiene carácter cerrado y exhaustivo, sino ejemplificativo de las materias en que las decisiones modificativas pueden ser más frecuentes²³.

Las modificaciones podrían afectar a otras condiciones, pudiendo citar a modo de ejemplo: mejoras voluntarias de la Seguridad Social²⁴, interrupciones no periódicas de la prestación de servicios por causas concernientes a la persona del trabajador, descuento en los productos adquiridos en la empresa, ayuda de comida, utilización de vehículos de la empresa, calendario de vacaciones, supresión del derecho a vivienda del que venía disfrutando el trabajador por razón de su trabajo, alteraciones del régimen de licencias y permisos... La enumeración podríamos ampliarla incluso a las condiciones de que disfrutaran los trabajadores pasivos, ello sin perjuicio de los límites aplicables en cada caso concreto por aplicación de la fuente que los establezca o por el posible juego del principio de los derechos adquiridos –SSTS de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4104) y 27 de enero de 2003 (RJ 2003, 3626)–.

Si el empresario pretende modificar sustancialmente el lugar de prestación de servicios, cuando supone un cambio de residencia del trabajador, las reglas son las de movilidad geográfica (art. 40 ET). Cuestión distinta es determinar si podemos reconducir al artículo 41 del ET los supuestos de la denominada movilidad geográfica «débil», es decir, cuando no implica cambio de residencia, cuestión planteada en torno a los traslados del centro de trabajo. Existen pronunciamientos del orden contencioso, que excluían la aplicabilidad del artículo 41 del ET y también la del artículo 40 del ET, al limitar este último su ámbito de aplicación para cuando se exija cambio de residencia –STS, cont. de 22 de junio de 1990 (RJ 1990, 4880)–. La jurisdicción social ha mantenido esta solución: primero lo ha hecho incidentalmente –habiendo rechazado que en estos casos exista un perjuicio que deba ser reparado por el empresario –SSTS de 10 de junio de 2003 (RJ 2005, 3828) y 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 2864)– y se ha negado a aplicar las reglas especiales de procedimiento –y sobre todo la caducidad del art. 59.4 ET– a este tipo de movilidad «débil»²⁵. Más recientemente, la cuestión se ha

²³ El término «entre otras» ha permitido la interpretación amplia del precepto. En este sentido, la STS de 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 5112) afirma que «como se desprende claramente de los términos del artículo 41 del ET el elenco de posibilidades que en él se contemplan no se halla limitado a las expresamente tipificadas en su apartado 1, sino que las modificaciones posibles son las allí recogidas "entre otras", lo que ha permitido a esta Sala aceptar otro tipo de modificaciones sustanciales».

²⁴ Por ejemplo, cuando se trata de la póliza de un seguro privado (SAN de 22 de diciembre de 2011 –0179/2011–), STS de 19 de marzo de 2001).

²⁵ SSTS de 27 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 2029), 18 de marzo (RJ 2003, 3650) y 16 de abril de 2003 (RJ 2003, 4531).

planteado de manera frontal habiendo descartado que la movilidad geográfica «débil» pueda integrar un supuesto de modificación sustancial en la STS de 26 de abril de 2006 (RJ 2006, 3105).

1. Modificación del tiempo de trabajo

El legislador, tras la modificación introducida en el artículo 41 del ET, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, incluyó expresamente en la enumeración de condiciones susceptibles de modificación la «distribución del tiempo de trabajo», en el mismo apartado que el horario y por tanto separándola de la jornada, como un concepto distinto a las otras condiciones. La fórmula es lo suficientemente amplia como para acoger los descansos y pausas dentro de la jornada (Dir. 104/93/CE), e incluso la propia distribución irregular de esta. La novedad pretendía básicamente evitar conflictos de interpretación y dejar sentada la posición del legislador, porque tal como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, nada impedía que la expresión «entre otras» acogiera la distribución de la jornada de trabajo. Con ello se deja claro que cuando el artículo 41 del ET habla de jornada no se refiere a la distribución, sino precisamente a la cuantificación de la misma²⁶.

El cambio tuvo un objetivo flexibilizador y pretendía que las distribuciones de la jornada establecidas en los convenios colectivos estatutarios no se considerasen reglas sobre jornada y, por tanto, inmodificables, tal y como había sostenido un sector doctrinal²⁷. No obstante, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, esta diferenciación carece de virtualidad, porque al haberse incluido todas las reglas sobre jornada dentro de las posibilidades de «descuelgue» del convenio, la diferenciación pierde gran parte de su sentido.

Debemos delimitar los dos conceptos considerando que «jornada» bien sea diaria, semanal o anual viene determinada por el número de horas a trabajar dentro del lapso temporal de que se trate, mientras que, por el contrario, «horario de trabajo» es la distribución en las horas del día de la jornada de trabajo o cantidad abstracta de horas a realizar en unas u otras unidades temporales (siendo su función identificar los momentos precisos en que cada día se ha de entrar y salir del trabajo, según la jornada)²⁸.

²⁶ ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en AA.VV.: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 120.

²⁷ Si el cambio afectaba a la jornada o al horario de trabajo, el régimen jurídico al que se sometía su modificación difería en dos aspectos esenciales: 1) Posibilidad de la modificación: la jornada establecida en un convenio colectivo de ámbito sectorial no se podía modificar por acuerdo entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores, a diferencia del horario de trabajo y 2) Procedimiento a seguir: las modificaciones de la jornada reconocida a los trabajadores por acuerdo o pacto colectivo o disfrutada en virtud de una decisión del empresario de efectos colectivos se consideraban en todo caso modificaciones de carácter colectivo, y debían observar las reglas que para las mismas se establecían, mientras que las modificaciones del horario de trabajo de los trabajadores que tuvieran ese mismo origen y afectaran en un periodo de 90 días a un número de trabajadores que no alcanzara los umbrales establecidos, se consideraban individuales a efectos procedimentales.

²⁸ Conforme a estos criterios se han calificado como cambios en la jornada, y no en el horario, los siguientes: imponer la prestación de servicios de lunes a domingo en lugar de lunes a viernes, como se venía haciendo a tenor del convenio aplicable en el que se establecía la duración de la jornada laboral, en cómputo semanal, de lunes a viernes, alteración que no solo afecta al descanso, en cómputo semanal, sino también a la jornada, en su módulo diario, ya que antes no se trabajaba ni los sábados ni los domingos (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 1998, EDJ 23589); incorporar cuatro sábados a los días de trabajo al calendario laboral aun cuando se respetase la jornada anual (STSJ de Cataluña de 26 de junio de 1998, EDJ 28112). Por el contrario, el cambio de jornada continuada a jornada partida se considera como cambio en el hora-

A. *Modificación de la jornada de trabajo: el problema de la reducción de jornada por la vía del artículo 41 del ET y su distinción con otras figuras*

En cuanto al contenido de la modificación de la jornada y su sustancialidad, cabe señalar que la modificación puede consistir tanto en la reducción como en la ampliación de la jornada de trabajo con límites complejos que expondremos a continuación. Si bien los mayores problemas se plantean con la reducción de la jornada para el trabajador, la modificación también puede determinar también un aumento de la jornada de trabajo²⁹.

El análisis de la modificación de la jornada de trabajo por la vía del artículo 41 del ET nos obliga a diferenciarlo de otra figura próxima como es la reducción de la jornada por la vía del artículo 47 del ET.

Tanto la jornada como en un sentido amplio el tiempo de trabajo son factores esenciales del poder empresarial en la tendencia flexibilizadora de las recientes reformas laborales en la materia, paradigma de la denominada «flexiseguridad» a que alude la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, atendiendo el legislador a las demandas de gestión empresarial con la nueva filosofía que rige las relaciones laborales que considera el trabajo esencialmente como un mero factor productivo. A esta nueva visión responde a mi juicio el hecho de que el legislador permita por vías distintas, aunque muy próximas entre sí en determinados aspectos y con ciertas zonas de intersección que no dejan de resultar problemáticas, la reducción de la jornada de trabajo. Se hace preciso acotar cada una de ellas, sin perder la perspectiva del estudio, intentando concretar cuándo la empresa puede llevar a cabo la reducción de jornada por la vía del artículo 41 del ET.

El empresario cuenta asimismo con la figura de la distribución irregular de la jornada prevista en el artículo 34 del ET, que si bien no se trata de una reducción permite llevar a cabo una importante flexibilización del tiempo de trabajo³⁰. En este punto la reforma laboral de 2012 ha procedido

rio de trabajo, pues a pesar de su equívoca denominación se trata de un problema de distribución de la jornada a lo largo del día (STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 1999, EDJ 11799).

²⁹ Se considera sustancial, por ejemplo, la ampliación en 7,5 horas sobre la jornada anual establecida en convenio colectivo aun cuando las horas en exceso se compensasen posteriormente (STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 1999, EDJ 33484); la reducción de la jornada diaria acompañada de la ampliación de los días laborables (STS de 17 de enero de 2007, EDJ 4160; STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 1998, EDJ 5611; STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 1996, EDJ 13381). No se considera sustancial entre otros supuestos: la utilización por parte de la empresa de la facultad reconocida en convenio colectivo en el supuesto de concurrir determinadas circunstancias (STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1999, EDJ 11915); la reducción de la jornada sin merma de la retribución (SJS de Madrid, núm. 23, de 7 de junio de 2002, DSI/175/02); la reducción en ocho minutos de la jornada de tarde, ampliando en cuatro el número de días laborables (STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 1996, EDJ 10004); la reducción de la jornada diaria acompañada de la ampliación de los días laborables (STS de 17 de enero de 2007, Rec. 3789/2005); STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 1998, EDJ 5611; STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 1996, EDJ 13381).

Se declaran modificaciones sustanciales justificadas: la ampliación de la jornada en media hora a la semana y 25 horas al año al responder razonablemente a una mejor reorganización de la empresa (STS de 17 de junio de 1998, EDJ 11849); la ampliación de la jornada diaria de 7,05 a 7,30 horas, acompañada de la mecánica de rotación en las libranzas por la necesidad de preparar pedidos los sábados ante la implantación progresiva de un sistema por el que se vende y suministra pedidos los seis días laborables de la semana (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de octubre de 1997); la fijación de cuatro nuevos días laborables para homogeneizar la distribución de la jornada de colectivos de procedencia distinta en el marco de un proceso de fusión empresarial (STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 1998, EDJ 5611).

³⁰ El antecedente inmediato de la figura lo encontramos en el Decreto-Ley 7/2011, de reforma de la negociación colectiva, que amplió las posibilidades al respecto, estableciendo dentro del contenido mínimo del convenio colectivo la obligación

a llevar a cabo una mejora técnica, pasando la cuestión al artículo 34 del ET con la regulación general de la jornada de trabajo, estableciendo el vigente artículo 34.2 del ET que «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por 100 de la jornada de trabajo³¹.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella».

B. La reducción de jornada por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Es preciso concretar el ámbito de aplicación de la norma en relación con esa específica condición de trabajo. Por un lado, conviene identificar aquellas modificaciones que, por su escasa entidad, no merecen la calificación de sustanciales y, en consecuencia, no precisan que se aplique el procedimiento del artículo 41 del ET, porque entran dentro del poder ordinario de organización del trabajo que corresponde al empresario, dado que un cambio de jornada de poca entidad no alcanzaría la categoría de sustancial, aunque no se delimitan con precisión los umbrales cuantitativos, debiendo para ello llevar a cabo un análisis jurisprudencial minucioso³².

No existiría en principio obstáculo legal para que, a través de este cauce, se proceda a la reducción de la jornada de trabajo, con la consiguiente reducción salarial, siempre que ello no implique la conversión del contrato en a tiempo parcial. En este sentido y mientras que un sector doctrinal se postula contrario a ello³³, la jurisprudencia ha admitido esta posibilidad, pues no ha dudado en aplicarles el precepto con independencia del tipo que sean³⁴. A modo de ejemplo podríamos señalar algunos pronunciamientos destacables: 1) En el supuesto de reducción de la jornada en un tercio impuesta unilateralmente por el empresario solo es posible plantear demanda por despido si concurre la voluntad extintiva por parte del empresario (al menos de la relación laboral a tiempo completo); o hubiera

de pactar unos porcentajes máximos y mínimos en los que podría distribuirse irregularmente la jornada de trabajo. En defecto de pacto, la norma establecía un límite del 5 por 100.

³¹ El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, establecía el porcentaje del 5 por 100, incrementado al 10 por 100 en la Ley 3/2012, de 6 de julio, que por otra parte se recogía en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, si bien referido al contexto de su acuerdo en negociación colectiva.

³² *Vid.* sobre el particular SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona: Aranzadi, 1999, pág. 103; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ejes de su configuración en el oscuro artículo 41 del ET», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2009.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Madrid: Civitas, 2000, págs. 42 y 43; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. y SERRANO OLIVARES, R.: «Vicisitudes de la relación de trabajo», AA.VV.: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

³³ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «Vicisitudes...», *op. cit.*, págs. 1.070 y 1.071.

³⁴ MIRANZO DÍEZ, J.J.: «Reducción de la jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y vías procesales para recurrir», *Aranzadi Social*, núm. 33, 2009.

habido una modificación extintiva por conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial. Este último cambio precisa necesariamente la aceptación del trabajador, pues la mera imposición empresarial de la jornada reducida, por debajo de la jornada habitual, no cambia la modalidad contractual que seguiría siendo a tiempo completo. 2) No se considera modificación sustancial la reducción de la jornada sin merma de la retribución (JS de Madrid núm. 23, de 7 de junio de 2002, DSI/175/02). 3) Se considera sustancial la reducción de la jornada diaria acompañada de la ampliación de los días laborables (STS de 17 de enero de 2007, EDJ 4160; STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 1998, EDJ 5611; STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 1996, EDJ 13381). En sentido contrario, se califica como no sustancial la reducción en ocho minutos de la jornada de tarde, ampliando en cuatro el número de días laborables (STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 1996, EDJ 10004). 4) La decisión unilateral de la empresa de reducir la jornada, por pérdida de una contrata, puede constituir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero en modo alguno se puede considerar un despido al no considerar que el empleador se ha manifestado en tal sentido expresa o tácitamente, por lo que se mantiene viva aunque modificada la relación laboral entre las partes.

Así pues, de una primera interpretación judicial podríamos concluir que la reducción de jornada puede canalizarse a través del artículo 41, si concurren las causas económicas, técnicas organizativas o de producción que exige el precepto.

Finalmente nos encontramos con una importante contradicción: se admite reducir con carácter temporal la jornada por la vía del artículo 41 ET pero, por el contrario, esta no resulta un cauce idóneo para obtener el derecho a la prestación por desempleo.

En este apartado correspondiente a las modificaciones de jornada a través de la figura prevista en el artículo 41 del ET es donde nos encontramos a mi juicio con una de las cuestiones más problemáticas, máxime si atendemos a los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo. En este tipo de reducciones debemos analizar qué ocurre cuando supongan transformación de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa, para las que el artículo 12.4 del ET exige el necesario acuerdo de las partes y prohíbe expresamente acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo³⁵. En la práctica esta regla resulta menos precisa de lo que pudiera parecer en un principio, pues el acuerdo se exige para la conversión de una modalidad de contrato en otra, pero no para las reducciones de jornada hechas dentro de un contrato que ya era a tiempo parcial. Tampoco en los casos en que se reduce el número de horas de trabajo de un contrato a tiempo completo sin que este pierda tal condición³⁶. El problema surge, precisamente, a la hora de determinar cuándo estamos ante una reducción que supone la conversión del contrato y cuándo ante un simple ajuste de la jornada dentro de la misma modalidad. El legislador no ofrece criterios para diferenciarlo, ni desde la perspectiva

³⁵ La modificación sustancial no está prevista para las alteraciones del régimen contractual. En este sentido, la STS 11 de abril de 2005 (Rec. 143/2004) señala que el artículo 41 «se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, como muestra la regla del apartado d) del artículo 12 del ET para el contrato a tiempo parcial, y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial», si bien en la sentencia se resolvió que no era posible convertir vía modificación sustancial un contrato ordinario en otro de trabajo a domicilio.

³⁶ CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos a tiempo parcial», en AA.VV.: *Los contratos de trabajo a tiempo parcial* (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y VALDÉS DAL-RE, F., coords.), Valladolid: Lex Nova, 2000, pág. 103. En el mismo sentido *vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo de trabajo», en AA.VV.: *Tiempo de Trabajo* (APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J., coords.), Albacete: Bomarzo, 2007, pág. 249.

de la reducción de jornada ni de la retribución percibida. Es decir, el fondo de la cuestión requiere analizar si la medida empresarial adoptada supone o no una alteración del régimen contractual.

En el plano teórico la solución parece clara si partimos de la regla prevista en el artículo 12.4 e) del ET: «La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción».

Del precepto anterior cabe extraer inicialmente la conclusión de que la conversión de trabajo a tiempo parcial en contrato a tiempo completo o viceversa tiene siempre carácter voluntario para el trabajador y no puede imponerse de forma unilateral, o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia no son uniformes. En este sentido, por ejemplo, la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 31 de enero de 2007 (Rec. 512/2004)³⁷ se muestra contraria a la posibilidad de que por la vía de la modificación sustancial se lleve a cabo una novación contractual, exigiendo correctamente a nuestro juicio que el consentimiento del trabajador sea claro, concreto explícito y documentado en un documento entre las partes, a fin de evitar situaciones de abuso por parte de los empleadores. Es decir, debe tratarse de una verdadera novación contractual pactada, porque en caso contrario nos encontraríamos una reducción o modificación de jornada decidida unilateralmente por el empleador.

Por el contrario otros pronunciamientos se muestran favorables a utilizar la vía del artículo 41 del ET (STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de enero de 1999, Rec. 106/1998; 3 de septiembre de 1998, Rec 397/1998; STSJ de Madrid 4 de mayo de 2004, EDJ 109518); STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 1998, AS 1998\1151; STSJ del País Vasco de 30 de noviembre de 1999, Rec. 1678/1999) y, recientemente, se reconoce de forma explícita esta posibilidad, entre otras, en la STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2007 (JUR 2007, 120086) y en la STSJ de Asturias de 17 de octubre de 2008 (JUR 2008, 359574)³⁸.

³⁷ En la misma línea, STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005, EDJ 5394; STSJ de Baleares de 20 de diciembre de 2004, EDJ 256730; SJS de Madrid núm. 33 de 8 de abril de 2003 (AS 2003, 1980). RUIZ SALVADOR, J.A.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Albacete: Bomarzo, Básicos de Derecho Social, núm. 4, 2004, pág. 49.

³⁸ En la misma línea: SSTSJ de Galicia de 25 de septiembre de 2001 (AS 2001, 2917) y 9 de febrero de 2001 (AS 2001, 443); SSTSJ de Aragón de 31 de diciembre de 2002 (AS 2000, 571) y 5 de mayo de 2003 (JUR 2003, 151427); STSJ de Extremadura de 7 de julio de 2005 (JUR 2005, 174923); STSJ de Castilla y León de 11 de septiembre de 2008 (AS 2008, 2740); STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2007 (JUR 2007, 152092); SSTSJ de Valencia de 21 de julio de 2006 (AS 2006, 571) y 28 de marzo de 2006 (JUR 2006, 254842) o STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2007 (JUR 2007, 222010), que acepta la imposición unilateral de la reducción de jornada justificada en el hecho de la pérdida por la empresa. Al respecto STSJ de La Rioja de 16 octubre 2009 (Rec. 293/2009), *vid.* comentario a la sentencia en MIRANZO DÍEZ, J.A.: «Reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y vías procesales para recurrir», *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 10 (oct. 2009), tratándose de una jornada laboral de 27 horas semanales la empresa le comunica su decisión de modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo ex artículo 41 del ET mediante la reducción de la jornada en 4 horas y 30 minutos semanales. La sentencia de instancia considera que queda fuera del ámbito del artículo 41 del ET, frente a la postura contraria mantenida por el TSJ. A mi juicio son perfectamente válidos los criterios utilizados por la sentencia de instancia considerando que la no aplicación de

El Tribunal Supremo ha mantenido que tratándose de una reducción de jornada en 12 horas semanales (por pérdida de una contrata en el sector de limpieza de edificios y locales), puede constituir modificación sustancial, pero en modo alguno un despido, al no producirse manifestación expresa o tácita del empleador en tal sentido y –por el contrario– mantenerse viva, aunque modificada, la relación de trabajo existente entre las partes (SSTS de 7 de abril de 2000 –rcud. 1746/1999; y 20 de noviembre de 2000 –rcud. 1417/2000 –) y al no existir voluntad extintiva, es posible la reducción por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

La STS de 14 de mayo de 2007 (Rec. 85/2006)³⁹ es merecedora de un comentario más detallado al respecto: tratándose de una modificación unilateral, consistente en reducción de un tercio en la jornada anual, determinada por falta de clientela e importantes pérdidas, formalmente amparada en el artículo 41 del ET, ha concluido que el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo fue el adecuado. Para ello analiza en primer lugar la naturaleza del contrato a tiempo parcial, ya que si bien con carácter general se mantiene que todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial, como recuerda la sentencia, «... el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye... una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo como un simple supuesto de reducción de jornada [contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida] o de utilización reducida del tiempo de trabajo ["jornada parcial"]. Ello implica pese al principio de conservación del negocio y al carácter excepcional de la novación *extintiva* "... que no estemos en presencia de una novación modificativa de la relación laboral, sino ante la novación extintiva de la preexistente y su sustitución por la nueva (así ya la había indicado la STCT de 22 de noviembre de 1988), habida cuenta de que el fenómeno extintivo no solamente tiene lugar cuando el contrato de trabajo finaliza para dar paso a una relación no laboral, sino también cuando se transforma en modalidad o especie distinta". Es decir, al no producirse la voluntad específica del trabajador de llevar a cabo la referida novación extintiva, persiste la naturaleza jurídica del contrato a tiempo completo, ya que "... la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo] e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador..."».

En el mismo sentido se pronuncia en STS u.d. de 7 de octubre de 2011 (Rec. 144/2011), en la que reduciendo en 30,5 por 100 la jornada ex artículo 41 del ET y analizando si estamos ante la transformación o novación del contrato en otro a tiempo parcial, prohibido por el *artículo 12.4 del ET* y que no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador, concluye el Tribunal Supremo que «la reducción de la jornada... decidida unilateralmente por la empresa ante la disminución no discutida de la actividad empresarial, no supuso una vulneración de lo previsto en el artículo 12.4 e) del ET, desde el momento que esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de las trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, máxime

la prohibición contenida en el artículo 12 del ET a los supuestos en que la reducción de la jornada de trabajo se produzca en el contrato a tiempo parcial, puede llegar a provocar resultados un tanto ilógicos [SJS núm. 33 de Madrid de 8 de abril de 2003 (AS 2003, 1980) y STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2007 (JUR 2007, 120086)].

³⁹ En el mismo sentido, STS de 11 de abril de 2005 (RJ 2005, 4060).

cuando la media adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos». En la sentencia el Tribunal Supremo alude expresamente al artículo 47.2 del ET referente a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tras recordar su existencia «... si bien dicha norma... no resulta aplicable al caso por evidentes razones temporales...», por lo que podríamos concluir que esta sería la figura adecuada frente a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tratándose en el caso de una reducción con carácter temporal, pero a contrario cabe interpretar que no encuentra obstáculo a recurrir a la figura de modificación sustancial si tuviera la medida carácter permanente.

Otra de las cuestiones sumamente interesantes a mi juicio y no menos problemática es la referente a la reducción de jornada dentro de un contrato a tiempo parcial, analizando si la vía idónea es la modificación sustancial de condiciones de trabajo o si por el contrario debemos intentar buscar vías alternativas. Como punto de partida debemos sentar que la regla contenida en el artículo 12.4 del ET exige el acuerdo para la conversión de una modalidad de contrato en otra, pero no para las reducciones de jornada hechas dentro de un contrato que ya era a tiempo parcial.

La redacción del precepto procede del Real Decreto 15/1998, de 27 de noviembre, que conceptualiza el contrato a tiempo parcial como aquel celebrado cuando se hubiera acordado la prestación de servicios durante un número de horas inferior al 77 por 100 de la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal, a la vez que introdujo la prohibición de conversión del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, con lo que la coherencia entre ambos mandatos quedaba patente. Era posible, pues, la reducción de jornada en un contrato a tiempo completo siempre que no se sobrepasara el límite infranqueable del citado porcentaje que actuaba como elemento definidor del contrato a tiempo parcial⁴⁰.

Sin embargo, el actual artículo 12 del ET, que procede de la reforma llevada a cabo por Real Decreto-Ley 5/2001 y la Ley 12/2001, cambia la definición legal y suprime la referencia a la limitación porcentual de la jornada en la configuración del contrato a tiempo parcial. De modo que con la actual regulación, pudiera darse el caso de que reducciones de jornada de escasa entidad en un contrato a tiempo completo provocaran la transformación del mismo, por lo que inevitablemente entraría en juego la prohibición de conversión del artículo 12.4 del ET, mientras que, en cambio, el acuerdo individual de las partes no sería necesario para reducir la duración de la jornada de un trabajador a tiempo parcial, cualquiera que sea la trascendencia o intensidad de la medida empresarial, al haberse realizado dicho cambio dentro de la jornada interna del propio trabajo a tiempo parcial.

Otro argumento que puede contribuir a excluir la aplicación del artículo 41 del ET para llevar a cabo reducciones de jornada en esta modalidad contractual es la aplicación del principio de voluntariedad, que constituye una de las notas características presente en aspectos claves de la regulación del contrato a tiempo parcial, principio este que permitiría justificar la exigencia del mutuo acuerdo en la reducción de jornada del contrato a tiempo parcial⁴¹.

⁴⁰ MIRANZO DÍEZ, J.A.: «Reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y vías procesales para recurrir», *Aranzadi Social*, vol. 2, núm. 10 (oct.), 2009.

⁴¹ En este sentido, VICEDO CAÑADA, L.: «La modificación de la parcialidad de un contrato de trabajo a tiempo parcial por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores», *Diario La Ley*, núm. 7140, 2009, pág. 3.

C. La reducción de la jornada ex artículo 47 del ET

El antecedente inmediato de la figura vigente lo encontramos en la reforma laboral introducida por la Ley 35/2010⁴², planteando la reducción temporal de jornada como alternativa al despido colectivo. Las reducciones de jornada por las causas y por el procedimiento previsto para la suspensión del contrato de trabajo en situaciones de crisis ya estaban recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, aunque no se recogían expresamente en el ET. La Ley General de Seguridad Social preveía la posibilidad de acceder al desempleo parcial, cuando el trabajador viese temporalmente reducida su jornada de trabajo en al menos una tercera parte, siendo la reducción autorizada «por un procedimiento de regulación de empleo» (art. 203.3 LGSS). El Decreto-Ley 3/2012 es en cierto modo continuista en este punto, aunque se produce una simplificación excesiva del procedimiento, al eliminar la exigencia de autorización administrativa para su realización. Así el artículo 47.2 establece que «La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por 100 de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual...».

En conclusión, las recientes reformas laborales no delimitan la medida prevista en el artículo 47 con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por lo que se hace preciso llevar a cabo una diferenciación de ambas para no considerarlas alternativas a elegir por el empresario como si se tratara de fórmulas posibles que permiten conseguir efectos similares, aunque como analizaremos posteriormente, para los trabajadores distan mucho de ser tales.

Un primer criterio a considerar sería el carácter temporal o definitivo de ambas, con la finalidad de establecer una primera aproximación a los criterios distintivos:

Como punto de partida, el artículo 47 del ET únicamente es aplicable por definición a medidas temporales, al referirse a suspensiones del contrato (temporales por naturaleza) y, por extensión, en las reducciones de jornada, como establece expresamente el artículo 47.2 al referirse expresamente a la «reducción de jornada la disminución temporal».

Por el contrario en una primera aproximación tal vez podría sostenerse que el artículo 41 del ET está previsto para la adopción de medidas de carácter indefinido, lo que permitiría establecer un claro deslinde con el 47. No obstante, no puede mantenerse este criterio en cuanto que la regulación de las modificaciones sustanciales no permite concluir que el mecanismo se encuentre cerrado a las medidas

⁴² Como justificaba el legislador en su Exposición de Motivos en cuanto a las novedades introducidas en el artículo 47 se trataba de «... modificaciones en el ámbito laboral y de protección social que persiguen fomentar la adopción por el empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo (sea a través de la suspensión del contrato de trabajo, sea mediante la reducción de la jornada en sentido estricto). Se trata de un instrumento que favorece la flexibilidad interna de la relación laboral y que permite alcanzar un equilibrio beneficioso para empresarios y trabajadores, pues facilita el ajuste de la empresa a las necesidades cambiantes del mercado y, al mismo tiempo, proporciona al trabajador un alto grado de seguridad, tanto en la conservación de su puesto de trabajo, como en el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos por la protección dispensada por el sistema de protección por desempleo. En este sentido, se introduce la medida de reducción temporal de jornada dentro del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, se flexibiliza el tratamiento de esta figura tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social...».

de carácter temporal, y también se aplica aunque probablemente en menor número de ocasiones a modificaciones de carácter temporal, y así lo ha admitido la jurisprudencia sin que en ningún caso las decisiones judiciales se hayan pronunciado en sentido contrario⁴³.

El segundo criterio de distinción puede constituirlo las causas exigidas para realizar ambas medidas:

En materia de causas nos encontramos con otra de las coincidencias aparentes entre ambos preceptos y ello porque ambos exigen la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero la descripción que de ellas se hace difiere de uno a otro precepto. En principio, la modificación sustancial de condiciones de trabajo que responde a la denominada flexibilidad interna o de gestión ordinaria y la reducción de jornada prevista en el artículo 47, igual que ocurre con el despido colectivo del artículo 51 del ET, deberían concebirse como medidas de flexibilidad extraordinaria en el marco de un proceso generalizado de crisis de la empresa⁴⁴.

Dejando al margen sus antecedentes inmediatos⁴⁵, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, y como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, las causas que justifican la modificación sustancial son mucho más permisivas y flexibles, habiéndose limitado el legislador a recoger una simple mención a que se consideran tales «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa», si las comparamos con las previstas en los artículos 47 y 51, al margen de la flexibilización operada también en estas últimas por el legislador.

No obstante esta diferenciación entre las causas, como ha señalado la doctrina, de no acotar correctamente las figuras podría parecer que el ordenamiento jurídico ofrece al empresario la posibilidad de elegir alternativamente entre ambas figuras, con lo que podríamos concluir que entre las causas expuestas de un modo mucho más flexible, junto al procedimiento mucho menos rígido del artículo 41, la empresa optaría por el artículo 41 del ET.

El artículo 47 del ET señala que a sus efectos se entenderá por reducción la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por 100 de la jornada. Sin embargo, no obliga el precepto a que todas las reducciones de jornada que se encuentren dentro de dichos porcentajes deban reconducirse por esta vía y no se impide por el ordenamiento jurídico que puedan adoptarse reducciones por otras vías, especialmente a través del artículo 41, tanto fuera como dentro de dichos límites⁴⁶.

⁴³ PEDRAJAS MORENO, A.: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo» en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 1994, pág. 377.

⁴⁴ FERRADANS CARAMÉS, C.: «La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo», *Temas Laborales*, núm. 107/2010, págs. 234 y 235.

⁴⁵ Como ha señalado la doctrina, las definiciones de las causas en uno y otro precepto habían llegado a ser muy similares, lo que difuminaba mucho la frontera entre las mismas. Podía afirmarse que las justificaciones causales de ambas situaciones se habían aproximado, quedando las dos configuradas como herramientas ordinarias de gestión del personal y permitiéndose al empresario un mayor margen de libertad para decidir cuál es la medida de ajuste más adecuada a la situación concreta de su organización. *Vid. en este sentido LLANO SÁNCHEZ, M.: «La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos», Actualidad Laboral, núm. 22, 2010, págs. 2.634 y 2.635.*

⁴⁶ Una reducción de entre el 10 y el 70 por 100 de la jornada encaja en el concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Como ha señalado la doctrina, más dudas plantea la posibilidad de que pueda acordarse vía artículo

No podemos obviar que el procedimiento exigido en el artículo 47 continúa siendo, aun con la flexibilización producida tras la reforma del 2012 que suprime la autorización, más rígido que el previsto en el artículo 41, estableciendo el legislador en el artículo 47 que «El procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión, se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a 15 días».

Por otra parte, una cuestión esencial que por si sola justificaría una regulación distinta *ex lege ferenda* es la referente a los efectos para el trabajador desde la perspectiva de las prestaciones por desempleo, que son muy distintos según se utilice la vía del artículo 41 o del artículo 47, ya que la reducción de jornada del artículo 47 es por definición temporal y garantiza la percepción por los afectados de las prestaciones de desempleo, ya sea como desempleo total, ya sea como parcial. Por el contrario, la modificación sustancial puede ser temporal o indefinida y la única forma que tendrían los trabajadores de acceder al desempleo sería la de rescindir sus contratos de trabajo en virtud del artículo 41.3 del ET⁴⁷.

La desprotección del trabajador se acrecienta si consideramos que en los supuestos de reducción de jornada de carácter permanente no hay derecho a la prestación por desempleo, siendo posible tan solo cuando la reducción de la jornada sea temporal a través del artículo 47 del ET, (arts. 203.3 y 208.1.3 LGSS), que a estos efectos, como se ha subrayado en la doctrina, resulta una vía admisible para llevar a cabo reducciones de jornada, y que incluso es aplicable al contrato a tiempo parcial⁴⁸.

Como conclusión cabría señalar que el núcleo esencial del debate es si pueden existir alteraciones de tal magnitud que por exceder de las previsiones del artículo 41 no puedan tampoco adoptarse por esta vía. La definición que se hace de la modificación sustancial en numerosos pronunciamientos, «como aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otros de modo notorio», parece apuntar a que el precepto está pensado precisamente para cambios muy relevantes, dejando fuera otros de cierta entidad pero que no alcanzan a suponer una alteración tan contundente de los términos del contrato.

41 una reducción de la jornada por encima del 70 por 100. Es muy probable que tales casos queden fuera por exceso del ámbito de aplicación del precepto, por suponer una alteración esencial del objeto del contrato. En este sentido, VELASCO PORTERO, M.^a T. y FRÖHLICH, M.: «La reducción de jornada por motivos económicos: el modelo alemán como referencia», en AA.VV.: *La reforma Laboral de 2010* (SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 346. Debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 47 del ET introduce, desde 2010, una definición de reducción de jornada tan amplia que produce un solapamiento conceptual con la figura de la suspensión.

47 La legislación de Seguridad Social no incluye las reducciones de jornada realizadas a través del artículo 41 como susceptibles de generar una situación de desempleo, ni de carácter total, ni parcial y por tanto la pérdida de salario que suponga no se compensará por esa vía, sin que el ordenamiento jurídico prevea vía alguna de compensación. En tales supuestos la Ley General de la Seguridad Social establece que el trabajador que opta por la resolución voluntaria se encuentra en situación legal de desempleo –art. 208.1 1 e)–. *Vid.* STS de 18 de septiembre de 2008 (1875/2007). *Vid.* también CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo de trabajo», loc. cit., pág. 251.

48 CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo de trabajo», *RDS*, núm. 38, 2007, págs. 42-45. De ahí que, como subraya GOERLICH PESET, J. M.^a, «El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *AS*, núm. 13, 2007, en los últimos tiempos las reducciones de jornadas se hayan desplazado al ámbito del artículo 47 del ET.

La doctrina, por su parte, ha hecho hincapié siempre en la existencia en el artículo 41 de unos límites tácitos derivados de la naturaleza de la institución y de su conexión sistemática con otras. Se trataría de aplicar la teoría general de la modificación sustancial analizada en las páginas precedentes. Ello nos permitiría concluir que el procedimiento no podría ser utilizado para alterar o transformar aspectos fundamentales de la relación laboral, pues la potestad conferida en él al empresario no puede suponer en ningún caso una abusiva indeterminación del objeto del contrato de trabajo y de sus condiciones principales, sin que se alcance a eliminar la regla general del derecho común según la cual, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes (art. 1.256 CC)⁴⁹.

Nos parece esta una interpretación adecuada, que impediría articular por el artículo 41 alteraciones de jornada tan importantes que supongan una ruptura del equilibrio contractual. El problema vuelve a ser que no existe una frontera exacta, sino que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso concreto. Esta interpretación permite en los supuestos señalados no aplicar el artículo 41 del ET a tales cambios ya que ello implicaría no una simple modificación sustancial, sino una variación esencial de las condiciones básicas del contrato; un cambio, en definitiva, que afecta a dos de las obligaciones esenciales pactadas por las partes y que determina su conclusión, como son el tiempo de trabajo y la remuneración.

Al interpretar que afecta a las condiciones básicas del contrato, la reducción de la jornada de trabajo no debería poder conceptuarse como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por la vía del artículo 41 del ET; como tampoco, siguiendo este mismo razonamiento, podría producirse en un contrato a tiempo parcial, por constituir la jornada de trabajo una condición esencial y un elemento constitutivo del mismo, toda vez que, por definición, un contrato a tiempo parcial es una modalidad contractual con jornada reducida y con reducción proporcional de los salarios⁵⁰.

2. Modificación del horario de trabajo

La fijación del horario de trabajo compete, en principio, a la empresa en ejercicio de sus facultades de dirección y organización de la actividad laboral, con sometimiento a las previsiones legales y convencionales. No obstante, una vez establecido el horario, si no existe acuerdo con el trabajador o no se contempla dicha posibilidad en convenio o acuerdo, su modificación, de tener carácter sustancial, debe ajustarse a lo establecido en el ET. Debe considerarse nula la cláusula recogida en contrato individual que permite modificar el horario de trabajo establecido en convenio colectivo.

⁴⁹ CRUZ VILLAZÓN, J.: «El artículo 41 ET tras la reforma de 1994» en AA.VV.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, (VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., coords.), Madrid: La Ley, 1994, pág. 125; PEDRAJAS MORENO, A.: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral* (VALDÉS DAL-RÉ, F., dir.), Valladolid: Lex Nova, 1994, pág. 366; RIVERO LAMAS, J.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo», en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García* (VILLA GIL, L.E. coord.), Barcelona: Marcial Pons, 1995, pág. 271.

A partir de ese principio básico, se ha sostenido que los cambios del objeto contractual, es decir, los cambios que afecten decisivamente a las condiciones esenciales o básicas del contrato —entre las que se encuentra, la jornada de trabajo—, exigirían el acuerdo conjunto de ambas partes, BEJARANO HERNÁNDEZ, A. y SERRANO OLIVARES, R., «Vicisitudes de la relación de trabajo», loc. cit., págs. 1.064 y 1.065.

⁵⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial», *RDS*, núm. 5, 1999, pág. 234.

Se ha interpretado por la jurisprudencia que cuando la variación del horario de trabajo se acuerda haciendo uso de la facultad reconocida al empresario por convenio o acuerdo colectivo, no es de aplicación el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁵¹, siendo en consecuencia el blindaje establecido en convenio el que determine el campo de actuación en la modificación (SSTS de 28 de septiembre de 2009, EDJ 251619; 9 de diciembre de 2011, Rec. 944/2011; 28 de enero de 2009).

En cuanto a la modificación del horario de trabajo con ocasión del calendario laboral, la empresa puede modificar determinados aspectos del horario de trabajo al elaborar el calendario laboral anual, siempre que en el caso de tratarse de una modificación de carácter colectivo se negocie de buena fe con los representantes de los trabajadores, pues si no media previa consulta la decisión es nula. En el supuesto de que el calendario laboral introduzca una modificación sustancial del horario de trabajo, los trabajadores afectados y/o los representantes de los trabajadores disconformes con la medida pueden impugnarla⁵².

Por lo que respecta al carácter sustancial de la modificación, no toda modificación del horario de trabajo tiene carácter sustancial, debiendo ser un cambio relevante en un aspecto básico de la relación laboral calificable de oneroso, como, por ejemplo, suprimir el horario flexible (STSJ de Madrid de 22 de mayo de 1998); suprimir el horario de verano (STSJ de la C. Valenciana de 14 de julio de 1998, EDJ 23172) o retrasar dos horas la hora de entrada al trabajo con supresión de un complemento de festivos (STSJ de Baleares de 31 de diciembre de 1998); introducir en el calendario laboral un criterio de especificación de las horas de reajuste diferente al establecido en calendarios anuales anteriores que afecta al reajuste de 138 horas en el año entre tiempo libre y tiempo de trabajo (STS de 9 de diciembre de 2003, EDJ 209452), o la alteración de los horarios que afectan a todos los turnos de trabajo, en forma que no cabe considerar como un mero reajuste intrascendente (STSJ de Cataluña de 14 de enero de 1998, EDJ 8522)⁵³.

⁵¹ Así, no constituye modificación sustancial, sino mera aplicación de lo pactado por las partes, la variación del horario de trabajo al amparo de lo dispuesto en el convenio colectivo del sector (STS de 9 de noviembre de 1998, EDJ 25261; 17 de julio de 2000, EDJ 27657), ni cuando la empresa se sujeta a los límites cuantitativos y cualitativos fijados en convenio, mediante unos gráficos pactados, sin perjuicio de la notificación previa necesaria al trabajador o a la representación colectiva para velar por el respeto a la norma convencional (STSJ de Cantabria de 1 de marzo de 2006, EDJ 27764).

⁵² Sobre la sustancialidad de estas modificaciones que pueden producirse con ocasión del calendario laboral, los tribunales han señalado que se considera sustancial la introducción de un criterio de especificación de las horas de reajuste diferente al establecido en calendarios anuales anteriores que afecta al reajuste de 138 horas en el año entre tiempo libre y tiempo de trabajo (STS de 9 de diciembre de 2003, EDJ 209452), o la alteración de los horarios que afectan a todos los turnos de trabajo, de forma que no cabe considerar como un mero reajuste intrascendente (STSJ de Cataluña 14 de enero de 1998, EDJ 8522), mientras que no se considera sustancial acoplar dos actividades desarrolladas por un trabajador a la jornada anual fijada en el convenio colectivo y retribuir el exceso de horas con descanso y no como horas extraordinarias (SJS de Pamplona núm. 1, de 1 de abril de 2003, DSI/81/03, Proc. 86/2003).

⁵³ Al respecto se han calificado como modificaciones accidentales, esto es, no sustanciales, las siguientes: introducir el horario flexible (STS de 17 de diciembre de 2004, EDJ 234942); comenzar y acabar la jornada durante el verano, media hora más tarde, sin modificar la posibilidad de utilizar el transporte público (STS de 10 de octubre de 2005, EDJ 197780); alterar en 30 minutos solo el horario de verano (STSJ de la C. Valenciana de 6 de julio de 2006, Rec. 2430/2006; variación del horario, con jornada nocturna, durante escasos días, a unos trabajadores que dieron su consentimiento y que no sufrieron menoscabo alguno, por las necesidades creadas por la campaña de aniversario del centro comercial (TSJ de Cantabria de 17 de enero de 1995); desplazamiento en la franja horaria de 3 horas durante 10 días, que afecta a 8 trabajadores; cambiar el horario de toda la plantilla de 9 a 14 a 8,30 a 14,30, teniendo en cuenta que el horario normal establecido en el calendario laboral es de 7,30 a 15 (STSJ de Andalucía, Granada, de 11 de enero de 1999); retrasar una hora la entrada y salida del personal de un departamento durante los fines de semana de los meses de verano o deslizar la hora de entrada y salida al trabajo en menos de una hora (STS de 22 de septiembre de 2003, EDJ 127788).

Si atendemos a la justificación de la medida, los tribunales han declarado justificada la modificación del horario de trabajo, entre otros, en los siguientes casos: supresión de la jornada intensiva de verano, adoptada por una empresa de servicios para la atención de clientes cuyos centros de trabajo funcionan mañana y tarde (STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 1997); reducción del periodo de jornada intensiva por parte de los departamentos de mano de obra indirecta para ajustarse a las necesidades del taller (STSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 1995); prestación de servicios en sábado en empresa dedicada a la distribución de productos alimenticios perecederos para poder servir a las grandes superficies; eliminación del tiempo dedicado al aseo diario y su compensación económica; unificación de los horarios de las diferentes secciones de la empresa (homogeneización horaria), en beneficio de la atención al público, proveedores y clientes, y para facilitar las actividades de administración, coordinación y planificación entre los distintos departamentos (STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 1999, EDJ 11799); establecimiento de horario partido de lunes a viernes, sustituyendo al anterior horario continuado de lunes a viernes y partido los sábados, con la finalidad de trasladar al resto de los días de la semana las horas que iban a dejarse de realizar los sábados como consecuencia de una sentencia de la Audiencia Nacional que reconoció el derecho de los trabajadores a realizar todos los sábados del año un horario máximo de seis horas (STS de 26 de junio de 1998, EDJ 11389).

3. Distribución del tiempo de trabajo

La fórmula es suficientemente amplia como para acoger los descansos y pausas dentro de la jornada (Dir. 104/93/CE), e incluso la propia distribución irregular de esta, habiéndose resuelto por la jurisprudencia los criterios distintivos entre «distribución» y «reducción» del tiempo de trabajo (STS de 4 de octubre de 2011, Rec. 4603/2010).

Se ha considerado sustancial la supresión del descanso del bocadillo —que era tiempo de trabajo— de un día de la semana (STSJ del País Vasco de 27 de septiembre de 2006, Rec. 1844/2005); el paso de jornada continuada a partida (STS 28 de febrero de 2007, EDJ 21968); la variación del sistema de calendario de vacaciones establecido en convenio colectivo (STS de 5 de mayo de 2009, EDJ 158169).

Por el contrario no estamos ante modificaciones que ostenten el carácter de sustancial cuando se produce el cambio de horario en 10 minutos debido al aumento del descanso para comer, saliendo también 10 minutos más tarde (STSJ de Navarra de 21 mayo de 2005, Rec. 220/2005), ni el cambio del día de disfrute del descanso semanal (STS de 2 de febrero de 1994, Rec. 392/1993).

4. Sistema de remuneración

El sistema de remuneración es una noción más amplia que la de salario y aunque se trata de un concepto indeterminado que ha sido interpretado de un modo amplio por los tribunales, debemos acotar mínimamente su significado. Un sistema de remuneración supone la aplicación de normas de valoración que obligan al reconocimiento de la retribución derivada de su resultado, de forma tal que, de no hacerse efectiva, el trabajador afectado ostenta una acción para exigir su cumplimiento (STS de 22 de junio de 1998, EDJ 7852).

Hace referencia al conjunto de cualidades o notas que inciden en la determinación del salario (STSJ Madrid 6 de junio de 1996), de modo que su modificación viene dada por aquellas decisiones de la empresa que inciden en la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos que puedan percibir sus trabajadores, de manera que se altere el sistema hasta entonces aplicado para el devengo de los diferentes pluses y complementos, afectando a su importe, alcance o naturaleza (STSJ de Cataluña de 20 de octubre 2005, Rec. 5653/2004), habiéndose decantado inicialmente el Tribunal Supremo por un sentido restrictivo de la condición, considerando que las modificaciones solo pueden referirse a estructura salarial y forma de cálculo de complementos salariales (STS 6 de mayo de 1996, Rec. 2682/1995).

Por el contrario, el Tribunal Supremo en otros pronunciamientos ha optado por realizar una interpretación amplia de las condiciones expresamente mencionadas en el ET. En este sentido, en diversas sentencias se amplía la expresión «sistema de remuneración» para incluir no solo cuestiones salariales sino también otras percepciones económicas de distinta naturaleza como prestaciones vinculadas a la comida en el lugar de trabajo o al transporte –STS de 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 7325)–, o a la transformación de percepciones de kilometraje en ventajas diferentes como el *renting* –STS de 4 de abril de 2006 (RJ 2006, 4665)–, si bien no es preciso llevar a cabo una interpretación forzada de las causas expresamente enumeradas cuando en otras ocasiones se interpreta en un sentido literal el término «entre otras», como ocurre por ejemplo con los servicios de transporte dispensados por las empresas –STS de 16 de abril de 1999 (RJ 1999, 4429) o con los descuentos comerciales –STS de 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 5112)–, o un sistema de primas establecido pacto colectivo –STS de 6 de octubre de 2009 (Rec. 3012/2008), incluso la Audiencia Nacional ha considerado la posibilidad de modificación del sistema retributivo en el supuesto de reducción del salario fijo en un 10 por 100 que pasa a considerarse «bonus» (SAN de 10 de marzo de 2011, 45/2011), considerándose con carácter general los cambios en los denominados «bonus» como modificación del sistema retributivo (STS de 4 octubre de 2011 –Rec. 4604/2010).

Dado que la lista de condiciones modificables es abierta, en algún caso se ha admitido la posibilidad de una modificación sustancial del salario, si bien no se integraría en el sistema de remuneración (STSJ de Madrid de 6 de junio de 1996, Rec. 4351/1995). En contra, sin embargo, no falta algún pronunciamiento que considera que la simple modificación de la cuantía de un concepto salarial no puede incluirse en el ámbito de aplicación de la modificación sustancial (STSJ de Asturias de 8 de febrero de 1999, Rec. 2391/1998), debiendo acogerse al «descuelgue salarial»⁵⁴.

⁵⁴ El economato laboral establecido en convenio colectivo forma parte de su sistema de retribución en un sentido amplio, por lo que únicamente puede alterarse por acuerdo con los representantes de los trabajadores (STSJ de Cataluña de 25 de junio de 1998, EDJ 28128), mientras que no afecta al sistema de remuneración cuando no se suprime un complemento sino que se limita su pago a la concurrencia de una circunstancia; por ejemplo, un complemento que antes se percibía con independencia de que se llevara o no armas y pasó a percibirse solo cuando se portaran estas (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de marzo de 1998, Rec. 4298/1997).

En cuanto a la entidad de la modificación, los tribunales han considerado, por ejemplo, que existe una modificación sustancial en los siguientes casos: a) En cuanto a las comisiones: cuando se procede a su reducción unilateral de la comisión sobre ventas del 1,4 al 1,1 por 100 (STSJ de Madrid de 28 de mayo de 1998); o la modificación de su sistema de cálculo (STSJ de Andalucía, Granada, de 7 de mayo de 2002, EDJ 72596); o la modificación unilateral del sistema de cálculo de una comisión por objetivos (STSJ de Extremadura de 5 de enero de 2006, EDJ 2935); también cuando se realiza una reducción del número de tablas establecidas en convenio colectivo para el cálculo de las comisiones aunque el empresario ofertara solventar sus eventuales efectos perjudiciales al no mediar acuerdo con los representantes de los trabajadores (STS de 11 de mayo de 1999, EDJ 11899). b) Variación en el sistema de confección de nóminas, cerrando la liquidación antes de final de mes y haciendo

5. Cuantía salarial

La incorporación por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de esta cuestión reviste especial importancia, ya que permite que la empresa reduzca la «cuantía» del salario, es decir, ya no estamos hablando de la estructura salarial o de las normas de valoración de los complementos, sino del salario percibido por el trabajador. El límite lo encontramos en el salario fijado por el convenio colectivo, por lo tanto podrían reducirse las cuantías que percibe el trabajador que supongan una mejora del convenio, ya se disfrutaran en virtud de lo pactado a título individual o colectivo en la empresa, ya no quepa alegar para su defensa que se trata de condiciones más beneficiosas adquiridas por el trabajador, aunque se hayan pactado en el contrato de trabajo o en un acuerdo o pacto de empresa. No obstante, como se estudiará más adelante, la posibilidad de modificar el salario previsto en convenio colectivo a través del descuelgue salarial del artículo 82.3 del ET se amplía notablemente con la reforma laboral del año 2012.

Con anterioridad a la reforma laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio), una de las cuestiones especialmente controvertidas del texto era la referente a la interpretación del término «remuneración salarial» en cuanto al establecimiento de sus límites para no llegar a alcanzar la «cuantía salarial» del trabajador. Ello porque la cuantía salarial solo podía ser modificada indirectamente por los cambios producidos en la estructura salarial o en criterios de devengo. No obstante, un sector doctrinal planteaba en su momento objeciones y defendía la posible modificación de la cuantía salarial por la vía del artículo 41 del ET⁵⁵.

La vía del artículo 41 del ET ha pretendido incluso ser utilizada por empresas públicas para llevar a cabo la reducción prevista en el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adop-

un cálculo estimativo de los pluses variables que hayan de corresponder al periodo mensual restante, para efectuar su liquidación definitiva en la siguiente nómina (STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2001, EDJ 46105); redistribución de cantidades entre salario base y antigüedad (STSJ de Murcia de 2 de abril de 2001, EDJ 5762); cambio en la forma de remuneración de la nocturnidad (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de septiembre de 1998, EDJ 27732), o del complemento de disponibilidad y polivalencia (STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de octubre de 1998); división del complemento personal fijo en una parte fija del 60 por 100 y en otra variable del 40 por 100 en función del grado de cumplimiento de los objetivos fijados por la empresa (STS de 6 de mayo de 1996, EDJ 2410); prorrateo mensual que supone un cambio en la forma de retribución del complemento salarial por tiempo trabajado con armas de fuego previsto en el convenio colectivo de empresas de seguridad, solo cabe modificación mediante acuerdo de empresa ET artículo 41.4 (STS de 7 de febrero de 2005, EDJ 71729); la variación unilateral introducida en el pago del plus función transformando la retribución fija por una cuantía variable según objetivos (STS de 20 de enero de 2009, EDJ 15241).

Por el contrario, no tiene carácter sustancial en los siguientes casos: a) El mero cambio de denominación de determinados conceptos salariales en un proceso de sucesión empresarial, sin merma de las retribuciones percibidas y sin variación en su naturaleza (STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 1997); b) La variación de los criterios aplicados para la determinación del incremento anual para cada trabajador de un complemento personal libremente concedido por la empresa (STS de 22 de junio de 1998, con voto particular EDJ 7852); c) La reducción de la base de cálculo de las comisiones, debido al incremento del precio del acero cuando se perciben las mismas cantidades por igual esfuerzo (STS de 22 de noviembre de 2005, EDJ 214119). Tampoco la unificación de dos complementos en un solo concepto retributivo (SSTS de 27 de julio de 2005, EDJ 144879; 31 de enero de 2007, Rec. 5481/2005). d) El prorrateo de pagas extraordinarias que no perjudica al trabajador y no está prohibido por el convenio colectivo aplicable (STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2005, EDJ 246592); e) La vinculación de una retribución variable que voluntariamente entregaba la empresa a un nuevo criterio de evaluación personal del empleado que no difería de los criterios manejados en el marco del sistema retributivo previo y que, para su aplicación, debía ser aceptado por escrito de forma individual por cada uno de los empleados (STS de 21 de marzo de 2006, Rec. 194/2004).

⁵⁵ GALA DURÁN, C.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial», *AS*, 1996-II, págs. 2.459 y ss. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Ajustes unilaterales en las condiciones económicas por excesiva onerosidad sobrevenida» *J.L.* 31 (2007), págs. 49 y ss.

tan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. La cuestión es resuelta por la STSJ de Galicia núm. 4900/2010 de 4 de noviembre⁵⁶, planteándose si podría practicarse la reducción salarial a todos los trabajadores de Sodeco. El TSJ de Galicia resuelve fundamentando su decisión, por lo que aquí nos interesa, en las diferencias existentes entre un proceso de negociación de un convenio colectivo y el periodo de consultas que requiere el artículo 41 del ET.

6. Modificación en materia de funciones

La modificación de funciones tiene carácter sustancial cuando exceda de los límites previstos para la movilidad funcional. Tal cambio de funciones debe encauzarse procedimentalmente de una de estas maneras:

1. Por acuerdo de las partes.
2. En defecto de acuerdo, sometiéndose a las reglas establecidas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Las modificaciones introducidas en el artículo 39 del ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, implican una revisión de este apartado y de la jurisprudencia existente hasta la fecha, esencialmente porque desaparece el carácter *perentorio e imprevisible* para el caso de funciones inferiores. En el mismo sentido flexibilizador, el legislador ha suprimido el límite de que la movilidad funcional se efectuara «sin perjuicio de su formación y promoción profesional», a lo que debemos añadir las novedades introducidas en este artículo en materia de grupos y categorías profesionales. Ello supone que ya no irían por la vía del artículo 41 del ET aquellos supuestos de movilidad funcional que se hubieran llevado a cabo con carácter permanente o no imprevisible ni aquellos otros que perjudicaran al trabajador desde el punto de vista de sus derechos de formación y promoción profesional, en cuanto que no excederían del artículo 39 del ET.

En cuanto a la justificación de las modificaciones sustanciales que afectaran a las funciones del trabajador, se considera justificada por razones organizativas la encomienda de funciones de distinta categoría profesional debido a las necesidades derivadas de reestructurar al personal de la empresa tras un despido colectivo o cuando se trata de adecuar la categoría a las funciones realmente realizadas por el trabajador, encontrándose el límite en el grupo profesional⁵⁷.

⁵⁶ *Id.* comentario a la sentencia en DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «Aplicación de la reducción salarial y modificación sustancial de condiciones de trabajo en las empresas públicas», *Aranzadi Social*, núm. 3/2011, *Aranzadi Social* paraf. 21/2011.

⁵⁷ Igualmente se declara justificada por razones organizativas la encomienda de funciones de montaje, pintura y esmaltería a personal de mantenimiento eléctrico con la finalidad de cubrir las necesidades de mano de obra provocadas por la previa extinción de contratos por despido colectivo, a lo que se une un descenso de carga de trabajo en el departamento de mantenimiento (SJS de Santander núm. 1, de 16 de abril de 2003 DSI/102/03). La modificación de funciones y horario se entiende justificada cuando se cumplen los requisitos formales exigidos y la empresa ha probado las necesidades que le asisten para el cambio, adecuando las funciones realizadas (repcionista) con la categoría realmente ostentada por la trabajadora (auxiliar de clínica) pues para que la alteración de funciones suponga una modificación sustancial deben excederse los límites legales (ET, art. 39), es decir, deben alterarse las funciones más allá del grupo profesional (SJS de Madrid núm. 19, de 21 de marzo de 2003, DSI/82/03).

V. PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

La Ley 3/2012, de 6 de julio, ha cambiado sustancialmente el procedimiento aplicable en cuanto a la consideración del carácter individual o colectivo de la modificación.

Con anterioridad a esta norma, ya había sido objeto de modificación en su antecedente legislativo –Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo–, y ello porque al llevarse a cabo la regulación de la modificación colectiva el legislador enfatizaba la diferencia entre, de un lado, las que suponían la modificación de un acuerdo o pacto colectivo o de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, y, de otro, las que suponían la modificación de condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados del título III del ET⁵⁸.

Hasta entonces, si bien la modificación de condiciones contenidas en convenio colectivo regulado en el título III se tramitaba por el procedimiento colectivo, con la singularidad de que debía concluirse en todo caso con acuerdo, la reforma operada por el Real Decreto-Ley 10/2010 y seguida de la Ley 35/2010 cambió la sistemática del precepto dedicando un apartado distinto y posterior a esta clase de modificación, propiciando que se planteara este supuesto como categoría distinta, con sus propias reglas procedimentales.

Una de las cuestiones más controvertidas de la reforma laboral es ampliar los supuestos de inaplicación del convenio colectivo, que si bien será tratado en las páginas siguientes, debemos destacar a modo de cuestión previa que cuando se trata de modificaciones sustanciales de condiciones establecidas en convenio colectivo ya no aparece regulada la cuestión en el artículo 41 del ET, sino que se traslada al artículo 82.3 del ET, que regula el «descuelgue» del convenio colectivo.

El vigente artículo 41 del ET fija procedimientos modificativos diversos según se trate de modificaciones individuales o colectivas.

En cuanto a las modificaciones individuales señala el artículo 41 que «Se consideran modificaciones individuales las que afecten un solo trabajador...», es decir, se aplica exclusivamente un criterio numérico o cuantitativo.

La regulación anterior establecía el énfasis para aplicar el procedimiento individual o colectivo en función del origen de la condición modificada, ya que por modificaciones individuales cabía entender aquellas que actuaran sobre las «condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual» (anterior art. 41.2 ET). Por tanto, se trataba de condiciones particulares integradas en el contrato de trabajo. No solo debían entenderse aquí incluidas las cláusulas pactadas al constituirse la relación laboral, sino también todas aquellas que expresa o tácitamente se fueran incorporando al contrato, ya derivan de un pacto entre las partes o de una decisión unilateral del empresario de efectos individuales. En el caso de condiciones pactadas en el contrato de trabajo, se incluían las

⁵⁸ Esta modificación según la doctrina tiene mucho que ver con la STS de 28 de febrero de 2007, que había clarificado que no cabían modificaciones unilaterales por el empresario de funciones y especialmente de horario, incluso dentro de los umbrales del apartado 2 del artículo 41 del ET que supusieran la modificación de un convenio colectivo del título III del ET.

que tenían en cuenta las particularidades personales o profesionales de cada trabajador. En cuanto a las condiciones otorgadas por decisión unilateral del empresario, solo se calificaban como individuales aquellas que atendían a las características específicas de cada uno de los trabajadores afectados. Quedaban excluidas las condiciones de trabajo incorporadas unilateralmente por el empresario al nexo contractual otorgadas por este a un grupo genérico de trabajadores. El legislador atendía al criterio según el título de la condición, si bien ello no significaba que toda condición que afecte a más de un trabajador fuera modificación colectiva, ya que una condición otorgada unilateralmente por el empresario y disfrutada por un conjunto de trabajadores era objeto de modificación colectiva si la condición afecta a tal conjunto genérico como tal. Por el contrario, siempre que la condición de trabajo les hubiera sido reconocida a los trabajadores en virtud de unas características particulares y singularizadas de cada uno de ellos, estábamos ante una condición individual.

Tienen también la consideración de modificaciones individuales las que afecten «a un colectivo de trabajadores, siempre que en un periodo de 90 días afecte a un número de trabajadores inferior a:

- a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- c) 30 trabajadores, en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores».

Añadiéndose al respecto una medida preventiva de un posible fraude, consiste en que «cuando con objeto de eludir las previsiones referentes al procedimiento de modificaciones colectivas, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de 90 días en número inferior a los umbrales indicados, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto».

Con anterioridad a la reforma del 2012, las modificaciones que operaban sobre condiciones de fuente colectiva, no convencional, pero exclusivamente respecto a ciertas materias (funciones y horario), si no superaban unos determinados umbrales numéricos y temporales, seguían el procedimiento individual. De este modo, el legislador exceptuaba expresamente la regla según la cual el carácter de la condición alterada determinaba la modalidad individual o colectiva de la modificación y ello porque siempre que se tratara de cambios funcionales o de horario, dejaba de ser relevante la fuente de la condición a modificar, para pasar a ser tenido en cuenta el número de trabajadores afectados o criterio cuantitativo. Es evidente que el legislador en el 2012 ha ampliado considerablemente los supuestos en los que se reconduce la situación al procedimiento individual, al no limitar exclusivamente a los supuestos de funciones y horario, sino a cualquier condición de trabajo en los términos del artículo 41 del ET, lo que supone una muestra más de la flexibilización de la figura, ya que como exponemos a continuación el procedimiento individual es mucho más flexible que el colectivo, sin que exista en el individual la necesidad de periodo de consultas, aunque en ambos el resultado final coincide en cuanto a que la condición podrá ser modificada por el empresario cuando concurren las causas sin necesidad de acuerdo con el trabajador ni con sus representantes.

1. Modificaciones individuales

El procedimiento de modificación individual carece de complejidad para la empresa. La medida debe notificarse al trabajador o trabajadores afectados y a sus representantes al menos con 15 días de antelación a la fecha en que se hará efectiva la medida (art. 41.3 ET). El plazo se ha reducido con la reforma laboral a la mitad, ya que con anterioridad a la reforma del 2012 el plazo era de 30 días.

La notificación debe llevarse a cabo por escrito, como consecuencia del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁹.

El ET no concreta el contenido de la notificación, aunque para que el trabajador pueda valorar la justificación y adecuación de la medida, debería comprender al menos los siguientes aspectos: condición de trabajo afectada, alcance de la modificación, causas alegadas por la empresa y su conexión con las razones de «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa», la fecha de la concreta notificación, a los efectos del cómputo del plazo para la impugnación de la medida y a fecha exacta en que la decisión surtirá sus efectos.

Con respecto al sujeto al que debe dirigirse la notificación, la norma se refiere al trabajador afectado y a sus representantes legales, habiendo interpretado el Tribunal Supremo que la referencia a los «representantes legales» han de entenderse hecha tanto a los unitarios como a los sindicales (STS de 29 de junio de 1995, Rec. 1992/1994).

2. Modificaciones colectivas

Como se ha puesto de manifiesto en los párrafos precedentes, el criterio desde la reforma del 2012 para diferenciar modificaciones individuales y colectivas es únicamente cuantitativo, considerándose colectivo, siempre que en un periodo de 90 días afecte al menos a:

- a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- c) 30 trabajadores, en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores⁶⁰.

⁵⁹ La jurisprudencia mayoritaria exige forma escrita, incluso se acepta la validez de la notificación cursada a través de su publicación en la intranet de la empresa (STS de 4 de abril de 2006).

⁶⁰ Cómputo de trabajadores: En cuanto al cómputo de trabajadores afectados y puesto que el artículo 41 del ET no establece criterios específicos sobre la materia, cabe considerar que resultan aplicables por analogía los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo referidos al despido colectivo, con la finalidad de aplicar el artículo 51 o el artículo 52 c) del ET. A este respecto, habría que llevar a cabo dos consideraciones: en primer lugar, el cómputo de trabajadores afectados por las extinciones y de trabajadores ocupados a que se refieren los umbrales se debe hacer en la empresa en su conjunto, no en cada centro de trabajo por separado (STS u.d. de 18 de marzo de 2009, Rec. 1878/2008. La pretensión de realizar el cómputo centro a centro, pese a tener fundamento en la Dir. 98/59/CE (STJCE de 7 de diciembre de 1995, asunto C-449/93,

Si comparamos este precepto con la definición de procedimiento colectivo del artículo 40 referente a la movilidad geográfica, nos encontramos que en virtud del artículo 40.2 del ET aplicamos el procedimiento colectivo «cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que este ocupe a más de cinco trabajadores», mientras que el artículo 41 requiere que la medida afecte como mínimo a 10 trabajadores en todo caso, sin recoger ninguna previsión adicional cuando la medida pueda afectar a todo el centro de trabajo, con lo que el mayor rigor del procedimiento colectivo no se aplicaría en la modificación sustancial aunque afectara a todo el centro de trabajo, salvo que se tratara de 10 trabajadores y en consecuencia aquellas empresas que tuvieran hasta 9 trabajadores y afectando a todos ellos, siempre iría por la vía del procedimiento individual.

El procedimiento colectivo lleva aparejado como especialidad esencial un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores de un máximo de 15 días, con vistas a la consecución de un acuerdo, si bien tal acuerdo no es imprescindible ni constituye un requisito imprescindible para la efectividad de la modificación (STS de 10 de diciembre de 2003, Rec. 70/2003).

Sobre el contenido del periodo de consultas, se exige negociación de buena fe, pero no existe un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas, si bien el convenio colectivo aplicable puede establecer requisitos adicionales –como la necesidad de llegar a un acuerdo previo o la propia intervención preceptiva de la comisión paritaria en su defecto–, cuya falta de observancia conduciría a la nulidad de la medida empresarial (STS u.d. de 17 de enero de 2007, Rec. 322/2007; 9 de diciembre de 2003 y 16 de de septiembre de 2005 Rec. 2220/2004).

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Aunque la negociación llevada a cabo durante el periodo de consulta ha de orientarse a alcanzar un acuerdo, no se requiere su consecución para poder implementar las modificaciones propuestas por el empresario. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquellos.

El artículo 41.5 indica que una vez finalizado tal periodo, el empresario debe notificar a los trabajadores afectados «su decisión». Es decir, la titularidad de la decisión pertenece al empresario. Ello implica que la participación de los representantes de los trabajadores se configura jurídicamente como una mera consulta que no afecta a la facultad modificativa originaria del empresario.

Rockfon), ha sido rechazada por los tribunales españoles (STSJ de Madrid de 18 de enero de 2010, Rec. 5067/2009), incluso en supuestos en que dicho cómputo resultaba más beneficioso para los trabajadores afectados (STSJ de Cantabria de 5 de mayo de 1997). En segundo lugar, en cuanto a la consideración del número de trabajadores, se ha interpretado que los trabajadores computables son todos aquellos que prestan servicio en la empresa el día en que se inicia el procedimiento, con independencia del tipo de contrato que les ligue con la empresa (indefinidos o temporales, a tiempo total o parcial, fijos-discontinuos, a domicilio o presenciales, formativos, etc.), y tanto si se trata de relaciones laborales comunes como especiales (STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2010, Rec. 3189/10), por lo tanto los trabajadores temporales también entran dentro del cómputo, siempre que todas las extinciones tengan lugar antes de la finalización de los contratos, siendo recogido este criterio en el artículo 1 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Resulta destacable la exigencia legal de que la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo vaya precedida de un periodo de consultas, «sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva». Estos específicos procedimientos se configuran como una alternativa al periodo de consultas del artículo 41.4 del ET, periodo que se convertiría, en consecuencia, «en dispositivo» para los convenios colectivos.

La obligación del periodo de consultas existe «en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores».

En caso de ausencia de representación legal de los trabajadores, el ET incorporó con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, una novedosa regulación en este ámbito, salvando así la laguna existente, aunque recogiendo una solución con importantes similitudes a la prevista en el entonces vigente Real Decreto 43/1996, que en su artículo 4 establecía en materia de legitimación para el periodo de consultas que «... En caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, estos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a 10, designar hasta un máximo de 5 representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones».

El vigente artículo 41 establece que los trabajadores «... podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos⁶¹ y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma».

Los requisitos exigidos para atribuir la representación a esta comisión son los siguientes: en primer lugar, no tiene que haber representantes legales de los trabajadores en la empresa; se trata, en segundo lugar, de una facultad y no de una obligación de los trabajadores⁶² y se afirma, en tercer lugar, que la atribución de la representación es para la negociación del «acuerdo» con la empresa.

Si los trabajadores de la empresa optan por atribuir la representación en periodo de consultas a los sindicatos, la designación específica de los negociadores no la realizan los propios trabajadores

⁶¹ No deja de llamar la atención que en la redacción del texto inicialmente publicado del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 11 de febrero), el legislador no recogía a los «sindicatos más representativos», sino tan solo a los «sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa», desapareciendo esta legitimación al efecto que se había introducido por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Este ¿olvido? del legislador se corrige en el texto publicado en el BOE del 18 de febrero (Corrección de errores del RDL 3/2012).

⁶² Se establece que la designación debe realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas y que la falta de designación no puede suponer la paralización del periodo de consultas. Como señala la doctrina GARCÍA-PERROTE, I.: *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pág. 155, para evitar problemas que se plantearon acerca del cómputo del inicio del periodo de consultas, así como de su alargamiento innecesario y artificial, con la designación de los llamados representantes *ad hoc* del artículo 4 del derogado Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero.

de la empresa afectada ni tampoco se exige que sean designados para negociar trabajadores de la empresa afectada⁶³.

La designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, previendo la ley que la ausencia de designación de la comisión no puede suponer la «paralización» del periodo de consultas.

En todo caso, no siempre será fácil que la comisión paritaria haga la designación en el plazo de cinco días. Si la designación no se produce en cinco días, el periodo de consultas –de 15 días– no se paraliza, lo que cabe interpretar en el sentido de que en los casos de no designación, el periodo de consultas se realiza directamente con los trabajadores afectados, entendiéndose que hay acuerdo cuando una clara mayoría de estos trabajadores se pronuncia a favor del acuerdo.

Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En caso de que los trabajadores opten por la comisión de designación sindical, el empresario podrá atribuir su propia representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Se requiere, en todo caso, que los acuerdos de la comisión tengan «el voto favorable de la mayoría de sus miembros». La comisión puede tener, así, entre uno y tres miembros.

Si los trabajadores optan por atribuir su representación a una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa, se exige que los integrantes de la comisión sean elegidos «democráticamente» por los empleados, elección que, en su caso, habrá que estar en condiciones de acreditar. En este caso de elección por los trabajadores de la empresa, y de entre ellos, de los miembros de la comisión *ad hoc*, el voto será por cabezas, por lo que será sumamente desaconsejable que se elija una comisión de dos miembros.

Por el contrario, hay que tener en cuenta que en la comisión designada por los sindicatos ha de hacerse en función de la «representatividad» de tales sindicatos. El artículo 41.4 del ET emplea la expresión «el voto favorable de la mayoría» de los «miembros» de la comisión. No obstante la dicción literal del precepto, y como ha señalado la doctrina⁶⁴, este punto debemos conectarlo con la previsión del artículo 89.3 del ET (los acuerdos de la comisión negociadora del convenio colectivo requerirán el voto favorable de «la mayoría de cada una de las dos representaciones»), respecto de si el cómputo debía hacerse en atención a las personas de los integrantes de la comisión (sistema personal o por «cabezas») o si, por el contrario, debía hacerse en función de la representatividad de esos integrantes (sistema proporcional), la jurisprudencia se ha inclinado siempre por el voto proporcional⁶⁵.

⁶³ La ley extiende al despido colectivo (art. 51.2), así como a la movilidad geográfica –art. 40.2 ET– y al procedimiento previsto para el descuelgue del convenio colectivo en el artículo 82.3 del ET la solución expuesta para la ausencia de representantes en los supuestos de modificación sustancial.

⁶⁴ En este sentido, GARCÍA-PERROTE, I., *op. cit.*, pág. 159

⁶⁵ Como confirma la STS de 3 de junio de 2008, incluso para el supuesto del convenio de empresa negociado por el comité de empresa, se resuelve en la misma un supuesto de hecho con un comité de empresa de 13 miembros (7 de UGT, 4 de

Se contempla que el empresario y la representación de los trabajadores puedan acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo, es decir, en 15 días.

La ley pretende así potenciar la utilización de los procedimientos de mediación y arbitraje aplicables en la empresa. En materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se trata de una facultad que tienen el empresario y la representación legal de los trabajadores y no de un mandato imperativo.

Al respecto cabe recordar que el ASEC IV (BOE de 14 de marzo de 2009), no recoge previsión expresa en cuanto a la posibilidad de sustituir el periodo de consultas de la modificación sustancial por los procedimientos de mediación o arbitraje, aunque prevé en su artículo 4.1 d) que se incluyen en su ámbito de aplicación «Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47 y 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

No obstante, resulta problemático que el procedimiento de mediación o arbitraje aplicable pueda desarrollarse, como exige el ET, en el plazo máximo de 15 días señalado para el periodo de consultas. Especialmente, si la empresa y la representación legal de los trabajadores acuerdan sustituir el periodo de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje en los últimos días del plazo de 15, resultará materialmente imposible que se pueda llegar a realizar la designación de los mediadores y de los árbitros y, por supuesto, realizarse la mediación o el arbitraje, cuestión esta última que ya había sido advertida por la doctrina al introducirse tal previsión por la Ley 35/2010⁶⁶.

A. Finalización con acuerdo en el periodo de consultas

Se presume que, si hay acuerdo en el periodo de consultas, concurren las causas justificativas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, lo que implica límites a la impugnación judicial del acuerdo y el mantenimiento del derecho de los trabajadores a optar por la extinción indemnizada de su contrato de trabajo:

El artículo 41.4 dispone expresamente, en primer lugar, que, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, se «presumirá» que concurren las causas justificativas a que alude el apartado

CC.OO. y 2 de CGT). El número de miembros de la comisión negociadora era de cuatro miembros para cada parte o banco y en el banco social UGT tuvo dos miembros y CC.OO. y UGT uno cada uno. El porcentaje exacto daba 2,15 miembros a UGT, 1,2 a CC.OO. y 0,6 a CGT. El convenio fue votado favorablemente por los dos miembros de UGT y votado en contra por CC.OO. y CGT. Se concluyó que el voto favorable exigido en el artículo 89.3 debe hacerse por porcentajes representativos y no por personas, por lo que no era una situación de empate, sino que debía tenerse en cuenta que los dos votos a favor representaban a 7 miembros de un comité de empresa de 13 miembros. (El criterio mantenido por la STS de 5 de noviembre de 2002, en el sentido de que la votación se «personaliza o individualiza», resuelve un supuesto muy excepcional, no habiendo sido citada por la STS de 3 de junio de 2008 ni por la STS de 17 de enero de 2006).

⁶⁶ GARCÍA-PERROTE, I., *op. cit.*, pág. 155.

l del propio artículo 41. Como consecuencia de ello, se prevé que el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas «solo» podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por «la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión» (párrafo sexto del art. 41.4 ET), «sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción de la extinción indemnizada de su contrato de trabajo prevista en el párrafo segundo del apartado 3», del artículo 41 del ET.

B. Finalización sin acuerdo en el periodo de consultas

- 1.º El empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos transcurrido el plazo de 7 días siguientes a su notificación. Antes de la reforma del Real Decreto-Ley 3/2012, el plazo era de 30 días. Igualmente debe observarse que cuando estamos ante modificaciones de carácter individual el plazo es de 15 días en vez de 7⁶⁷.
- 2.º Contra esas decisiones empresariales se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual del apartado 3 del artículo 41 del ET, paralizando el conflicto colectivo, hasta su resolución, la tramitación de las acciones individuales iniciadas.

Para finalizar el estudio correspondiente al procedimiento debemos detenernos en las posibilidades que se le ofrecen al convenio colectivo en la materia. Al efecto, se ha declarado que el convenio colectivo puede llevar a cabo modificaciones de las relaciones y condiciones de trabajo de los sujetos afectados, siempre y cuando respete las disposiciones legales de derecho necesario. Existe una doctrina, complementaria de la anterior, que permite que a través de la negociación colectiva se establezcan otros procedimientos de modificación sustancial de carácter colectivo de las condiciones de trabajo, diferentes de los previstos legalmente, admitiéndose la aplicación empresarial de modificaciones previstas en convenio colectivo, distintas de las contempladas en la ley (STS de 7 de julio de 2003, Rec. 36/2002). Sin embargo, vulnera la ley un convenio colectivo que de forma unilateral considere que no es una modificación sustancial y permita a las empresas alterar, sin acudir al procedimiento previsto estatutariamente, las condiciones individuales de jornada y horario del contrato de trabajo de los empleados a tiempo parcial con contrato indefinido, incluso imponiendo más tiempo de trabajo que el reflejado en el contrato (STS de 15 de octubre de 2007, Rec. 47/2006).

La cuestión ha sido objeto de debate, habiendo existido discrepancias dentro de los órganos judiciales –la STS 22 de junio de 1998 (RJ 1998, 5703), está acompañada de voto particular– y se han producido críticas desde el punto de vista doctrinal. Un sector doctrinal mantiene las dificultades para aceptar que el artículo 41 del ET pueda ser considerado dispositivo frente a los convenios colectivos⁶⁸. Por el contrario, otro sector valoraba positivamente el planteamiento del Tribunal Supremo, sobre todo cuando el mismo se postula de los propios convenios colectivos⁶⁹.

⁶⁷ En resumen, antes de la reforma el plazo en los casos de modificaciones colectivas era de 15+30 y desde el 12 de febrero del 2012 es de 15+7.

⁶⁸ GARCÍA MURCIA, J.: «Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *RMTAS*, 58 (2005), pág. 93.

⁶⁹ BURGOS GINER, M.A.: «La posibilidad de establecer un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenio colectivo [comentario a la STS social de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003, 4499)], *TS*, 16 (2004), págs. 33 y ss.; LUJÁN ALCARAZ, J.: «Elementos para la caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial en las condi-

Los supuestos resueltos no prevén la eliminación del procedimiento del artículo 41 del ET en el interior de la unidad de negociación ni tampoco la renuncia a su aplicación. Su alcance se concreta en excluir su aplicación respecto a una concreta condición de trabajo. Las dos razones que maneja el Tribunal Supremo son, en primer lugar, que se emplea en relación con las condiciones establecidas en los convenios colectivos. Como ha señalado en su Sentencia de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7308), dado que los contornos entre lo accidental y lo sustancial en una modificación son sumamente difusos, parece razonable dar cabida a la negociación colectiva en su determinación. Otra, en segundo lugar, y más discutible a mi juicio, se centra en argumentos abstractos, con base en que, conforme a la teoría general, el principio de autonomía privada permite establecer la regulación de los intercambios contractuales pero también da soporte a la predisposición de circunstancias que modalicen su eficacia.

En materia de procedimiento se consideran nulas las cláusulas del contrato que supongan tácitamente una renuncia a la aplicación del régimen jurídico del artículo 41 del ET⁷⁰.

VI. EFECTOS DE LAS MODIFICACIONES

El carácter ejecutivo de la medida modificativa una vez transcurrido el plazo de antelación con que se ha notificado al trabajador determina, en principio, la obligación para este último de prestar su trabajo de acuerdo con las condiciones que resultaron sustancialmente alteradas. No obstante, el ordenamiento jurídico reconoce al afectado la posibilidad de manifestar su disconformidad frente a la medida modificativa. Las posibles alternativas del trabajador cuyas condiciones de trabajo han sido modificadas pueden clasificarse en función de que el trabajador se muestre o no conforme. En caso de disconformidad el trabajador puede impugnar la medida por considerarla no ajustada a Derecho y/o extinguir la relación laboral, pudiendo diferenciarse a efectos doctrinales opciones del trabajador que se reflejan a continuación:

1. Aquietamiento

La conformidad del trabajador con la modificación implica que opta por adaptarse a sus nuevas condiciones de trabajo. No puede hablarse de una aceptación por parte del afectado, ni siquiera táctica, ya que no estamos ante una novación, se trata simplemente de que el trabajador asuma la modificación de sus condiciones.

ciones de trabajo», *AS*, 12 (2000); RIVERO LAMAS, J.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo», *REDT*, 100, (2000), págs. 872 y ss.

⁷⁰ La STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 7 de junio de 2010 (AS 2010, 2593), somete a su consideración un supuesto de modificación de cambio de jornada, de continuada a partida, tomando como elementos básicos el convenio colectivo de aplicación en la empresa. Esta disponibilidad, que trae causa del convenio mismo, no otorga a la empresa un poder discrecional en la fijación de los tiempos de trabajo, siendo nulo el pacto individual que ponga exclusivamente en manos del empresario la facultad de determinar la jornada laboral: «... dejar en manos del empresario que sea partida o continuada, de más o menos horas, sin que implique derecho adquirido su disfrute en ningún caso, no solo es "leonino", es que supone desconocer la más elemental regulación del contrato de trabajo». *Vid.* comentario a la sentencia en MERINO SEGOVIA, A.: «Modificación sustancial de las condiciones laborales por alteraciones en la distribución del tiempo de trabajo», *BIB* 2011\791, *Aranzadi Social*, paraf. 22/2011. En el mismo sentido STSJ de Cataluña de 26 de abril de 1994.

Esta opción corresponde al trabajador en todo caso, ya se trate de una modificación individual como colectiva. El artículo 41 no contempla derecho a indemnización o compensación económica, salvo que se hubiera previsto por la negociación colectiva o por acuerdo individual.

El artículo 41.3 del ET no hace referencia expresa a esta posibilidad de aquietamiento del trabajador, pero la misma cabe considerarla implícita y deducirla de la existencia de plazos para impugnar la medida modificativa⁷¹.

2. Impugnación

El artículo 41.3 del ET reconoce la posibilidad de impugnar la medida modificativa ante la jurisdicción competente. Se trata de una vía orientada hacia el mantenimiento del contrato, por lo que resulta incompatible con la previa extinción del mismo en virtud de alguna de las modalidades resolutorias que el legislador contempla ligadas a esta figura. Esta incompatibilidad no significa que extinción e impugnación sean excluyentes, porque podría impugnarse y tras la resolución decidir extinguir, pero siempre que la impugnación no hubiera dado como resultado la declaración del carácter injustificado o nulo de la medida, porque en tal caso con la ejecución del fallo desaparecería el perjuicio.

El Tribunal Supremo adoptó un criterio en cuanto al cauce procedimental para reclamar ante medidas modificativas, que afectaba a cuestiones tan relevantes como la caducidad de la acción. Considera que solo es posible acudir al procedimiento especial del artículo 138 de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social –antes de la Ley de Procedimiento Laboral–, si la decisión empresarial impugnada constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo pero no si se trata de un incumplimiento de lo pactado (en cuyo caso el procedimiento adecuado para accionar es el ordinario). Porque el artículo 138 «tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del ET», [SSTS u.d. de 18 de julio de 1997 (RJ 1997, 6354), 7 de abril de 1998 (RJ 1998, 2690)], 8 de abril de 1998 (RJ 1998, 2693), 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4721), 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8484), 2 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1292), 23 de marzo de 2010 (Rec. 4116/2008), y 14 de septiembre de 2010 (Rec. 4392/2009)].

Así, por ejemplo, en un caso de impago de diferencias salariales «La decisión patronal podrá considerarse una alteración *sustancial* de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos solo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 del ET [STS de 10 de abril de 2000 (RJ 2000, 3523); SSTS u.d. 7 y de 8 de abril de 1998 (RJ 1998, 2690) y (RJ 2001, 2693)].

Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 de la LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 del ET». De modo que «cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto –apertura del periodo de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y

⁷¹ MONTOTOY MELGAR, A.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial», *Aranzadi Social*, núm. 3, 1996, pág. 33.

notificación a estos de la medida aprobada con una antelación mínima a la fecha de su efectividad, en el caso de las *modificaciones* colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de *modificaciones* individuales— no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 del ET», [STS u.d. de 8 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10576)], siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida o el de conflicto colectivo.

Centrándonos en la modalidad procesal de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se recoge en el artículo 138 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Para que el trabajador pueda accionar judicialmente impugnando la modificación, no basta con que pretenda que la relación laboral se mantenga en sus condiciones originales, sino que su disconformidad debe fundarse en la inadecuación formal o material de la adopción de la medida modificativa respecto del régimen establecido en el artículo 41 del ET y, en su caso, de los condicionamientos adicionales que pudieran haberse pactado en convenio colectivo. Objeto de impugnación ante la jurisdicción laboral pueden ser tanto las modificaciones individuales como las colectivas. La Ley 35/2010 restringió la posibilidad de impugnar una modificación colectiva si la misma se deriva de un acuerdo alcanzado tras el periodo de consultas: en tales casos se presume la existencia de causa justificativa, por lo que no tiene sentido intentar una impugnación basada en su ausencia.

En cuanto a legitimación pasiva, en caso de modificación colectiva en la que los representantes de los trabajadores legitimados hubieran prestado su conformidad, estos deberán ser demandados junto con el empresario, dando lugar a un litisconsorcio pasivo necesario. Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas por la negociación colectiva a determinados trabajadores, habrán de ser codemandados estos.

El plazo de que dispone el trabajador para el ejercicio de su acción impugnatoria es de 20 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la decisión, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del ET de un año.

El artículo 138 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, caracteriza a este procedimiento como urgente y de tramitación preferente. La sentencia que pone fin a la instancia declarará la justificación, injustificación o nulidad de la medida modificativa. La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa.

La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 3 del artículo 41 del ET, concediéndole al efecto el plazo de 15 días.

La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos, cuestión esta última incorporada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

En este punto debemos detenernos brevemente, en cuanto que la indemnización no siempre se recogió en las normas procesales laborales. Supone la incorporación a las modificaciones sustanciales de la teoría general de la responsabilidad contractual, en cuanto que la responsabilidad contractual generadora de una indemnización de daños y perjuicios requiere como presupuesto esencial el incumplimiento de una obligación contractual, quedando por tanto excluidas de indemnización las decisiones empresariales que no constituyen incumplimientos, sino un mero ejercicio de las facultades empresariales que el legislador le otorga, es decir, aquellas modificaciones justificadas no conllevan la aplicación de indemnización⁷². Es evidente que al limitarse al supuesto de modificaciones «injustificadas», el trabajador debería acreditar el perjuicio causado. Esta cuestión nos llevaría a tratar la cuestión de daños patrimoniales o extrapatrimoniales, que en todo caso habrían de acreditarse y valorarse⁷³.

Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en el artículo 41.4 del ET, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108⁷⁴.

La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto.

Junto a esta vía de reacción reconocida a los trabajadores afectados, el artículo 41.5 del ET consagra también el derecho de los representantes de los trabajadores a reclamar en conflicto colectivo. El plazo es 20 días hábiles siguientes a la notificación.

Estas dos últimas cuestiones procesales merecen que nos detengamos en relación con la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en el artículo 41 del ET, y ello porque el vigente régimen jurídico de las modificaciones sustanciales, que ha ampliado notablemente las facultades empresariales, se agrava en este punto para el trabajador en cuanto que esta reforma laboral ha modificado también el concepto de conflicto colectivo del artículo 153.1 de la LRJS, con el fin de aclarar que en las modificaciones individuales de condiciones de trabajo no procede interponer un conflicto de esa naturaleza ni cabe ulterior recurso contra la misma.

⁷² Dentro de estas nos encontramos con cierta frecuencia con comportamientos empresariales que pueden suponer un coste adicional para el trabajador, como el cambio de horario que suponga un perjuicio en materia de conciliación de la vida laboral y familiar o por ejemplo las denominadas movilidades geográficas «menores», o un cambio de jornada continuada a partida que suponga que el trabajador no perciba ninguna compensación por gastos de manutención...

⁷³ La cuestión del daño extrapatrimonial ya fue analizada hace más de dos décadas por el Tribunal Supremo en materia de traslados, entre los que se valoró por los tribunales la separación familiar (STS de 11 de junio de 1990, RJ 1990, 5057). *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 2003.

⁷⁴ También ante cualquier otro incumplimiento formal o material del régimen jurídico que no sea la falta de acreditación u omisión de la causa justificativa.

Ello implica, que los representantes, además de no ser consultados para modificar un acuerdo al que ha llegado con ellos la empresa, tampoco tendrán la posibilidad de impugnar colectivamente la decisión empresarial ni plantear recurso a la misma. De este modo, además de ampliarse los problemas aplicativos que ya se planteaban con las antiguas modificaciones colectivas que eran tratadas como individuales, surgen dudas sobre la conformidad de la reforma en este punto con el derecho a la libertad sindical y con la propia tutela judicial efectiva. Recordemos al respecto que tras la reforma laboral, como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, en cuanto que la tipificación de la modificación como colectiva o individual depende única y exclusivamente de los trabajadores afectados y no del título que la origina, las modificaciones que tuvieran su origen en pacto colectivo o decisión unilateral empresarial de efectos colectivos solo serán tipificadas como colectivas cuando superen en su aplicación el número de afectados indicados en el artículo 41 del ET.

3. Extinción con indemnización

El legislador reconoce expresamente al trabajador cuyas condiciones laborales han sido objeto de modificación sustancial la facultad de extinguir su contrato con derecho a percibir una indemnización si el trabajador resultara perjudicado. El párrafo 2.º del artículo 41.3 establece que «... tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 9 mensualidades...»; si la modificación afecta a condiciones referidas a:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET.

Es decir, a todas las enumeradas expresamente en el ET salvo el apartado e), referente a «Sistema de trabajo y rendimiento».

Por el contrario, antes de la reforma del 2012 permitía exclusivamente la extinción con esta indemnización cuando afectara a jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo o régimen de trabajo a turnos, es decir, se amplía a los supuestos de sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones.

Esta modalidad se caracteriza por las siguientes notas: por un lado, la existencia de un perjuicio para el trabajador, según reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en su virtud se reconoce al sujeto afectado el derecho a una indemnización, aunque en ocasiones el órgano jurisdiccional lo presume por considerarlo evidente. De no concurrir dicho perjuicio, el trabajador solo podrá resolver su contrato por la vía del artículo 49.1 d) del ET sin derecho a indemnización alguna; y, por otro, la materia que resulta afectada por los cambios. El trabajador no necesita que el empresario esté confor-

me con su decisión extintiva para poder extinguir el contrato. Se trata de una extinción extrajudicial que opera por voluntad del trabajador mediante la comunicación al empresario de su opción por la extinción del contrato, quedando rescindido el contrato desde el momento en que el trabajador comunique su opción al empresario.

Con anterioridad a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el artículo 41 se remitía expresamente al artículo 50.1 a) que señalaba como justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato «las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en perjuicio de su dignidad». En tal caso, «el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente».

El vigente artículo 50.1 a) ha suprimido la referencia expresa a la formación profesional, manteniendo la referencia al menoscabo de la dignidad del trabajador⁷⁵.

El legislador no ofrece ningún dato acerca del concreto contenido del perjuicio específico, por lo que resulta imprescindible llevar a cabo un análisis de la interpretación realizada por los tribunales.

El menoscabo de la dignidad del trabajador suele apreciarse en aquellos casos en los que es objeto de un trato discriminatorio o humillante⁷⁶. No se trata de un concepto de delimitación objetiva, por lo que habrá de estarse a la valoración que en cada supuesto concreto lleve a cabo el juez en virtud de circunstancias concurrentes y que se fundamenta en la necesidad de tutelar los derechos profesionales del trabajador o los dimanantes de su dignidad como trabajador y como persona⁷⁷,

⁷⁵ Con respecto al daño producido en la formación profesional del trabajador afectado por una modificación sustancial, se entendía por tal la obstaculización del ejercicio del derecho establecido con carácter general en el artículo 4.2 b) del ET concretado por el artículo 23 del ET en la obtención de formación fuera de la empresa: disfrute de permisos por exámenes; elección de turno de trabajo adecuado al curso regular de estudios; adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional; permiso de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo. La jurisprudencia contemplaba el supuesto de modo restrictivo, considerando solo perjuicio específico el que guarda proporción, por su gravedad, con la reacción extintiva a que daba lugar, no siendo suficiente la mera contrariedad en el proyecto profesional. (SSTS de 16 enero de 1991 –RJ 1991, 52– de 13 de marzo de 1991 –RJ 1991, 1853–; STSJ de Cantabria de 30 de diciembre de 1995 –AS 1995, 4647–). A mi juicio la modificación introducida en el artículo 50 se encuentra en íntima conexión con la modificación del artículo 39 del ET.

⁷⁶ «(...) la dignidad del trabajador equivale al respeto que merece ante sus compañeros y ante sus jefes, como persona y como profesional, no pudiéndose situar en una posición en que, por las circunstancias que se dan en ella, se provoque un menoscabo en este respeto, privándole de posibilidades de acción, o en casos extremos de signos externos del cargo, que puedan crear en los demás una impresión de caída en desgracia, combinada con el hecho de la degradación efectiva». (SSTSJ de Cataluña de 15 de junio de 1995 –AS 1995, 2396–; 14 de marzo de 1997 –AS 1997, 1860–; 14 de junio de 1997 –AS 1997, 2453–; 19 de julio de 1997 –AS 1997, 3563–; Navarra de 31 de mayo de 1996 –AS 1996, 1496–).

⁷⁷ STSJ de Madrid de 14 de enero de 1997 (AS 1997, 136): «(...) el demandante pasa de desempeñar su trabajo en el departamento de control de calidad, en donde realizaba la verificación completa del funcionamiento de las lavadoras fabricadas, a desempeñar funciones en el sector de producción, concretamente en la cadena de montaje (...). En cuanto a la incidencia del cambio producido en la dignidad del trabajador, también es evidente que se ha producido el menoscabo que exige el precepto, por lo que supone de ataque al respeto que merece el trabajador ante sus compañeros, y ante sus jefes como profesional, al haber pasado a realizar funciones de inferior categoría y nivel (...).» STSJ de Galicia de 9 de mayo de 1997 (AS 1997, 1666): «(...) comporta una abierta lesión a la consideración debida a su dignidad al ser mantenida sin proporcionarle ocupación efectiva durante la mayor parte de su jornada laboral (...).» STSJ de Cataluña de 15 de junio de 1995 (AS 1995, 2396): «El paso sin otra justificación que una relativa proximidad a la jubilación, a pesar de que para llegar a esta situación faltaban todavía tres años, de las funciones de jefe de taller con mando efectivo sobre los demás trabajadores, a la de obrero en una máquina de impresión, aunque se le den órdenes de auxiliar y asesorar al nuevo jefe de taller,

habiéndose ampliado por la jurisprudencia su proyección más allá de los límites que establecen los artículos 17 o 20.3 del ET cuando se refieren a este concepto⁷⁸.

Aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los vigentes artículos 41 y 50 del ET, podríamos concluir que si la modificación sustancial de las condiciones de trabajo perjudica al trabajador, genera los derechos que el propio artículo 41 reconoce, siendo preciso para que entre en juego la aplicación del artículo 50, que el 41 no excluye, que redunde en perjuicio de la dignidad del trabajador (STS de 8 de febrero de 1993, Rec. 772/1991). Por otra parte, en cuanto a la intensidad de la gravedad, las modificaciones sustanciales a que alude el artículo 50 deben ser graves, hasta el punto de justificar la resolución del contrato con derecho a indemnización, y no significa que el perjuicio se entienda producido como consecuencia de la mera modificación, siendo preciso que esta provoque en el afectado un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración, pues en este supuesto, el artículo 50 exige un plus de incumplimiento empresarial, por encima del establecido en el artículo 41 (STS de 11 de marzo de 1992).

Otra cuestión que no puede pasarnos inadvertida, introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, es que el vigente artículo 50 recoge expresamente que se refiere a «Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador», mientras que su antecedente se refería únicamente a «Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden... en menoscabo de su dignidad». La aplicación del artículo 50 del ET, por definición y pese a su oscura redacción, solo procedería cuando la decisión empresarial fuera justificada, porque en virtud de lo previsto en el artículo 138 de la LRJS si esta fuera injustificada o nula procedería la readmisión del trabajador.

Sobre el plazo de que dispone el trabajador para extinguir el contrato, el artículo 41 del ET guarda silencio, si bien el artículo 138.7 de la LRJS incorpora a la legislación procesal el plazo de 15 días, con el siguiente tenor literal: «La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de 15 días», pudiendo interpretarse *a contrario* que transcurrido el plazo de 15 días desde la sentencia estaríamos ante el aquietamiento del trabajador y no podría invocarse posteriormente la modificación sustancial para llevar a cabo la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

La incorporación de este plazo no pone fin a la divergencia de criterios doctrinales⁷⁹ y jurisprudenciales⁸⁰ al respecto. *De lege ferenda* sería conveniente en aras de la seguridad jurídica que el legis-

supone colocar al demandante en una situación frente a sus compañeros y a los propios directivos de la empresa que ha de ser calificada como vejatoria y por lo tanto razón suficiente para la resolución del contrato (...).

⁷⁸ GALA DURÁN, C.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y extinción del contrato vía artículo 50.1 a) del ET», *Aranzadi Social*, vol. 2, núm. 17, 2010, págs. 45-52.

⁷⁹ Un sector doctrinal consideraba que lo más lógico habría sido que el legislador hubiera acogido el plazo en el artículo 41.3 como periodo mínimo de antelación con el que el empresario debe notificar la medida a los afectados [STSJ de Andalucía, Málaga, de 8 de octubre de 1999 (AS 1999, 3406)], en esta línea SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro artículo 41 del ET», BIB 2009\289, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2009, Pamplona: Aranzadi, 2009.

⁸⁰ La STSJ de Madrid de 17 junio de 1999 (AS 1999, 2758) considera que ya que no hay plazo expreso, debe ser el general de un año del artículo 59 del ET, recogiendo en voto particular que «... al igual que lo entiende la sentencia del Tribu-

lador fijara un plazo máximo en el artículo 41 del ET para que el trabajador afectado pudiera optar por la extinción indemnizada del contrato. A nuestro juicio, cabe considerar que el plazo de 15 días resulta aplicable para considerar producido el aquietamiento cuando la sentencia declara justificada la decisión empresarial, mientras que por el contrario cuando el trabajador opta por la extinción con indemnización y no plantea la vía judicial el plazo es de 20 días, que es el previsto para presentar la demanda ante el tribunal.

VII. BREVE REFERENCIA AL DESCUELQUE DEL CONVENIO COLECTIVO (O LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO ESTABLECIDAS EN CONVENIO COLECTIVO)

Una de las más importantes novedades introducidas por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, está constituida por la desaparición del artículo 41 de toda mención a la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario. Este tema debería ser objeto de un análisis mucho más exhaustivo, pero no podemos dejar de reseñarlo en un estudio de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estas modificaciones deben tramitarse por el nuevo procedimiento de inaplicación –o descuelgue–, en la empresa de lo previsto en el convenio colectivo aplicable, regulado en el artículo 82.3 del ET. El precepto amplía notablemente las materias objeto de descuelgue, porque la inaplicación ya no va referida solo a las cláusulas salariales de los convenios, sino que se extienden las posibilidades de descuelgue, permitiéndose el descuelgue en la práctica totalidad de las condiciones de trabajo fijadas en convenio sectorial o de empresa: a) Jornada de trabajo; b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración y cuantía salarial; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET; g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social⁸¹.

nal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencia de 23 de enero de 1998 (R 449), ese plazo de 20 días computado desde la notificación de la decisión de la empresa no se refiere al supuesto de rescisión de la relación contractual por iniciativa del trabajador. Y es que si la ley no dice expresamente lo contrario (y en este caso no lo hace), dado que lo que se plantea no es la impugnación de una decisión empresarial por considerarla injustificada, sino que, aceptando que dispone de base legal, se rescinde la relación laboral a instancia del trabajador en atención al perjuicio que le ocasiona la modificación sustancial, en nuestra opinión, es lo razonable entender que la posibilidad de ejercitar esa rescisión, al igual que sucede en el caso del artículo 50 del ET, nace a partir del momento de la efectividad de la medida, pues una vez que ya se ha llevado a la práctica es cuando el trabajador puede valorar certeramente los perjuicios que le irroga». Asimismo nos encontramos con pronunciamientos en los que se aprecia aquietamiento simplemente por el transcurso de «varios meses desde que se operó el cambio invocado por el trabajador, sin que este accione frente a él» [SSTS de 20 de enero de 1987 (RJ 1987, 87); 13 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 7871); SSTSJ de Galicia de 16 mayo 1996 (AS 1996, 1479) o supuestos en que el aquietamiento se deduce de la sumisión a la medida durante «más de dos años»: STSJ de Valencia de 13 de diciembre 1995 (AS 1995, 4535)]. Algunas sentencias señalan que el trabajador al que se le imponga debe reclamar en el plazo de 20 días hábiles (STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 1998; STSJ del País Vasco 30 de noviembre de 1999, Rec. 1678/1999). Sin embargo, otros entienden que el plazo de 20 días solo es para el supuesto de que no habiendo optado por la rescisión el trabajador se muestre disconforme (STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 1998).

⁸¹ La reforma laboral del artículo 41 introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, llevó a cabo la distinción y reordenación sistemática de las modificaciones colectivas, diferenciando entre, de un lado, la modificación de condiciones de trabajo reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos y, de otro, la modificación de condiciones establecidas en convenios colectivos del título III del ET. El artículo 41 de la Ley 35/2010 mantuvo que

El trabajador que estuviera disconforme con la medida de modificación de la condición establecida en convenio colectivo tras la reforma laboral ya no tiene la opción de extinguir el contrato con indemnización, a diferencia de lo que ocurría con la normativa anterior, en cuanto que se remitía el procedimiento al previsto en materia de modificación de pactos o acuerdos colectivos, con la diferencia esencial de que se requería finalmente acuerdo.

1. Causas

Para acordar el descuelgue, no se exige ya una disminución persistente del nivel de ingresos o que la situación y perspectivas económicas de la empresa pudiera verse afectada negativamente como consecuencia de la aplicación de las condiciones del convenio, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo⁸². Por el contrario y si bien se continúa exigiendo la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, establece el precepto que «Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

Estas causas están definidas del mismo modo que para el despido colectivo, pero con una diferencia: en el caso de concurrencia de «causas económicas», se entenderá que «... la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos...», a diferencia de tres trimestres que quedan establecidos para el despido colectivo.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, ha mejorado notablemente la concreción de causa económica, añadiendo la exigencia de que se trate de nivel de ingresos «ordinarios», por lo que no podrán com-

la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos del título III del ET solo podía producirse por «acuerdo» entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Si el convenio colectivo en el que se contenían las condiciones era de ámbito sectorial, las materias modificables solo podían ser las señaladas en los anteriores apartados b), c), d), e), f) artículo 41.1 del ET. Para otras materias, incluidas jornada, no cabía el cauce del artículo 41 del ET, sino que había que proceder a la nueva negociación del convenio colectivo. Por el contrario, pasan a resultar disponibles incluso los límites máximos de jornada establecidos en dichos convenios, facilitándose la implantación de cuestiones tan esenciales como la ampliación de la jornada o la cuantía salarial.

⁸² Al respecto, exigía el modificado artículo 41 en la redacción de la Ley 35/2010 los mismos requisitos que para proceder a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, es decir, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, recogiendo expresamente que «Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

putarse los ingresos extraordinarios, lo que obliga a analizar la evolución de tales ingresos y su origen y no solo el volumen total de tales ingresos. Por otra parte, se introduce la referencia expresa al mismo trimestre del año anterior y no al trimestre inmediatamente anterior al que se ha registrado dicha disminución, por lo que deben compararse trimestres homogéneos que van a corresponder a la misma fase del ciclo económico.

2. Procedimiento

La inaplicación ha de acordarse entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, previo desarrollo de un periodo de consultas (en los términos ya analizados para el periodo de consultas de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo). Asimismo, en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, estos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET.

Finalización del periodo de consultas con acuerdo:

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. Se elimina con la reforma laboral el límite de la duración del acuerdo de inaplicación previsto en la redacción anterior del precepto para el salario, que venía referido al límite de vigencia del convenio del que se desmarcaba o, en todo caso, a tres años.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, ha introducido la exigencia de que el acuerdo de descuelgue no puede suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de la que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa⁸³.

Finalización del periodo de consultas en caso de desacuerdo

La Ley 3/2012, de 6 de julio, ha introducido vías alternativas para conseguir el descuelgue. Lo más relevante es que se establece que de no alcanzarse un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores se acuda a un arbitraje de carácter obligatorio, que se instrumentará, bien según lo pactado en el convenio colectivo, o en su defecto se encargará de la gestión para decidir la inaplicación del convenio la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos o sus equivalentes autonómicos. Dejando al margen la naturaleza de tales organismos de participación, parece claro el propósito de que el recurso al arbitraje sustituya de forma generalizada al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La intención del legislador es posibilitar el descuelgue, estableciendo hasta tres vías sucesivas para ello, que podrían sintetizarse del siguiente modo:

⁸³ Cuestión esta no recogida en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, pero que en todo caso exige que este límite se precise en cada caso concreto con la finalidad de salvaguardar el derecho a la igualdad que trataba de proteger tal regulación.

- 1.º Cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada.
- 2.º Si no se hubiera solicitado la intervención de la comisión paritaria o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, lo que podría ser lo más habitual, dado por definición su carácter «paritario», las partes deberán recurrir a los procedimientos que deben establecerse en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de estos acuerdos, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas.
- 3.º Se articula una vía para desbloquear en última instancia una posible falta de acuerdo: Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a esos procedimientos de resolución de conflictos o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las mismas a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en su caso. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a 25 días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y con base en los motivos establecidos en el artículo 91. Al respecto no podemos dejar de señalar la naturaleza de estas comisiones, de carácter tripartito, de empresarios, administración y sindicatos, que podrían resolver en su propio seno o nombrar un árbitro, a las cuales se podría recurrir por cualquiera de las partes, sin que se requiera un acuerdo previo para someter el descuelgue a las mismas. Con anterioridad a la reforma laboral el descuelgue precisaba siempre el acuerdo de los representantes de los trabajadores, bien en la empresa o en la comisión paritaria. Tras las críticas surgidas a estas reformas referentes a la intervención del árbitro, ya introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, la Ley 3/2012, de 6 de julio, introduce la exigencia de que la designación del árbitro se realice «con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad».

No podemos sino efectuar una crítica a algunas de las novedades introducidas desde la perspectiva de «negociación colectiva», que en aplicación del artículo 2 del Convenio 154 de la OIT y de la doctrina del Tribunal Constitucional se ha definido como «expresión abreviada de un proceso de diálogo, acercamiento y eventualmente acuerdo, entre los trabajadores organizados y el empresario o una o varias organizaciones de empresarios» [STC 184/1991 (RTC 1991, 184)].

En primer lugar y aunque el descuelgue del convenio se produzca por acuerdo, este no tiene que proceder de los sujetos legitimados para negociar el convenio colectivo, sino que puede provenir de los trabajadores de la empresa o de la denominada «comisión *ad hoc*», trasladándose al precepto la solución aportada al artículo 41 para la ausencia de representantes, sin que podamos olvidar que la negociación colectiva tiene un significado radicalmente distinto al de un mero periodo de consul-

tas. En segundo lugar, ya no es imprescindible el acuerdo de los representantes de los trabajadores (o de las comisiones negociadoras elegidas *ad hoc* por los trabajadores) para proceder a la inaplicación, ya que en ausencia de acuerdo comenzará un complejo trayecto por los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales, que puede terminar con la imposición de un arbitraje obligatorio (por solicitud de cualquiera de las partes).

Por último, y en el supuesto de **conurrencia de convenios**, se modifica la excepción a la regla general de prohibición de concurrencia de convenios contenida en el artículo 84.2 del ET en el sentido de establecer la **preferencia aplicativa**, sin condicionantes, **del convenio colectivo de empresa** sobre el sectorial estatal, de comunidad autónoma o de ámbito inferior, **en las materias listadas** en el precepto, que implican que el convenio de empresa puede reducir las condiciones laborales incluidas el salario o el horario de convenio superior, no afectando a la jornada máxima pero sí a su distribución irregular⁸⁴. De esta forma, no solo el convenio provincial sectorial está desprotegido frente a la regulación a la baja en las condiciones de trabajo que pueda hacer cualquier convenio de empresa, sino que esa posibilidad afecta a cualquier convenio colectivo sectorial autonómico, estatal, o acuerdo interprofesional, que carecen de la capacidad de fijar derechos laborales mínimos o condiciones de trabajo que sean vinculantes para la unidad de negociación de empresa o de grupo de empresas. Con ello, la ordenación de la estructura de la negociación colectiva solo tiene operatividad en la negociación sectorial, pero no vincula a la negociación de empresa.

Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, M.R. [1999]: «Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial», *RDS*, núm. 5.
- ALFONSO MELLADO, C.L. [2010]: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A. [2000]: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Madrid: Civitas.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A. y SERRANO OLIVARES, R. [2002]: «Vicisitudes de la relación de trabajo», en AA.VV., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., dirs.), Aranzadi, Cizur Menor.
- [2005]: «Capítulo XVI. Vicisitudes de la relación de trabajo», en AA.VV., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., dirs.), Pamplona: Aranzadi.

⁸⁴ a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente ley a los convenios de empresa; f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

- BURGOS GINER, M.A. [2004]: «La posibilidad de establecer un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenio colectivo (comentario a la STS social de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003, 4499))», *TS*, 16.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E. [2000]: «Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos a tiempo parcial», en AA.VV., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial* (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y VALDÉS DAL-RÉ, F. coords.), Valladolid: Lex Nova.
- CRUZ VILLALÓN, J. [1983]: «Las modificaciones de la prestación de trabajo», *MTSS*.
- [1994]: «El artículo 41 ET tras la reforma de 1994», en AA.VV., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., coords.), Madrid: La Ley.
 - [2007]: «Modificación del tiempo de trabajo», *Revista de derecho social*, núm. 38.
 - [2007]: «Modificación del tiempo de trabajo», en AA.VV., *Tiempo de Trabajo* (APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J., coords.), Albacete: Bomarzo.
- DE LA IGLESIA AZA, L. [2012] «Modificación sustancial de condiciones laborales. La reducción salarial mediante el Real Decreto-Ley 8/2010», Pamplona: Aranzadi, 2012, vol. 4, núm. 10, (feb.).
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. [2011]: «Aplicación de la reducción salarial y modificación sustancial de condiciones de trabajo en las empresas públicas», *Aranzadi Social*, núm. 3/2011, Aranzadi Social paraf. 21/2011.
- DESDENTADO BONETE, A. [1995]: «El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, afectación y control», APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (eds.), *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid.
- FERRADANS CARAMÉS, C. [2010]: «La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo», *Temas Laborales*, núm. 107.
- GALA DURÁN, C. [2010]: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y extinción del contrato vía art. 50.1 a) del ET», *Aranzadi Social*, vol. 2, núm. 17.
- GARCÍA MURCIA, J. [2005]: «Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *RMTAS*, 58.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. [2010]: *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio 2011*, Lex Nova.
- [2010]: *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid: Lex Nova.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (dirs.) [2012]: *Reforma laboral 2012*, Valladolid: Lex Nova.
- GOERLICH PESET, J. M.^a [2007]: «El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *AS*, núm. 13.
- LLANO SÁNCHEZ, M. [2010]: «La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 22.
- LUJÁN ALCARAZ, J. [2000]: «Elementos para la caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial en las condiciones de trabajo», *AS*, 12.
- MARTÍN VALVERDE, A. [1994]: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (comentario al art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores, en la nueva redacción de la Ley 11/1994, de 19 de mayo)», Estudios de Jurisprudencia, *Revista Colex*, núm. 11.
- MERINO SEGOVIA, A. [2011]: «Modificación sustancial de las condiciones laborales por alteraciones en la distribución del tiempo de trabajo», BIB 2011\791, *Aranzadi Social*, paraf. 22/2011.
- MIRANZO DÍEZ, J.A. [2009]: «Reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y vías procesales para recurrir», *Aranzadi Social*, vol. 2, núm. 10.

- MOLINA NAVARRETE, C. [2012]: «De las "reformas laborales" a un nuevo, e irreconocible "Estatuto del Trabajo Subordinado"», *RTSS. CEF*, núm. 348, marzo.
- MONTOYA MELGAR, A. [1996]: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial», *Aranzadi social*, núm. 1.
- [1996]: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Aranzadi Social*, núm. 3.
- PEDRAJAS MORENO, A. [1994]: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV., *La reforma del mercado laboral* (VALDÉS DAL-RÉ, F., dir.), Valladolid: Lex Nova.
- RIVERO LAMAS, J. [1995]: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo», en AA.VV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García* (VILLA GIL, L.E., coord.), Barcelona: Marcial Pons.
- [2000]: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo», *REDT*, núm. 100.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. [1983]: «La movilidad del trabajador dentro de la empresa», *Documentación Laboral*, núm. 9.
- RUIZ SALVADOR, J.A. [2004]: «El contrato de trabajo a tiempo parcial», *Básicos de Derecho Social*, Albacete: Bomarzo, núm. 4.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. [1999]: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona: Aranzadi.
- [2009]: «La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art. 41 ET», BIB 2009\289, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2009, Aranzadi.
 - [2010]: «La modificación de las condiciones de trabajo», en SEMPERE NAVARRO, *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi.
 - [2011]: «La modificación de condiciones de trabajo. Aspectos laborales de la reestructuración empresarial», en AA.VV., MARTÍN JIMÉNEZ R. y SEMPERE NAVARRO (dirs.).
- SEMPERE NAVARRO, A.V. [2010]: *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi.
- [2012]: *Reforma laboral 2012*, Aranzadi.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. [2003]: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi.
- VELASCO PORTERO, M.^a T. y FRÖHLICH, M. [2010]: «La reducción de jornada por motivos económicos: el modelo alemán como referencia», en AA.VV., *La reforma Laboral de 2010* (SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., coords.), Aranzadi, Cizur Menor.
- VICEDO CAÑADA, L. [2009]: «La modificación de la parcialidad de un contrato de trabajo a tiempo parcial por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores», *Diario La Ley*, núm. 7140.