

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

CURSO ACADÉMICO 2017-2018



**MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS
CONDICIONES EN EL CONTRATO DE TRABAJO**

AUTORA: Encarnación García Escobar

TUTORA ACADÉMICA: Yolanda Fernández López

RESUMEN

En el presente Trabajo de Fin de Grado se estudiarán, de forma pormenorizada, los elementos que se deducen del propio contenido literal del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se regula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, así como el procedimiento prescrito por el mencionado precepto para la efectividad de dichas modificaciones, incluyendo las opciones con las que cuenta el trabajador afectado.

En estudio contenido en el Trabajo que se presenta analiza tanto la doctrina como la jurisprudencia, prestando especial atención a ésta última mediante el estudio de los pronunciamientos de diferentes órganos judiciales, otorgando la importancia que corresponde a la jurisprudencia del TC y del TS, pero sin perder de vista los pronunciamientos emitidos por órganos judiciales menores, en tanto en cuanto que es, sobre éstos, sobre los que recae la mayor cantidad de los casos que se producen en la práctica.

Precisamente se ha pretendido que, en el presente trabajo, se contenga una visión que, respetando la doctrina más teórica, contenga un enfoque eminentemente práctico de la cuestión objeto de estudio, siendo esta la razón por la que los pronunciamientos de los juzgados y tribunales integrados en el orden jurisdiccional social han alcanzado una preeminencia máxima en el Trabajo que se presenta.

El estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales, puestos en relación con los cambios legislativos que han afectado al mecanismo jurídico objeto de estudio, permite comprobar, por un lado, que la tendencia legislativa ha ido encaminada a facilitar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el pretendido objetivo de evitar el aumento del desempleo y, por otro lado, que la jurisprudencia ha intentado tutelar los derechos de los trabajadores ante dichos cambios legislativos.

Por ello, se trata de una cuestión que, aunque no es nueva, siempre está actualidad, razón por la que resulta interesante su estudio prestando atención tanto a los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes como a los que, no siéndolo tanto, mantienen su interés en la actualidad debido a que han marcado la línea jurisprudencial más estable y reiterada.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. CONCEPTO DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. CLASES DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL	7
3. SUSTANCIALIDAD DE LA MODIFICACIÓN. DIFERENCIAS CON EL IUS VARIANDI. CASUÍSTICA.	11
4. CONDICIONES DE TRABAJO SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIÓN	17
4.1. Jornada de trabajo	20
4.2 Horario y distribución del tiempo de trabajo.	23
4.3 Régimen de trabajo a turnos	25
4.4 Sistema de remuneración y cuantía salarial	26
4.6 Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.	31
5. CAUSAS JUSTIFICATIVAS	32
5.1 Económicas	34
5.2 Técnicas	35
5.3 Organizativa	36
5.4 De producción	36
5.5. Relación de las causas justificativas del art. 41 ET con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa.	37
5.6. Control judicial de las causas empresariales del art. 41	40
6. PROCEDIMIENTO	47
6.1 Modificaciones de carácter individual	47
6.2 Modificaciones de carácter colectivo	48
A) Periodo de consultas	49
B) Notificación a los trabajadores afectados	54

7. POSICIÓN DEL TRABAJADOR ANTE LA MODIFICACION SUSTANCIAL DE LA RELACIÓN LABORAL -----	54
7.1 Aquietamiento-----	55
7.2 Impugnación judicial de la decisión empresarial -----	56
7.3 Extinción indemnizada por voluntad de los trabajadores-----	59
A) Extinción indemnizada del contrato de trabajo por modificación del tiempo de trabajo, sistema de remuneración, cuantía salarial o funciones. -----	59
B) Resolución del contrato por menoscabo de la dignidad del trabajador como consecuencia de una modificación de sus condiciones de trabajo sin respetar lo dispuesto en el art. 41 ET-----	65
8. CONCLUSIONES -----	68
9. BIBLIOGRAFÍA -----	78



ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
Cciv	Código Civil
CE	Constitución Española
ET	Estatuto de los Trabajadores
Jdo.	Juzgado
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

1. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en un mundo cada vez más globalizado, en el que la competencia empresarial se configura a nivel global, de tal manera que la producción, en muchos casos, se traslada a lugares en los que los derechos de los trabajadores son prácticamente inexistentes o, en cualquier caso, mucho menores que los de los países de nuestro entorno.

Además, nos encontramos en un momento en el que los avances técnicos, en numerosas ocasiones, tienen una gran incidencia en la organización de la fuerza de trabajo.

Todo ello, unido al carácter cíclico de la economía, que hace que se intercalen, de forma regular, momentos de crecimiento económico con crisis económicas, afecta a la relación laboral como consecuencia de los ajustes que el empresario ha de realizar con la finalidad, no solo de mantener la competitividad, sino en muchos casos de evitar que colapse la propia actividad empresarial debido a los costes laborales.

Es por ello por lo que, dentro de los ajustes que el empresario ha de realizar en su plantilla, considero interesante el mecanismo de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, debido a que se trata de una opción que puede evitar ajustes más drásticos, y perjudiciales para el trabajador, como son los despidos.

Esta es la razón por la que decidí realizar el Trabajo de Fin de Grado sobre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, debido al interés que tienen en el ámbito laboral, pero debido también a que, la mala utilización de los argumentos a los que acabo de hacer mención, es decir, la necesidad de dar flexibilidad de la relación laboral para mantener la competitividad empresarial y adaptarse a las circunstancias técnicas, pero sobre todo económicas, puede llevar a una extraordinaria amplitud de la utilización del mecanismo jurídico que nos ocupa, lo que tendría importantes efectos en los derechos de los trabajadores y, por consiguiente, en la propia supervivencia del estado social.

En el sentido apuntado, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo constituye un mecanismo que se fundamenta en la facultad del empresario para modificar

unilateralmente las condiciones de trabajo de sus empleados en base a la concurrencia de una serie de causas y circunstancias que se regulan en el art. 41 ET y siguiendo el procedimiento previsto en el mismo artículo. Con esta finalidad, el señalado artículo establece un importante listado de materias modificables por el empresario, entre las que se encuentran algunas de gran importancia, como puede ser la jornada, horario de trabajo y salario, pero sin que se trate, en caso alguno, de una lista cerrada.

Nos encontramos, como se ha apuntado, ante un mecanismo que permite flexibilizar la relación laboral con el fin de que ésta se pueda adaptar a las variaciones que se puedan producir en la actividad empresarial, evitando, de esta forma, que la producción de los mencionados cambios tenga como consecuencia un ajuste en la plantilla por medio del despido.

Es por esta razón por la que se hace evidente la importancia de la cuestión para la sociedad debido, principalmente, a las fluctuaciones económicas que se producen, aunque no solo por ello, ya que la actividad empresarial puede verse afectada por otras cuestiones como, por ejemplo, la producción de avances tecnológicos que tengan su proyección en la organización de la fuerza de trabajo.

En consecuencia, estamos ante un mecanismo de enorme importancia para la conservación de la relación laboral, pero que puede conducir a la propia desnaturalización de dicha relación, con la consiguiente pérdida de los derechos de los trabajadores que tutela el ordenamiento laboral en el caso de que, la tendencia de los cambios normativos aumenten excesivamente la indefinición, o amplitud, de la misma, razón por la que se trata de una cuestión de absoluta actualidad.

2. CONCEPTO DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. CLASES DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

Se considera necesario, como punto de partida del estudio que se va a realizar en el presente trabajo de fin de grado, delimitar el objeto y las clases de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ya que, de esta forma, se concretarán los distintos elementos que constituyen el mecanismo objeto de estudio, que habilita al empresario para

el uso del mismo. Se trata de un punto de partida necesario, que permitirá la correcta sistematización del estudio que nos ocupa.

Así las cosas, la delimitación del concepto de modificación sustancial de las condiciones del trabajo ha de realizarse en base a lo dispuesto en el artículo 41 ET, y de la lectura del mismo, se puede deducir que, se trata de un mecanismo por el que, el empresario, atendiendo a la concurrencia de “*probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*”, puede modificar, unilateralmente¹, las “*condiciones del contrato de trabajo*”²siendo imprescindible, a tenor de lo dispuesto por el mencionado

¹El requisito de la unilateralidad en la decisión empresarial de la modificación es esencial para que pueda hablarse, desde el punto de vista técnico-jurídico, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por lo que no se encontrarán dentro de dicho concepto aquellas modificaciones que sean producto del acuerdo entre las partes o que vengan impuestas por imperativo legal. Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, por ejemplo, en su Sentencia de fecha 21 de enero de 2014 señala que “*La segunda parte alega que se ha producido una modificación de las condiciones de trabajo al margen del procedimiento previsto en el art. 41 del ET, que resulta aplicable, aunque se trate de una modificación derivada de una norma con rango de ley. Pero, como señala el Ministerio Fiscal, la Sala ya ha establecido que no es necesario seguir el procedimiento cuando se trata de una modificación que no viene impuesta por una decisión unilateral del empleador, sino que deriva directamente y de forma absoluta de la ley, sin que haya intervenido ninguna otra modificación a cargo del empresario, la cual por su posición jerárquica desplaza la regulación del convenio colectivo, aunque éste sea anterior a la misma (sentencias de 28 de septiembre de 2012 y 25 de septiembre de 2013)*”.

En idéntico sentido se pronuncia la STS, Sala 4ª, de 26 de noviembre de 2015, que como pone de manifiesto “*La regulación que hace la norma legal es tan detallada que, como señala la sentencia recurrida para su implementación no hacía falta acudir al procedimiento del artículo 41-4 del E.T., como en supuestos parecidos al de autos ha señalado esta Sala en sus sentencias de 10 de junio de 2013 (RO 91/2012), 25 de septiembre de 2013 (RO 77/2012), 11 de octubre de 2013 (RO 95/2012), 26 de noviembre de 2013 (RO 9/2013), 26 de diciembre de 2013 (RO 66/2012) y 13 de mayo de 2015 (RO 80/2014), entre otras muchas en las que hemos señalado que si por Ley se introducen modificaciones en los derechos de los trabajadores enumerados en el art. 41 del no nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo acordada unilateralmente por el empresario por lo que la negociación, si la hubiere, no resulta obligatoria*”. Por ello, conforme a esa doctrina, al tratarse de una modificación de las condiciones de trabajo impuesta por la Ley no resultaba de aplicación el procedimiento del art. 41-4 del E.T., previsto para los supuestos en los que es el empresario quien acuerda la modificación.

²Se ha de destacar que supone una excepción contenida en el derecho laboral en relación con la prohibición de que los contratos queden al arbitrio de las partes, prevista en el art. 1256 del Cciv. En este sentido, resulta interesante lo señalado por MERCADER UGUINA, que pone de manifiesto que “*No obstante lo establecido con carácter general para todo tipo de contratos en el art. 1.256 Cciv (la aplicación del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes), el ordenamiento laboral se caracteriza porque el contenido de lo pactado puede ser alterado sustancialmente por voluntad unilateral del empresario. Nuestro ordenamiento jurídico permite a este último (bien de forma limitada por la exigencia de concurrencia de causas habilitantes y por el sometimiento a unos requisitos de forma y negociación) la adaptación de la fuerza de trabajo a las necesidades cambiantes de la marcha de la empresa, valorando prioritariamente esta necesidad empresarial y la finalidad de mantenimiento del contrato de trabajo, frente al interés del trabajador de inamovilidad y mantenimiento de las condiciones pactadas; en contrapartida, establece, junto a las garantías de control de la legalidad de la decisión empresarial, una serie de compensaciones para el trabajador por el*

precepto, que la modificación tenga carácter “sustancial” por lo que, en base a estos cuatro elementos (unilateralidad de la modificación por el empresario, causas habilitantes de la modificación, condiciones objeto de modificación y sustancialidad de la modificación), es posible la delimitación del concepto del mecanismo jurídico objeto de estudio en el presente trabajo³.

Una vez que ha sido delimitado el concepto⁴ del mecanismo de modificación sustancial de las condiciones del trabajo, se ha de señalar que, a lo largo del presente Trabajo se realizará un estudio de dichos elementos desde el punto de vista legal, doctrinal

perjuicio causado” MERCADER UGUINA, Antonio: “Lecciones de derecho del trabajo”, ed. 9, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.. 515-516.

³Tal y como indican MARTÍN VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y GARCÍA MURCIA, el art. 41 del ET “*no se ocupa de toda modificación posible, sino únicamente de aquellas que, adoptadas o propuestas por el empresario de modo unilateral, afectan a las condiciones de trabajo y tienen carácter sustancial. Todo ello quiere decir que las modificaciones pactadas por las partes del contrato no necesitan recorrer este cauce legal, y que cualquier otra modificación que pretenda llevar a cabo el empresario unilateralmente queda fuera del radio de acción de ese precepto, de modo que para valorar si puede o no llevarla a cabo habrá que atender a otros pasajes legales y, en particular, al poder de organización y dirección del trabajo que el artículo 20 ET le concede, del que se deduce que el empleador puede introducir todos aquellos cambios que no sean sustanciales o que no afecten a las condiciones comprendidas en el artículo 41 del ET, salvo que otro precepto legal se lo impida o le imponga restricciones a tal efecto (TS 19 de diciembre de 2002 y 26 de abril de 2006)*” MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Derecho del trabajo”, ed. 23, Tecnos, Madrid, 2014, p.738.

⁴Resulta ilustrativa, en lo que respecta a la delimitación del concepto de modificación sustancial de las condiciones del Trabajo, la STS, Sala 4ª, de 22 de septiembre de 2003, que señala que “(...) *Concepto jurídico indeterminado, el de "modificaciones sustanciales" que no ha sido delimitado por el legislador ni tampoco precisado de manera definitiva por la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Central de Trabajo, que prácticamente era el único que, hasta 1989, conocía de los litigios derivados de estas alteraciones del contenido del contrato, entendió que "hay que acudir a una interpretación racional de dicha expresión y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad de las prestaciones con un perjuicio comprobable"* (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 17 de marzo de 1986). Esta Sala, con posterioridad a la promulgación de la Ley 11/1994-norma que modificó la redacción del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores- ha seguido aplicando los criterios anteriores a la reforma. Así la Sentencia de 3 de abril de 1995 (Recurso 2252/1994), declaraba la necesidad de que las modificaciones, para ser sustanciales, habían de producir perjuicios al trabajador, la de 11 de diciembre de 1997 (Recurso 1281/1997), en litigio de la misma empresa, recordaba que “la doctrina de esta Sala en sus Sentencias de 17 julio 1986, y 3 diciembre 1987, que ha establecido que por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ‘ad exemplum’ del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ‘iusvariandi’ empresarial”. La doctrina científica entiende 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. Pues bien estos criterios, de contornos difusos, pueden hacerse más precisos en la negociación colectiva, especialmente respecto a aquellas materias, como las referidas al horario, en las que son más frecuentes las situaciones conflictivas”

y jurisprudencial de los mismos, de tal manera que se conformará un cuerpo coherente de estudio, sin que sea este el momento oportuno para profundizar en el estudio de dichos elementos.

Delimitado el objeto, se hace preciso establecer las clases de modificaciones sustanciales establecidas en el art. 41 del ET, ya que, de esta forma, se encontrará un punto de partida idóneo para estudiar, más adelante, los procedimientos legalmente establecidos para materializar, en la práctica, el instrumento regulado en el referido art. 41 del ET.

En el sentido expuesto, cabe poner de manifiesto que, en relación con las clases en las que se puede dividir la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el propio artículo 41 del ET, permite llevar a cabo una distinción entre las modificaciones sustanciales de carácter individual y las modificaciones de carácter colectivo.

En este sentido, el apartado segundo del artículo 41 del ET, señala que *“se considera de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a:*

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.”*

En sentido contrario, el mencionado apartado segundo del artículo 41 del ET, considera como modificaciones sustanciales individuales *“aquellas modificaciones que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.”*

La distinción entre modificaciones individuales y colectivas tiene, como consecuencia, una diferente tramitación procedimental, de tal manera que las modificaciones colectivas se llevan a efecto por medio de un procedimiento algo más complejo, que pretende garantizar, en mayor medida, los derechos de los trabajadores afectados, así como evitar que se cometa fraude de ley por parte del empresario con el fin de proceder a llevar a cabo una

modificación contractual que, por la ausencia de alguno de los elementos del artículo 41 ET, no se encuentra amparada por el mismo⁵.

Tal y como se ha expuesto, el somero análisis contenido de este apartado, constituye el punto de partida, y la base, sobre la que se asentará el presente trabajo, ya que de la delimitación del objeto se extraen los elementos esenciales que integran el instrumento previsto en el art. 41 del ET y, por su parte, la distinción de las clases de modificación sustancial, permitirá distinguir los procedimientos legalmente establecidos para hacer efectiva la modificación.

3. SUSTANCIALIDAD DE LA MODIFICACIÓN. DIFERENCIAS CON EL IUS VARIANDI. CASUÍSTICA.

Como se ha comprobado, uno de los elementos que, conforme lo dispuesto por el art. 41 del ET compone el concepto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo es, precisamente, el carácter sustancial de la modificación⁶, siendo este un elemento que permite diferenciar entre las modificaciones realizadas al amparo del *ius variandi* empresarial derivado del art.20 del ET⁷.

⁵En lo que se refiere a los umbrales reflejados por el artículo 41.2 del ET, para distinguir entre modificaciones individuales y colectivas, señalan MARTÍN VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y GARCÍA MURCIA que “*son unas cifras que, como veremos, se utilizan también en otros preceptos para para atribuir carácter colectivo a la correspondiente medida empresarial y que, al igual que en estos otros casos, están acompañados de una regla preventiva que trata de evitar que el empresario utilice el procedimiento más sencillo de la modificación individual cuando realmente corresponda el de la modificación colectiva: si el empresario realiza modificaciones individuales reiteradas en periodos sucesivos de noventa días y en número inferior a esos umbrales sin que concurren causas nuevas que lo justifiquen, “se consideraran efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto”(art. 41.3 ET)”*MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Derecho del trabajo”, ed. 23, ob, cit, p.738.

⁶Cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que la sustancialidad ha de referirse a la modificación en sí, y no a la condición modificadora, sirviendo como ejemplo de la señalada doctrina lo dispuesto por la STS de 9 de abril de 2001 cuando dice que “*La aplicación del art. 41 ET no se halla referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación, y a tal efecto se ha entendido tradicionalmente como tal aquella modificación que afecta a los aspectos fundamentales de la condición, de forma que con ella pasan a ser otros distintos de un modo notorio*”.

⁷En este sentido, la jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo, desde hace décadas, establece como límite del *iusvariandi* empresarial el carácter sustancial de la modificación, sirviendo como ejemplo lo manifestado en la STS Sala 4ª de 15 de marzo de 1991 que señala que“(…) el “*iusvariandi*” que compete a la empresa como derivado de su poder de dirección en orden a adaptar las prestaciones laborales a sus cambios

Así las cosas, para determinar el carácter sustancial de una modificación habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, siendo extremadamente difícil establecer criterios abstractos que permitan diferenciar, con carácter general, si una modificación se puede realizar en ejercicio del *ius variandi* empresarial o, por el contrario, por su carácter sustancial, ha de realizarse bajo los requisitos y procedimiento previstos en el art. 41 del ET.⁸

No obstante, lo anterior, la doctrina⁹ viene acumulando los criterios para determinar el carácter sustancial de una modificación en dos grupos, los de orden cuantitativo, que se apoyan en criterios objetivos, atendiendo a la entidad de la modificación, y los de orden cualitativo, que, desde un punto de vista subjetivo, valoran la sustancialidad de la modificación en base a los perjuicios que ésta ocasiona en los trabajadores afectados¹⁰.

organizativos está sujeta a determinados límites, entre ellos, que se trate de modificaciones accidentales, no de modificaciones esenciales que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otros completamente distintos, como ocurre, entre otras, con las prevista "ad exemplum" en el art. 41,2 del Estatuto de los Trabajadores, que es lo ocurrido en el presente caso, ya que se ha modificado el sistema de trabajo del actor.

⁸Como indica SALA FRANCO “la ley no establece con exactitud cuando una modificación es sustancial o no, siendo la sustancialidad de la modificación un concepto indeterminado de interpretación jurisprudencial, debiendo acudir a interpretaciones razonables caso por caso a la vista de las concretas circunstancias (STS de 10 de octubre de 2005, Rec. 183/04)” ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros, “Compendio de Derecho del Trabajo, Tomo II, Contrato Individual”, ed. 4, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 245.

⁹En esta dirección apunta MERCADER UGUINA determinando que los criterios de orden cuantitativo están “vinculados a la entidad del cambio. Se trata de factores objetivos y no subjetivos, referidos a la modificación y no a los afectados por ella, dado que esta circunstancia será, en su caso, objeto de consideración para valorar el carácter colectivo o individual de la medida.” Por su parte, el mismo autor señala que los criterios de orden cualitativo están “vinculados al daño experimentado por el trabajador afectado por la modificación unilateral. Atendiendo a dicho criterio, cambios cuantitativos que aparentemente no son muy intensos, se convierten en tales en razón de sus repercusiones sobre los intereses de los trabajadores. De igual modo, la utilización del criterio del perjuicio permite excluir la existencia de modificación sustancial en los casos en los que la decisión empresarial resulta más favorable a la condición preexistente y, sobre todo, en los casos en los que la nueva condición experimenta un cambio que no puede reputarse perjudicial”, dicho autor hace referencia a un tercer criterio para determinar la sustancialidad de la modificación, que denomina “criterios vinculados al contexto convencional e individual. La valoración de la sustancialidad de las modificaciones se vincula también a la situación y factores concurrentes en el momento de producirse la modificación, tales como la duración temporal de la misma, efectos sobre el trabajador, etc... Igualmente, deberá tenerse en cuenta el juego del art. 41 ET que establece requisitos específicos de modificación, con independencia de la calificación que pueda hacerse de ésta desde la perspectiva de su intensidad” MERCADER UGUINA, Antonio: “Lecciones de derecho del trabajo”, ed. 9, Tirant lo Blanch, Ob., cit., pág. 523.

¹⁰Los anteriores criterios agrupados por la doctrina se reflejan en la STS de 17 de enero de 2017 que manifiesta que “(...) para que una medida empresarial pueda ser calificada de modificación sustancial de las condiciones de trabajo es preciso que la medida sea relevante y perjudicial para el trabajador, lo que obliga

De lo dicho, se deduce que la mejor forma de analizar los criterios que se toman en consideración para determinar la sustancialidad de la modificación, se ha de estudiar la casuística de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, por lo que a continuación se citarán una serie de sentencias del referido Tribunal a los efectos de trasladar los anteriores criterios abstractos a los casos concretos que se plantean en la práctica¹¹.

Así las cosas, resulta interesante la STS de la Sala 4ª de fecha 6 de febrero de 1995, ya que, aunque se trata de una Sentencia dictada hace algunos años, resuelve un supuesto en el que se considera que no es sustancial la modificación del puesto de trabajo dentro del

a juzgarla en cada caso desde un punto de vista cualitativo y de su alcance temporal. Por ello no lo es, la que tiene carácter ocasional, afecta al 4% de la plantilla, dura cuatro meses y supone ampliar la jornada del día en 15 minutos, sin que se supere con ello la jornada del convenio colectivo y está justificada por la necesidad de dar formación”.

¹¹En relación con el carácter tremendamente casuístico de la sustancialidad de la modificación, es interesante lo indicado por la STS Sala 4ª, de 17 de enero de 2017, nº 36/2017, rec. 2/2016, que se expresa en los siguientes términos literales:

“2. Conviene, seguidamente, recordar la doctrina de la Sala sobre cuando existe una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del ET, pues no toda modificación merece el calificativo de esencial que depende de la entidad del cambio y no de la materia a la que se refiera. Esta doctrina es resumida entre otras, en nuestra reciente sentencia de 12 de septiembre de 2016 (R. 246/2015) en la que se afirma: «En SSTs como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005), 17 abril 2012 (rec. 156/2011) o 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014), entre otras muchas, se sienta doctrina de alcance general sobre qué significa que un cambio sea sustancial. Con arreglo a ella:

Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "iusvariandi" empresarial.

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, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes.

Se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de "modificación sustancial" y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador.

Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones.

Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como "el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados”.

mismo hospital debido a que, según dicha Sentencia: *“La decisión empresarial cuestionada, consistente, como ya se ha dicho, en cambiar de puesto de trabajo a las demandantes dentro del mismo centro hospitalario, llevándoles desde la planta en que trabajaban como pinches a la cocina del mismo hospital, donde habrían de seguir prestando servicios correspondientes a la citada categoría profesional, no constituye en manera alguna la modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores; (...) porque la variación impuesta, limitada al aspecto funcional, no produjo alteración ni transformación en aspectos fundamentales de la relación laboral que vincula a las partes, lo cual, como declara la Sentencia de esta Sala de 3 diciembre 1987, es lo que define el ámbito del citado precepto. El cambio de puesto de trabajo impuesto a las trabajadoras constituyó mera modalización de la prestación de servicios, efectuada desde el respeto de la categoría profesional que ostentaban, dado que las tareas que habían de realizar en su nuevo puesto de trabajo seguían siendo las propias de aquélla, pues así resulta de los hechos declarados probado.”*

No se considera como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo la imposición de nuevos criterios para la determinación de complemento personal voluntario en su concesión y cuantía y, en este sentido, resulta interesante lo señalado por la Tribunal Supremo Sala 4ª, S 21-3-2006, rec. 194/2004, que se expresa en los siguientes términos literales *“(...) Y el complemento personal, voluntario en su concesión y cuantía, es adoptado por la empresa en virtud de los criterios establecidos en el programa que, al no conducir a resultados obligatorios, no tienen otro valor que el orientativo. En consecuencia, la introducción de dos elementos nuevos, o dos criterios más a tener en cuenta, es facultad empresarial, que no ha de ser objeto del período de consultas a que se refiere el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto regula aquellos supuestos en los que se modifican las condiciones existentes”*.

Tampocose considera como una modificación sustancial el establecimiento de un nuevo sistema de control horario y la flexibilidad de la jornada en 40 minutos, y, en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 17-12-2004, rec. 42/2004 *“(...) la instauración de un horario flexible no ha implicado una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Como afirma la sentencia recurrida, el artículo*

17 del Convenio Colectivo, que establece varios tipos de horarios diferentes, no ha sido modificado en el supuesto especial del horario flexible litigioso. Este horario flexible se ha limitado a permitir una flexibilidad en la entrada al trabajo de 30 minutos, o bien un incremento de igual duración en las pausas para la comida o la cena, con la consecuencia lógica de que el trabajador debe compensar su disfrute mediante la prolongación de la jornada del día en que haya utilizado este derecho hasta complementar su jornada ordinaria. Se trata, como afirma la sentencia impugnada, "flexibilidad en su cumplimiento"; flexibilidad horaria, en los términos prefijados, que de otra parte tiene carácter voluntario, y que, naturalmente, exige su control informático dentro de un sistema de organización, al que se refiere el hecho probado quinto de la sentencia recurrida".

O la modificación consistente en retrasar media las horas de entrada y salida del trabajo tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 10-10-2005, rec. 183/2004 que pone de manifiesto que "(...) la modificación impuesta a los trabajadores, consistente en entrar media hora más tarde al trabajo saliendo media hora más tarde, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos y únicamente durante los meses de verano, no puede calificarse de sustancial. No se transforma el contrato. Objetivamente no puede calificarse de más oneroso entrar al trabajo media hora más tarde, ni se ha transformado un aspecto fundamental de la relación laboral".

Finalmente, en el sector de contact center¹² no reviste la condición de modificación sustancial el que al trabajador indefinido con categoría profesional de gestor telefónico se le atribuya una determinada campaña con jornada comprendida en las bandas horarias previstas en el convenio colectivo, aunque ello comporte minoración salarial por los pluses de transporte, nocturnidad y trabajo en domingo. Se trata en definitiva del ejercicio del *iusvariandi* empresarial, expresándose en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 8-11-2011, rec. 885/2011.

Tampoco constituye modificación sustancial, sino ejercicio del *ius variandi* el cambio de servicio de comedor de la residencia de verano (prestación social) ofertada por la empresa a los trabajadores y a sus familias por la prestación de dicho servicio por un

¹²Área centralizada de la empresa desde la que se gestionan y coordinan todas las comunicaciones con sus clientes.

restaurante de la localidad contratado por la empresa, como señala la Tribunal Supremo Sala 4ª, S 22-1-2014, rec. 89/2013.

En lo que se refiere a la modificación del calendario laboral, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 17-1-2007, rec. 3789/2005 indica que *“(...) es conforme a la doctrina de esta Sala sentada, entre otras, en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2003. Esta sentencia recaída en un asunto referente a la modificación de condiciones de trabajo, que determinó un cambio desfavorable para los trabajadores en la concreción de las "horas de ajuste" (horas sobrantes entre horario de trabajo y jornada anual), derivados de la reducción de la jornada convencional y practicada a través del calendario laboral anual, mantuvo que, de acuerdo con el artículo 34.6 ET, "anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada trabajo", y que según la Disposición Adicional 3ª del RD 1561/1995(Reglamento de Jornadas Especiales) "Los representantes de los trabajadores (...) tendrán derecho (...) a ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral", para concluir, tras la previa manifestación de que la modificación de las horas de reajuste no constituye una modificación de horario insignificante o de escasa importancia, sino de que el cambio de un criterio de distribución de esta masa de horas a otro distinto y menos favorable para el trabajador no puede calificarse de no sustancial o escasamente significativo";* y en el mismo sentido la STS de 16 de septiembre de 2005, declaró que la modificación del régimen de trabajo y descanso en fines de semana, que tradicionalmente venían disfrutando los trabajadores del Centro de Transformación de la Comunidad de Madrid, debía llevar a la administración, que varió unilateralmente este régimen, a acudir a la vía prevista en el artículo 41 ET. Igualmente, la STS de 8 de enero de 2000, ha considerado como modificación sustancial de las condiciones de trabajo la modificación por la empresa telefónica *"unilateralmente y sin justificación de los turnos de noche, guardias y desplazamientos", sin acreditar la existencia de una causa legal, que actúe como factor determinante de la modificación"*.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 16-9-2005, rec. 2220/2004 señala que *“(...) el colectivo de auxiliares de clínica afectado, tradicionalmente habían venido descansando alternativamente el sábado y el domingo de una semana y el*

domingo de la siguiente. Esa regulación tradicional y continuada de su jornada, que afectaba a todo el personal laboral del centro, tenía una evidente y no negada naturaleza colectiva, y se refería tanto al horario como a la jornada, razón por la que, si la demandada pretendía su modificación, tal y como se advierte en la sentencia de contraste, el Servicio Madrileño de Salud debió cumplir con la exigencia prevista en el artículo 41.4 ET, e iniciar previamente el período de consultas con los representantes de los trabajadores con el contenido que exige la repetida norma. No se trataba por tanto de una simple reorganización consistente en atribución individual de jornadas laborales que pudiese autorizar el artículo 21.5 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, sino de dejar sin efecto las condiciones colectivas de trabajo establecidas en el Centro, actuación para la que era exigible el cumplimiento de los referidos trámites”.

4. CONDICIONES DE TRABAJO SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIÓN

El segundo inciso del apartado primero del artículo 41 del ET contiene una relación de las materias que pueden ser objeto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, señalando que *“tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:*

- 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) Sistema de trabajo y rendimiento.*
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.*

En relación con el anterior listado establecido en el art. 41 del ET, es coincidente la doctrina y la jurisprudencia al considerar que del inciso “entre otras” se deduce que dicho

listado no es exhaustivo, sino que, por el contrario, contiene una relación de condiciones meramente ejemplificativa¹³ con lo que la modificación puede afectar a otras condiciones distintas de las enumeradas en el citado artículo¹⁴.

Cabe señalar que, con respecto a las condiciones modificables, éstas pueden tener un origen contractual, entre las que se incluirían tanto las pactadas expresamente en el contrato de trabajo o en un momento posterior, como las disfrutadas a título individual por los trabajadores como condiciones más beneficiosas (sirva como ejemplo de lo dicho lo manifestado por la STSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-10-2005, nº 2525/2005, rec. 1842/2005).

Las condiciones de trabajo objeto de modificación también pueden tener como origen el acuerdo o pacto colectivo (véase lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 15-1-2001, rec. 228/2000).

Por último, podrán ser objeto de modificación aquellas condiciones que traigan causa de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, como las condiciones

¹³En este sentido, se puede citar la STS Sala 4ª, sec. 1ª, de 25-11-2015, rec. 229/2014 que señala literalmente, lo siguiente: *“la jurisprudencia de la Sala, desde antiguo, ha venido señalando que para determinar el carácter sustancial o no de la modificación no puede acudirse simplemente a la lista que incorpora el apartado primero del artículo 41 ET dado que se trata de una lista ejemplificativa y no exhaustiva de suerte que el mencionado listado no incorpora todas las modificaciones que pueden ser sustanciales ni tampoco atribuye el carácter de sustancial a toda modificación que afecte a alguna de las condiciones listadas; en definitiva, la aplicación del artículo 41 ET no está referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la necesidad de que sea sustancial la modificación (SSTS de 3 de abril de 1995, rec. 2252/1994 y de 9 de abril de 2001, rec. 4166/2000) entre otras.”*

¹⁴Sobre esta cuestión se pronuncian MARTÍN VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y GARCÍA MURCIA que señalan que *“por la densidad y variedad de la lista expresamente utilizada por el artículo 41 ET, no es fácil identificar otras condiciones que también pudieran o debieran quedar sujetas a esta regulación, aunque podrían citarse a tales efectos los cambios que afecten a la sede de la empresa o de sus instalaciones, al sistema de formación profesional, al régimen de permisos o al sistema de ascensos, por citar algunos de los que con cierto fundamento pueden equipararse a los allí citados. Por otro lado, también resulta complicado acotar con precisión el alcance de los distintos pasajes que componen la lista de referencia, pues no es del todo claro el espacio que quieren buscar. No hay certidumbre acerca de su la alusión a la jornada de trabajo remite a su duración, a su modalidad o a ambos extremos, acerca de si la “distribución” del tiempo de trabajo remite tan sólo al calendario o también a la posibilidad de introducir criterios de flexibilidad en la fijación de los tiempos de trabajo y descanso a lo largo del año, o acerca del concepto de “remuneración” aquí utilizado, que parece ser más amplio que el de “salario” del artículo 26.1ET (TS 4 de abril de 2006), por poner sólo unos ejemplos. El cambio de fecha de devengo de las pagas extraordinarias debe ser pactado con los trabajadores y no puede considerarse incluido en el poder discrecional del empresario (TS 22 de noviembre de 2010). MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Derecho del trabajo”, ed. 23, ob, cit, p.739.*

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. Igualmente son modificables por esta vía las condiciones contenidas en un convenio extraestatutario (véase, a tal efecto, lo dispuesto por las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4ª, S 23-10-2012, rec. 594/2012; de fecha 22-7-2013, rec. 106/2012 y de fecha 23-10-2015, rec. 169/2014).

En definitiva, como sintéticamente resume SALA FRANCO con respecto al listado de condiciones modificables establecido en el art. 41 ET, se puede señalar que *“ni son todas las que están ni están todas las que son”*¹⁵, siendo esta expresión tan gráfica utilizada también por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹⁶.

Por el contrario, el mismo autor indica que no entrarán en el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones del trabajo *“aquellas condiciones que expresamente tengan establecido por ley un procedimiento de modificación distinto. Tal sucede con el periodo de disfrute de las vacaciones (art. 38.2 ET), con el aumento de la jornada laboral mediante la realización de horas extraordinarias (art. 35.4 ET), con los traslados y desplazamientos del lugar de trabajo (arts. 40 y 41.5 ET) o con la movilidad funcional salvo la extraordinaria (art. 39 ET).”*¹⁷

Además, se ha de excluir del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones del trabajo aquellas condiciones que se encuentran reguladas en un convenio colectivo estatutario, la naturaleza normativa de la fuente impone la necesidad de acudir al procedimiento de descuelgue o inaplicación previsto legalmente (como ejemplo de lo dicho, pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 11-12-2013, rec. 40/2013; y de la Audiencia Nacional Sala de lo Social, sec. 1ª, de 28-11-2012, nº 149/2012,

¹⁵ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros, “Compendio de Derecho del Trabajo, Tomo II, Contrato Individual”, ed. 4, Tirant lo Blanch, Ob., Cit., p. 245.

¹⁶Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 26-4-2006, rec. 2076/2005.

¹⁷ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros, “Compendio de Derecho del Trabajo, Tomo II, Contrato Individual”, ed. 4, Tirant lo Blanch, Ob, Cit, p. 244.

rec. 205/2012 y Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 29-11-2017, nº 971/2017, rec. 23/2017)¹⁸.

Así las cosas, una vez que, se han delimitado las condiciones de trabajo modificables con respecto a su origen, y se ha podido comprobar que, el listado del art. 41 del ET no es, en modo alguno, una relación exhaustiva, conviene, atendiendo al carácter casuístico de todas las cuestiones que se refieren a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, estudiar ciertos supuestos ejemplificativos en relación con cada una de las condiciones a las que se refiere el art. 41 del ET, todo ello sin perjuicio del carácter abierto de dicho listado al que se ha hecho referencia.

4.1. Jornada de trabajo

Se ha de partir del hecho de que, la jornada, bien sea diaria, semanal o anual, se identifica con el número de horas a trabajar dentro del lapso temporal de que se trate, entendiéndose, por horario de trabajo la distribución en las horas del día de la jornada de trabajo (STSJ Canarias (Las Palmas) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-3-2011, nº 323/2011, rec. 1486/2010)¹⁹. Por tanto, la jornada viene determinada por dos elementos: su duración y distribución debiendo diferenciarse del horario de trabajo en cuanto que éste se concreta en la distribución diaria de la jornada de trabajo.

¹⁸Sobre esta cuestión apunta MERCADER UGUINA que *“la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la STS 6-10-2009 justifica este diferente tratamiento en la naturaleza jurídica de los convenios colectivos y los pactos extraestatutarios, que se materializa, además de en la exigencia de diferentes requisitos para la validez de uno y otro, en la diferencia de efectos de una y otra forma de regulación de las relaciones. De ello se concluye que, mientras que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores solo podrá producirse de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto a las materias que autoriza, la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario una vez finalizado el periodo de consultas que establece el art. 41.4 ET”*. MERCADER UGUINA, Antonio: *“Lecciones de derecho del trabajo”*, ed. 9, Tirant lo Blanch, Ob., cit., pág. 520.

¹⁹Resulta interesante al respecto la sentencia del TSJ Andalucía (Málaga) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 23-3-2006, nº 949/2006, rec. 406/2006, que señala literalmente que *“conviene tener presente la diferencia entre jornada y horario de trabajo. Así, se ha mantenido que la jornada laboral viene determinada por dos elementos: su duración y distribución, mientras que la función del horario laboral es, exclusivamente, determinar los momentos precisos en que cada día se ha de entrar y salir al trabajo, según la jornada (TSJ Valladolid 5-5-98).”*

Una vez determinado el concepto de jornada, la modificación sustancial de la misma se puede concretar en un aumento o en una reducción de la jornada de trabajo, debiendo tenerse en cuenta que, como regla general, no se considerará una modificación sustancial de la jornada aquellos aumentos o reducciones de la misma que no afecten a las retribuciones²⁰ por lo que, *sensu contrario* se ha de interpretar como una modificación sustancial de la jornada de trabajo toda aquella que afecte a las retribuciones del trabajador, sin perjuicio de que, como se está reiterando a lo largo del presente trabajo, nos encontramos en un terreno en el que la casuística es de gran importancia, sin que *a priori* se pueden establecer reglas generales de carácter absoluto sobre ninguna cuestión.

En el sentido apuntado, por lo que se refiere a la reducción de la jornada, se ha de indicar que, dicha reducción, se limita en gran parte por lo dispuesto en el artículo 12.4.e del ET²¹, que imposibilita la conversión por voluntad unilateral del empresario de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial²². Igualmente, también limita esta facultad el artículo 47.2 del ET²³. La imposición unilateral de jornada reducida (con

²⁰STSJ Canarias (Las Palmas) Sala de lo Social, sec. 1ª, de 17-3-2011, nº 323/2011, rec. 1486/2010.

²¹Art. 12.4 e) ET: “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo 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 el artículo 41.1.a). 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), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.”

²²El contrato a tiempo parcial se define en el artículo 12.1 del ET, que señala que “1. El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.”

El anterior precepto ha de ser completado, por consiguiente, con lo dispuesto en el art. Art. 34.1 ET que dispone que: “La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”. Por lo tanto, la jornada diaria, límite máximo 8 horas diarias, la jornada semanal, límite máximo 40 horas 6semanales, o la jornada anual, límite máximo de 1826 horas anuales.”

²³Art. 47. 2 ET: “2. 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 diez y un setenta por ciento de la jornada de

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 del 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 requiere de la voluntad concorde del trabajador (Tribunal Supremo Sala 4ª, de 14-5-2007, rec. 85/2006; Tribunal Supremo Sala 4ª, Aut de 19-2-2014, rec. 2460/2013; TSJ Aragón Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-4-2015, nº 227/2015, rec. 221/2015).

Por lo tanto, dentro de las posibilidades existentes en relación con la modificación sustancial de la jornada de trabajo nos encontramos ante un amplio abanico de posibilidades, debiendo acudir al caso concreto para determinar si nos encontramos ante una modificación sustancial partiendo de que, generalmente, será sustancial toda modificación de jornada que implique una modificación de las retribuciones.

Consecuentemente, y a modo de ejemplo, el empleador tendría la posibilidad de variar del momento en el que el trabajador desempeña sus servicios, pudiendo producirse una modificación en los días o la fracción diaria. De esta manera, por ejemplo, existiría la posibilidad de que por parte del empleador se modifique la jornada a un trabajador que generalmente efectúe una jornada de lunes a viernes podrá, siempre y cuando respete los descansos previstos en la normativa legal podrá además modificarse los días de prestación de servicios, pudiendo pasar el trabajador a realizar una jornada de lunes a viernes a una jornada de martes a sábado.

Y por supuesto, esta norma además permite al empresario, modificar la distribución de la jornada, no solo en los parámetros que hemos visto hasta ahora, sino incluso, introducir lo que se conoce como distribución irregular de la jornada²⁴.

trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor.”

²⁴Artículo 34.2 ET Distribución Irregular de la Jornada: “*Mediante convenio colectivo, o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución de la*

Así las cosas, por ejemplo, no se ha considerado modificación de la jornada laboral que en el caso de los controladores aéreos se dedicase por alguno de ellos, durante el periodo de cuatro meses, 5 minutos antes del inicio de su jornada y 10 minutos al finalizar la misma a labores de instrucción, considerando el TS que en estos casos no se puede considerar un incremento sustancial de jornada tanto por la escasa entidad de la misma como por la corta duración de la medida en el tiempo ya que, como se ha dicho, la modificación únicamente se iba a prolongar por espacio de cuatro meses²⁵.

Por el contrario, se ha considerado como modificación sustancial de la jornada la reducción de jornada en 8 minutos diarios, pasando de 219 a 222 el número de días laborables²⁶.

4.2 Horario y distribución del tiempo de trabajo.

Como se ha visto en el anterior apartado, la jornada y el horario de trabajo son condiciones que guardan ciertas semejanzas y, cuyos contornos, en ocasiones, pueden parecer algo confusos, pudiendo identificarse ambas, de forma resumida, en el sentido de que la jornada de trabajo se identifica con el número de horas a trabajar dentro del lapso temporal de que se trate, mientras que el horario es la distribución diaria de dicha jornada de tal manera que, como tiene declarado la jurisprudencia, el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que en cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida²⁷

Así las cosas, en principio, la modificación del horario del horario de trabajo se trata de una cuestión que es competencia del empleador en ejercicio de su poder de dirección y

jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por 100. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos 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”.

²⁵Véase al respecto, por ejemplo, lo señalado en la Sentencia Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17-1-2017, nº 36/2017, rec. 2/2016.

²⁶TSJ Navarra Sala de lo Social, sec. 1ª, de 18-7-2005, nº 255/2005, rec. 204/2005.

²⁷Audiencia Nacional Sala de lo Social, sec. 1ª, de 28-7-2014, nº 137/2014, rec. 143/2014.

organización de la actividad laboral y que, como ocurre con el resto de condiciones que pueden ser objeto de modificación, deberá sujetarse al procedimiento previsto en el art. 41 ET en aquellos casos en los que se trate de una modificación unilateral por parte del empresario en la que concurra alguna de las causas previstas por el citado artículo y siempre que, por supuesto, se trate de una modificación que sea sustancial, en los términos que se han expuesto y teniendo en cuenta que se trata de una cuestión enormemente casuística.

A modo de ejemplo, se ha considerado como una modificación sustancial del horario de trabajo, la variación del sistema de calendario de vacaciones establecido en convenio colectivo²⁸, la sustitución de un sistema de cómputo de la jornada diaria por otro de carácter semanal²⁹, la ampliación de 22 a 63 los domingos y festivos de apertura del centro de trabajo³⁰, pasar de jornada continuada a horario partido³¹, empezar y acabar la

²⁸Tribunal Supremo Sala 4ª, S 5-6-2009, rec. 90/2008.

²⁹Tribunal Supremo Sala 4ª, S 17-4-2012, rec. 156/2011.

³⁰Tribunal Supremo Sala 4ª, S 13-3-2014, rec. 80/2013.

³¹En relación con esta modificación, cabe señalar que es de las que más se produce en la práctica en lo que se refiere a la modificación del horario, resultando de interés al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 28-2-2007, rec. 184/2005, que señala lo siguiente: *"(...)la naturaleza sustancial de tal modificación no puede ser negada "si se tiene en cuenta que, cual se recoge en el hecho probado tercero de la sentencia que se recurre (y así lo refleja el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional) se pasaba de un régimen horario que suponía una jornada diaria continuada de mañana salvo los jueves, a un régimen de jornada partida aplicable a todos los días de la semana, excepto los viernes (pues de un horario generalizado que según el art. 36 del Convenio era de 8 a 15 horas de lunes a viernes salvo el jueves que era de ocho a catorce treinta y de dieciséis treinta a veinte horas, aunque sin horario de tarde del jueves desde el 1 de junio al 30 de septiembre, se pasaba a trabajar de lunes a jueves de 9.00 a 15.00 horas, y de 17.00 a 18.45, y los viernes de 9.00 a 15.00 horas que se introdujo por decisión empresarial aceptada) y en este sentido no puede negarse que la modificación es sustancial, de conformidad con la reiterada doctrina de esta Sala manifestada en SSTs como las de 11 de diciembre de 1997 (Rec.- 1281/97), 22 de septiembre de 2003 (Rec.- 122/02), o 10 de octubre de 2005 (Rec.- 183/04), con cita de otras anteriores en el mismo sentido, en todas las cuales, unas veces para calificar la modificación horaria como sustancial y en otras para considerarla accidental ha declarado que "por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista 'ad exemplum' del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del 'ius variandi' empresarial". A tal efecto, una modificación horaria como la producida no puede por menos de calificarse de sustancial aplicando tales criterios, pues no cabe duda de que se trata de un horario más gravoso y notoriamente distinto del anterior, en cuanto que se traduce nada menos que en la sustitución de un horario en jornada continuada por un horario en jornada partida con todas las implicaciones que ello puede acarrear en términos de horas ya no de trabajo sino de dedicación del trabajador al servicio de la actividad empresarial".*

No obstante lo anterior, lo cierto es que no toda modificación del horario en este sentido ha sido considerada como sustancial, y así, por ejemplo, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, no se ha

jornada durante el verano, media hora más tarde, sin modificar la posibilidad de utilizar el transporte público³², retrasar en menos de una hora la entrada y salida al trabajo³³

Por el contrario, y también como ejemplo de la gran diversidad de supuestos que se plantean en la práctica, se puede señalar que no se ha considerado como una modificación sustancial un supuesto en el que la empresa incrementa la jornada diaria de trabajo en 7,5 minutos al establecer que los minutos del "descanso para el bocadillo" no es tiempo de trabajo efectivo³⁴, tampoco se ha considerado como sustancial el cambio de horario en 10 minutos debido al aumento del descanso para comer, saliendo también 10 minutos más tarde³⁵.

4.3 Régimen de trabajo a turnos

Entre las condiciones de trabajo relacionadas en el artículo 41 del ET se encuentra el régimen de trabajo a turnos, considerándose, como trabajo a turnos toda forma de organización de trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, lo que implica para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas³⁶.

Como en el resto de materias a las que se hace referencia en el art. 41 ET, nos encontramos con que el carácter sustancial de la modificación habrá de valorarse caso por caso, pero no obstante a modo de ejemplo, la jurisprudencia ha considerado como

considerado sustancial la modificación del horario en el caso de los profesores de religión en Madrid y Andalucía, al considerar que la jornada y el horario de dichos profesores dependen del hecho de que la asignatura de religión, aunque es de oferta obligatoria en los centros de enseñanza, es de carácter voluntario para los alumnos, lo que conforme a la demanda de la asignatura, puede incidir en el horario y jornada de los profesores, siendo de aplicación la Disp.adic.3ª de la LO 2/2006 y el RD 696/2007. (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 19-7-2011, rec. 135/2010).

³²Tribunal Supremo Sala 4ª, S 10-10-2005, rec. 183/2004.

³³Tribunal Supremo Sala 4ª, S 6-10-2008, rec. 177/2007.

³⁴TS, Sala Cuarta, de lo Social, 13-7-2017, frente a lo dicho por esta Sentencia nos encontramos con lo expuesto por la TSJ País Vasco 27-9-06 que consideró que la supresión de lo que se conoce como "descanso del bocadillo" era tiempo de trabajo, de los viernes entendiendo que esta modificación tenía carácter sustancial.

³⁵Sentencia Tribunal Supremo Sala 3ª, S 2-2-1994, rec. 392/1993.

³⁶La anterior definición se deduce de lo dispuesto en el art. 36.3 del ET y en el art. 19 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo.

modificación sustancial, la supresión de varios turnos como consecuencia de la reducción de una contrata³⁷; así como pasar de realizar un turno fijo a un sistema de turnos rotativos³⁸. Por el contrario, no se ha considerado como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por ejemplo, la alteración del turno de una trabajadora llevada a cabo por la empresa en cumplimiento de la normativa de prevención³⁹.

4.4 Sistema de remuneración y cuantía salarial

En lo que se refiere al sistema de remuneración y a la cuantía salarial, cabe señalar que, conforme a lo declarado por la jurisprudencia, no se trata de conceptos equivalentes y, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera el sistema de remuneración como un concepto más amplio que la cuantía salarial⁴⁰, sirviendo como ejemplo lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 4-4-2006, rec. 111/2005, que declara que *“con independencia de que este texto legal, al utilizar la expresión "entre otras", no establece una lista cerrada de modificaciones sustanciales, lo cierto es que la medida aquí discutida afecta al sistema de remuneración, pues como ha señalado la sentencia de esta Sala de 27 de junio de 2005 (recurso 94/04), "el concepto de 'remuneración' es más amplio que el de salario ex art. 26.1 del ET, pues, en lengua castellana, 'remunerar' significa tanto como pagar o retribuir, conceptos éstos últimos que equivalen (Diccionario de Uso del Español) a entregar a una persona dinero 'u otra cosa' por un trabajo o un 'servicio realizado' o por cualquier otra causa. Así pues, de la remuneración también forman parte las 'indemnizaciones o suplidos por los gastos*

³⁷Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 12-7-2013, rec. 89/2012.

³⁸Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 3ª, de 2-3-2016, nº 135/2016, rec. 5/2016.

³⁹Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 18-12-2013, rec. 2566/2012.

⁴⁰Una definición interesante de lo que se conoce como sistema de remuneración se contiene en la Sentencia del TSJ de Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, de 20-10-2005, nº 8000/2005, rec. 5653/2004 que señala que *“cuando el art. 41.1º letra d) del Estatuto de los Trabajadores incluye entre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo las que afecten al "sistema de remuneración", se está refiriendo a 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.”*

realizados como consecuencia de su actividad laboral' a los que hace mención el apartado 2 del citado art. 26 y que, conforme al mismo, no tienen la consideración legal de salario”

Es importante tener en cuenta que, la distinción entre sistema de remuneración y cuantía salarial no es una cuestión baladí, ya que la mención expresa a la cuantía salarial fue introducida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, siendo la cuantía salarial, hasta ese momento, una cuestión que como regla general se consideraba ajena a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin que pudiera afectar la modificación del sistema de remuneración a la cuantía del salario⁴¹.

⁴¹Con respecto a esta cuestión, tras la reforma introducida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, se produjo un intenso debate jurídico que se plasmó en la jurisprudencia, que concluyó que, antes de la inclusión del inciso cuantía salarial entre las condiciones modificables, no era posible la modificación de la referida cuantía por la vía del art. 41 ET. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 12-6-2013, rec. 103/2012, que señaló lo siguiente *“Pues bien, no hay duda que la "modificación de la cuantía salarial", afecta al núcleo duro, básico, esencial y definitorio de la misma esencia o naturaleza laboral del contrato, de tal modo que, teniendo el derecho del trabajador "a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia", incluso rango constitucional (artículo 35.1 ET), nuestro ordenamiento jurídico laboral le otorga la máxima protección, hasta el punto de permitir la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, con la máxima indemnización legal, en supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado (artículo 50.1.b) del E.T.). De ahí, que la jurisprudencia haya sido muy cautelosa al respecto, y esta Sala, al no estar específicamente prevista la alteración salarial en el redactado del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, en la normativa anterior al Real Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012, no ha estimado que pudiera ser materia que pudiera dar lugar a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque si la modificación de la estructura salarial (sentencia de 06-05- 1996. recurso 2682/1995). (...)*

Sin embargo, en la sentencia más reciente de 5 de junio de 2012 (recurso casación 95/2011), si nos hemos enfrentado ya directamente con la problemática aquí planteada, es decir, la repetida de si el redactado del artículo 41.1 del ET anterior al Real Decreto Ley 3/2012 y Ley 3/2012, que para el presente caso lo estableció la Ley 35/2010, incluía como materia susceptible de ser modificada por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la cuantía del salario, y hemos dado a esta cuestión respuesta negativa. Señalamos en esta sentencia que: "La interpretación de lo que deba entenderse por "sistema de remuneración" en el texto estatutario vigente en el caso de autos, anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, puede abordarse a través de las tres vías hermenéuticas habituales, la literal, la sistemática y la histórica. Literalmente, "sistema de remuneración" no equivale a "cuantía de la remuneración". Y desde el punto de vista tanto histórico como sistemático, cuando el legislador quiso autorizar la posibilidad de disminuir la cuantía salarial lo hizo introduciendo un nuevo mecanismo, el del descuelgue salarial, completamente distinto y con requisitos más rigurosos que los de la modificación sustancial. Y, en fin, cuando más recientemente ha decidido abrir la posibilidad de alterar la cuantía salarial mediante el procedimiento del artículo 41 ET , lo ha hecho a través del Real Decreto-ley 3/2012 citado, añadiendo en el artículo 41.1,d) las palabras "y cuantía salarial" a las ya existentes anteriormente "sistema de remuneración", prueba inequívoca de que son dos cosas diferentes y de que para que la modificación de la cuantía salarial fuera posible por la vía del artículo 41 ET ha sido necesaria una modificación legislativa que no se hallaba en vigor en el caso de autos.”

Nos encontramos en este punto con una reforma que afectó a los derechos de los trabajadores debido a que se incluyó la posibilidad de modificar la cuantía salarial por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo mientras que antes era necesario seguir el procedimiento de descuelgue admitiéndose, tras la reforma, la posibilidad de reducir la cuantía salarial por decisión unilateral del empleador.

Aunque es cierto que en ocasiones se había aceptado la reducción de las retribuciones por la vía del sistema de remuneración es igualmente cierto que con carácter general se excluía la posibilidad de reducir el salario por la vía de la modificación unilateral, con lo que la reforma introducida vino a clarificar la cuestión en el sentido de permitir la reforma peyorativa de la cuantía salarial por la vía procedimental del art. 41 del ET.

Sin perjuicio del anterior comentario crítico, lo cierto es que de la redacción actual del precepto se deriva la posibilidad de modificar sustancialmente tanto el sistema de remuneración como la cuantía salarial, por lo que se hace preciso que, tal y como se está llevando a cabo en el resto de condiciones que pueden ser objeto de modificación, se citen algunos supuestos que pueden servir de ejemplo sobre lo que se ha considerado como modificación sustancial, o no, del sistema de remuneración y cuantía salarial.

Así las cosas, en lo que se refiere al sistema de remuneración se considera modificación sustancial, por ejemplo, la variación unilateral introducida en el pago del plus función transformando la retribución fija por una cuantía variable según objetivos⁴²; el cambio de fecha en el abono del salario mensual (del 30 al 15 del mes siguiente)⁴³; o la modificación en la forma de aplicar el disfrute del descuento en compras (que se considera salario en especie) que, realizándose mediante una tarjeta de fidelización, se sustituye por la obligación de suscribir por parte de los trabajadores un contrato con un entidad financiera y de pagar con la tarjeta que la misma facilite⁴⁴.

⁴²Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20-1-2009, rec. 133/2007.

⁴³Sentencia TSJ La Rioja Sala de lo Social, sec. 1ª, de 27-3-2006, nº 108/2006, rec. 115/2006.

⁴⁴Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 23-1-2018, nº 42/2018, rec. 49/2017; Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 3-10-2017, nº 746/2017, rec. 184/2016 y Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 21-9-2017, nº 706/2017, rec. 47/2016, entre otras.

Por el contrario, no se ha considerado como una modificación del sistema de remuneración con carácter sustancial, por ejemplo, la modificación operada en el sistema de pago de los gastos y suplidos contraídos por los trabajadores por cuenta de la empresa, implementando uno nuevo por el que los gastos deberían efectuarse mediante una tarjeta de crédito⁴⁵ o la implementación de un nuevo sistema de control empresarial de las dietas⁴⁶ o la reducción del porcentaje de descuentos en la compra de dos concretos artículos, aplicable a los trabajadores de la empresa⁴⁷.

Con respecto a la cuantía salarial, como se ha expuesto, se admite la modificación peyorativa del salario por la unilateral voluntad del empleador, aunque siempre con el límite la retribución prevista en el convenio colectivo; o lo que es igual, la exclusiva decisión empresarial únicamente alcanza, en lo que al salario se refiere, a las cuantías que el trabajador perciba como mejora del convenio⁴⁸.

Resulta ilustrativa, como ejemplo de una reducción de la cuantía salarial que no se considera justificada por el TS, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 12-11-2015, rec. 182/2014 que considera que no está justificada ni es razonable una medida de reducción de un 45% de determinados conceptos salariales, al no acreditarse ningún dato de índole económica, técnica, organizativa o productiva que sirva de soporte a dicha medida, valorándose que la empresa ha tenido cuantiosos beneficios.

4.5 Sistema de trabajo y rendimiento

Si hay una condición de las relacionadas en el artículo 41 en relación con la que en mayor grado habrá que estar al caso concreto para valorar el carácter sustancial de la modificación de la misma es el sistema de trabajo y rendimiento.

⁴⁵Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 22-7-2013, rec. 106/2012.

⁴⁶Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17-10-2017, nº 812/2017, rec. 181/2016.

⁴⁷Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, sec. 1ª, S 25-11-2015, rec. 229/2014.

⁴⁸Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 7-7-2016, nº 639/2016, rec. 188/2015 y, en similar sentido Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 27-1-2014, rec. 100/2013.

Así las cosas, a modo de ejemplo se puede señalar que se ha considerado como modificación sustancial del sistema de trabajo y rendimiento, entre otras, el aumento de la prestación, aunque no exista en la empresa un sistema de trabajo a rendimiento, como sucede si se incrementa un 20% el número de pases de los artistas en un Parque de Atracciones en perjuicio de la calidad⁴⁹, o se eleva en un 25% el número de habitaciones a realizar por las camareras de pisos en un establecimiento hotelero), o establecen unilateralmente un requisito adicional de ventas para el cobro del anticipo sobre la retribución variable⁵⁰, o el montaje de ascensores por un solo trabajador cuando antes lo hacían entre dos⁵¹.

Igualmente, se ha considerado como modificación sustancial del sistema de trabajo por equipos, alterando unilateralmente el número de trabajadores adscritos por acuerdo con el Comité de Empresa a un determinado sistema de trabajo⁵².

Del mismo modo, se ha considerado como una modificación del sistema de trabajo, el incremento del rendimiento debido. En especial, se considera modificación sustancial del sistema de trabajo y rendimiento la revisión de tiempos y rendimientos en los siguientes supuestos: la aprobación unilateral de una nueva tabla de rendimientos para los conductores de vehículos cisterna, con reducción de los tiempos de viaje⁵³, o; la revisión de tiempos y rendimientos derivada de una nueva medición que incide directamente en los índices de rendimiento y en la cuantía de la retribución⁵⁴.

⁴⁹Sentencia del TSJ Cataluña Sala de lo Social, de 22-4-2002, nº 3283/2002, rec. 8702/2001.

⁵⁰Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20-1-2009, rec. 4512/2007

⁵¹Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Social, sec. 1ª, de 5-7-2005, nº 68/2005, rec. 178/2004.

⁵²TSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Social, de 22-7-1998, nº 2125/1998, rec. 1472/1998.

⁵³Sentencia del TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, de 3-12-1996, nº 3003/1996, rec. 3461/1996.

⁵⁴Sentencia del TSJ Castilla y León (Burgos) Sala de lo Social, sec. 1ª, de 23-2-1996, nº 210/1996, rec. 1154/1995.

4.6 Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.

En relación con la modificación de las funciones, atendiendo al contenido del art. 39 del ET, y tal y como señala MERCADER UGUINA será sustancial cuando la empresa altera las funciones del puesto de trabajo sin respetar la titulación académica y la pertenencia al grupo profesional del trabajador afectado, y será ordinaria cuando, conforme a lo previsto en el art. 39.1 del ET, se respeten ambas limitaciones⁵⁵.

Así las cosas, el artículo 39 ET define la movilidad funcional, entendiendo esta como la potestad que tiene el empresario, de manera unilateral, de cambiar a un trabajador de puesto de trabajo.

En este sentido, tal y como se ha expuesto, el legislador ha establecido una serie de límites a la hora de desarrollar la movilidad funcional vía artículo 39 ET, pudiendo dividirse éstas en movilidad ordinaria u horizontal, en la que se modifica el puesto de trabajo, pero se mantiene el grupo profesional del trabajador o lo que se conoce como una movilidad funcional extraordinaria, en la que se modifica el grupo profesional del trabajador.

En todo caso, de la lectura del art. 39 ET se desprende que el trabajador ha de estar en posesión de la titulación académica o profesional que le habilite para el nuevo puesto de trabajo y, además, se ha de respetar, en cualquier caso, la dignidad del trabajador pero, en el caso de la movilidad funcional extraordinaria (a funciones de carácter superior o inferior al grupo profesional que venía ocupando el trabajador), se exige, además, la existencia de razones técnicas u organizativas que justifiquen la modificación, estando limitada temporalmente la modificación por el tiempo imprescindible para su atención, debiendo el empresario deberá comunicar su decisión y las razones de esta a los representantes de los trabajadores, estableciendo el citado artículo 39 una serie de derechos para los trabajadores que se vean afectados por una modificación funcional dentro de los límites del citado artículo.

⁵⁵MERCADER UGUINA, Antonio: “Lecciones de derecho del trabajo”, ed. 9, Tirant lo Blanch, Ob., cit., p. 519.

Una vez que se han perfilado sintéticamente los límites de la movilidad funcional prevista en el art. 39 ET, el apartado cuarto de dicho artículo señala que *“el cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”*.

Por ello, en el caso de las modificaciones funcionales, se considerarán sustanciales, todas aquellas que se planteen de forma unilateral por el empresario y que, por sus características, excedan los límites previstos en el art. 39. En este sentido, por ejemplo y en principio, se consideraría sustancial una modificación de funciones de carácter indefinido (recordemos que el art. 39 habla de modificaciones *“por el tiempo imprescindible para su atención”*) o una modificación de funciones que se ampare en causas económicas, ya que, como se ha podido comprobar, la vía del artículo 39 ET solo se refiere a causas organizativas y técnicas.

No obstante, como se ha venido reiterando, el catálogo de modificaciones es muy variado y para valorar el carácter sustancial de las mismas, se tendrán que tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

5. CAUSAS JUSTIFICATIVAS

El artículo 41 ET comienza estableciendo que *“la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”*, considerando dichas razones *“las que estén relacionadas con la competitividad, productividad y organización técnica o del trabajo en la empresa”*.

En relación con las mencionadas causas, el artículo 41 ET no contiene una definición de las mismas por lo que se ha de acudir a otros preceptos de la norma estatutaria para llevar a cabo una interpretación de las causas contenidas del mencionado artículo.

En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 22-1-2015, nº 8/2015, BOE 47/2015, de 24 de febrero de 2015, rec. 5610/2012 en la que

sostiene que en la interpretación del art. 41 ET se puede tomar en consideración la definición de las razones económicas, técnicas, organizativas y de producción que se lleva a cabo en otros preceptos de la norma estatutaria (ETart.47, 51 y 82.3), otorgando, de esta manera, suficientes elementos valorativos para la realización de un control judicial pleno y efectivo de la aplicación de la norma.

De esta forma, nos encontramos con que, en base a este planteamiento del TC, parece apuntarse a la exigibilidad de los mismos presupuestos de pérdidas, disminución de ingresos y cambios a que se refieren aquellos preceptos del ET.

No obstante, la anterior jurisprudencia ha de ser completada con la jurisprudencia del TS que, aunque coincide en que para la interpretación de las causas previstas en el art. 41 ET, es posible acudir a los mencionados preceptos del ET que sí que ofrecen una definición de las mismas, considera que el nivel de exigencia no puede ofrecer la misma intensidad en las modificaciones sustanciales que en los otros supuestos, ya que el TC atribuye un valor meramente orientativo a los preceptos a que se remite. En definitiva, tras la interpretación constitucional del precepto examinado, entiende el TS que las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo no se han de presentar como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos económico, productivo, técnico u organizativo que el precepto mencionado contempla⁵⁶.

En consecuencia, aunque con matices, y con un valor meramente orientativo, se puede tomar en consideración la definición que, de las causas contenidas en el art. 41 del ET, se lleva a cabo en otros preceptos del ET, por lo que en base a lo manifestado en la jurisprudencia antes citada, se procederá a llevar a efecto una breve definición de cada una de las causas para, a continuación, analizar otras cuestiones relevantes en relación con la concurrencia de las causas y, en especial, el alcance del control que los tribunales de justicia pueden realizar de las mismas.

⁵⁶Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 23-10-2015, rec. 169/2014; Sentencia Tribunal Supremo Sala 4ª, de 16-9-2015, rec. 230/2014; Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 16-7-2015, rec. 180/2014.

5.1 Económicas

Como se ha dicho, el artículo 41 no define en ninguno de sus apartados qué debe considerarse como causas económicas que puedan justificar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por lo que ha sido tarea de los tribunales definir qué puede ser considerado por estos como causas económicas.

Para ello, la doctrina jurisprudencial, como se ha expuesto, ha trasladado, con carácter orientativo, la definición de causa económica descrita en los artículos 51.1 y 82.3ET, que definen de la misma forma las causas económicas, diferenciándose únicamente en el tiempo de referencia marcado en ambos preceptos.

En concreto, la definición que se contiene de las causas económicas en ambos artículos es la siguiente: *“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios 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”*.

Como se puede observar, la definición de causas económicas que la Ley contiene es totalmente abierta con lo que se hace evidente que se pretende garantizar la flexibilidad en la modificación lo que, aunque en ocasiones se puede justificar como un medio para favorecer la competitividad, puede conducir al favorecimiento del desequilibrio, ya de por sí existente en la relación laboral, hacia la parte empresarial.

En este punto nos encontramos con una cuestión que puede ser problemática a la hora de interpretar la definición que de las causas económicas se da en los arts. 51.1 y 82.3ET con el fin de aplicarla al artículo 41 ET, ya que puede existir controversia en relación con lo que se entiende por parte de los tribunales como reducción persistente de los ingresos ordinarios o las ventas. En relación con esta cuestión, y comparando con los preceptos reguladores del *“descuelgue de convenio”* y *“despido objetivo”*, nos encontramos con dos posibles situaciones.

Así las cosas, en el caso del artículo dedicado al despido objetivo, se entiende como disminución persistente cuando durante tres trimestres consecutivos desciendan los ingresos ordinarios y, por su parte, en el supuesto del descuelgue de convenio, se puede realizar, cuando exista una disminución de ingresos ordinarios durante dos trimestres consecutivos.

Por esta razón, se plantea la duda interpretativa en relación con el periodo temporal en el que ha de presentarse la disminución de los ingresos para que se entienda que concurre una causa económica susceptible de justificar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Sobre esta cuestión, teniendo en cuenta que como se ha visto, el Tribunal Supremo ha considerado que la interpretación de la definición de las causas contenidas en otros preceptos del ET distintos del art. 41 es meramente orientativa, se puede concluir que habrá que estar al caso concreto y a las circunstancias que se planteen en el mismo para valorar la existencia de causas económicas que puedan justificar la modificación, debiendo realizarse una interpretación conforme a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, en los términos que se contienen, por ejemplo, en la STS de 27 de Enero de 2014, que declara procedente la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, precisamente, en base a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

5.2 Técnicas

Otra de las causas que anuncia el primer apartado del artículo 41, son las causas técnicas. Igual que ocurre con las causas económicas, estas no se definen en el propio artículo, sino que, como se ha expuesto, y conforme a la jurisprudencia citada, son los artículos 51.1 y 82.3 ET los que definen dichas causas, y lo hacen de la siguiente manera: *“Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”*.

Las causas técnicas, desde una perspectiva no tanto del derecho como del ámbito económico-empresarial, tienen su justificación en la incentivación de las inversiones

técnicas en las empresas, al permitir que en base a la justificación de causas técnicas se puedan modificar sustancialmente las condiciones de trabajo.

El ejemplo paradigmático de causas técnicas es la introducción de una nueva maquinaria o un sistema técnicamente más avanzado, la informatización o robotización de determinada actividad productiva o un cambio en el sistema tecnológico o informático que incorpore uno más perfeccionado en aras de conseguir una mayor productividad⁵⁷.

5.3 Organizativa

Como ocurre con las demás causas, las organizativas también se definen en función de lo dispuesto por los artículos 51.1 o 82.3 ET. Y estas se refieren a los *“cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”*.

El principal factor de cambio de los métodos de trabajo o sistemas, habitualmente, suelen darse por la variación de los medios técnicos de la empresa, es decir la maquinaria. Por lo que, es muy normal que dichas causas se invoquen conjuntamente con las causas técnicas, aunque no necesariamente han de ir unidas, siendo la principal diferencia entre ambas que, en el caso de las causas técnicas, se requiere en todo caso una modificación de los bienes de producción y, en el caso de las causas organizativas, pueden tener su justificación en otras cuestiones ajenas a los medios técnicos de la empresa⁵⁸.

5.4 De producción

Respecto a las causas productivas ocurre lo mismo que en los supuestos anteriores, por lo que en virtud del principio de analogía *“in peius”*, los tribunales han decidido tomarla definición de causa productiva establecida en el artículo 51.1 o 82.3 ET

⁵⁷En este sentido, MERCADER UGUINA, Antonio: “Lecciones de derecho del trabajo”, ed. 9, Tirant lo Blanch, Ob., cit., pág. 613.

⁵⁸En lo que respecta a las causas organizativas MERCADER UGUINA considera que *“se refieren a la gestión y empleo de la propia fuerza de trabajo o a la combinación de los factores productivos en general, implicando un reajuste de la organización productiva, aun cuando esta no se base en la previa renovación de los bienes de equipo, lo que las diferencias de las técnicas. En suma, se trata de una nueva estructuración o reordenación en clave racionalizadora del organigrama de la empresa (...)”* MERCADER UGUINA, Antonio: “Lecciones de derecho del trabajo”, ed. 9, Tirant lo Blanch, Ob., cit., pág. 614.

indistintamente.

Se entenderá que concurren causas productivas *“cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”*.

Es decir, podría incardinarse en este tipo de causas, por ejemplo, el hecho de que la actividad que realiza la empresa de forma habitual, es modificada por otra, ya sea por producirse un cambio de objeto social, o simplemente un cambio del núcleo de la actividad que presta la empresa⁵⁹.

5.5. Relación de las causas justificativas del art. 41 ET con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa.

Conforme a la redacción del art. 41 ET, se deduce que las causas empresariales que pueden dar lugar a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, por sí solas, no tienen ninguna repercusión, pues el legislador, en el artículo 41.1 ET, establece de forma clara que la existencia de causas debe de relacionarse *“con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”*.

La exigencia de tal relación se introdujo, en el articulado estatutario, por medio de la reforma del anterior ET (RDL 1/1995, de 24 de marzo) operada por medio del RDL 3/2012, de 11 de febrero y por la Ley 3/ 2012, de 6 de julio, incluyendo la redacción que se mantiene en la norma actual⁶⁰.

Por lo tanto, tal y como ha señalado el propio TS, se introdujeron en la norma dos

⁵⁹En relación con las causas productivas, MERCADER UGUINA señala que *“son de configuración más difícil que las anteriores y se refieren al resultado del proceso de trabajo, a la configuración del bien o servicio producido por la empresa, afectando a los costes y volumen de la empresa para adecuarlos a las exigencias del mercado, impidiendo que se ponga en peligro, de mantener su desajuste, la competitividad de la empresa”*. MERCADER UGUINA, Antonio: “Lecciones de derecho del trabajo”, ed. 9, Tirant lo Blanch, Ob., cit., pág. 614.

⁶⁰De esta forma, se eliminó el inciso contenido en la anterior redacción del art. 41 del ET, que declaraba 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.”*

conceptos macroeconómicos, así como un concepto de simple gestión empresarial, eliminándose conceptos valorativos existentes hasta la reforma como “prevenir”; y “mejorar”⁶¹ por lo que, surge la duda de la relación que ha de existir entre las causas empresariales y la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa así como el alcance del control que, sobre la concurrencia de las causas, y su relación con los referidos conceptos, pueden realizar los tribunales de justicia debido a los efectos que una interpretación literal de la norma tras la reforma puede tener en los derechos de los trabajadores.

Antes de nada, es evidente que, siendo unos conceptos que se apartan del Derecho, para incluirse en cuestiones propias de la economía, se ha de acudir a la definición que sobre los mismos dan los economistas.

En el sentido de lo expuesto, en primer lugar, nos encontramos con que la competitividad podría definirse como *“La capacidad de una empresa u organización de cualquier tipo para desarrollar y mantener unas ventajas comparativas que le permiten disfrutar y sostener una posición destacada en el entorno socio económico en que actúan. Se entiende por ventaja comparativa aquella habilidad, recurso, conocimiento, atributos, etc., de que dispone una empresa, de la que carecen sus competidores y que hace posible la obtención de unos rendimientos superiores a estos”*⁶².

Por su parte, la productividad puede definirse como *“La relación entre la cantidad de productos obtenida por un sistema productivo y los recursos utilizados para obtener dicha producción. También puede ser definida como la relación entre los resultados y el tiempo utilizado para obtenerlos: cuanto menor sea el tiempo que lleve obtener el resultado deseado, más productivo es el sistema. En realidad, la productividad debe ser definida como el indicador de eficiencia que relaciona la cantidad de recursos utilizados*

⁶¹Sobre este hecho se pronuncia la STS, Sala 4ª de 7 julio de 2016 sobre la que hablaremos más adelante por su indudable interés.

⁶²PEREZ BENGOCHEA, VALIETTI, “Competitividad Empresarial: un nuevo concepto”. Se puede acceder al mencionado artículo a través del siguiente hipervínculo:

https://degerencia.com/articulo/competitividad_empresarial_un_nuevo_concepto/

con la cantidad de producción obtenida”⁶³.

Por último, podría definirse organización del modo que sigue *“organización consiste en ensamblar y coordinar los recursos humanos, financieros, físicos, de información y otros, que son necesarios para lograr las metas, y en actividades que incluyan atraer a gente a la organización, especificar las responsabilidades del puesto, agrupar tareas en unidades de trabajo, dirigir y distribuir recursos y crear condiciones para que las personas y las cosas funcionen para alcanzar el máximo éxito”⁶⁴.*

La introducción de los anteriores conceptos económicos, que se apartan del Derecho, y que resultan tan abiertos, hace que sea evidente que, su inclusión en la norma, puede generar situaciones de inseguridad jurídica que, en el ámbito laboral, necesariamente se traducen en un desequilibrio entre los derechos del empresario y el trabajador, en tanto que, en el caso de las modificaciones sustanciales, se facilita la adopción de las mismas, haciéndose necesaria una interpretación que impida que, en aras de la competitividad, de productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa queden vacíos de contenido los derechos de los trabajadores, quedando la ejecución del contrato de trabajo a la voluntad del empleador.

Por ello, y a la vista de la tendencia existente en el legislador a facilitar la aplicación del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en este caso, mediante la eliminación de incisos valorativos, y la inclusión de conceptos económicos de carácter amplio, se hace necesario estudiar el alcance actual del control judicial sobre la decisión empresarial, así como la supervivencia de los criterios jurisprudenciales existentes con la anterior redacción del art. 41 ET.

⁶³CASANOVA, Fernando “Formación Profesional, Productividad y Trabajo Decente”, Montevideo, 2002, se puede acceder al mencionado artículo a través del siguiente hipervínculo:

<https://web.archive.org/web/20081221063145/http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/153/pdf/casanov.pdf>

⁶⁴FERREL O.C., Hirt Geoffrey, RAMOS Leticia, ADRIAENSÉNS, Marianela y FLORES Miguel Ángel, “Introducción a los Negocios en un Mundo Cambiante”, 4 Ed., Mc Graw-Hill Interamericana, 2004, Pág. 215.

5.6. Control judicial de las causas empresariales del art. 41

Para el estudio de esta cuestión se ha de partir de que, el TS, ha venido interpretando la relación de las causas empresariales del art. 41 con la competitividad, de productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa en el sentido de considerar, en primer lugar, que la existencia de dichas causas no ha de ser equivalente a la presentación de una crisis empresarial sino que exista una relación entre las causas empresariales invocadas y la competitividad, de productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa ⁶⁵.

En relación con el control judicial de la concurrencia de las causas empresariales previstas en el art. 41 del ET, la jurisprudencia, con la redacción del art. 41 ET previa a la modificación operada por el RDL 3/2012, de 11 de febrero y por la Ley 3/ 2012, de 6 de julio, se basó en los criterios de razonabilidad y suficiencia, siendo un ejemplo de dicha jurisprudencia lo manifestado por la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 8-1-2000, rec. 461/1999 que señala que *“subsiste en el Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por el Real Decreto Ley 8/1997, a efecto de modificación de las*

⁶⁵Esta cuestión ha sido objeto de una estable y reiterada jurisprudencia del TS, siendo un exponente de la misma la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 16-11-2012, rec. 236/2011, que se expresa en los siguientes términos: *“La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre el alcance y contenido de las “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” que, debidamente “probadas”, justifican la modificación sustancial de condiciones de trabajo regulada en el art. 41 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se trata, más concretamente, de precisar si estas razones requieren una situación de crisis de mayor o menor entidad en el conjunto de la empresa o en alguno de sus elementos, o si por el contrario se entiende bastante para apreciar su concurrencia que las razones invocadas y probadas puedan contribuir a la mejora de la situación de la empresa [como continúa razonando la sentencia]. La interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la “crisis” empresarial sino la “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.*

Esta conclusión, que se desprende de la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordena el art. 41 del ET con lo que mandan los artículos 51 y 52.c del propio ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa.”

Se ha de indicar que, aunque dicha sentencia se dictó para la redacción del artículo 41 ET con carácter previo a la reforma del año 2012, nada hace pensar que dicho criterio se haya modificado con la redacción actual que es incluso más flexible. De esta forma, nos encontramos con que de ningún modo es necesaria la concurrencia de una crisis empresarial, sino que basta con que se presente alguna de las causas previstas en el art. 41 ET y que éstas guarden relación con la competitividad, de productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

condiciones sustanciales del contrato de trabajo, la necesidad de que exista una causa legal, -que debe ser probada por el empleador- y la conexión de esta causa con la medida adoptada de cambio en orden a la finalidad requerida por el legislador, circunstancias determinantes de la viabilidad jurídica de la medida, cuyo control de existencia, razonabilidad y proporcionalidad corresponde al órgano judicial -en términos, naturalmente, que no autorizan al Juzgado a sustituir al empresario en la adopción de las medidas que adopte con el fin de eliminar los factores desequilibrantes de la empresa”⁶⁶.

Estando sentada la anterior doctrina jurisprudencial, lo cierto es que la eliminación, con la reforma de 2012, de los criterios valorativos del art. 41 ET, en concreto, los términos como *prevenir* una evolución negativa de la empresa; y *mejorar* la situación y perspectiva de la misma, que permitían a los órganos judiciales valorar si la medida adoptada era suficiente, y proporcional, en relación con la finalidad de la misma, con respecto a la causa alegada, puso en duda si dichos criterios jurisprudenciales (razonabilidad y proporcionalidad) continuarían estando vigentes.

La anterior cuestión se planteó ante la Sala 4ª del TS, que resolvió la misma en el sentido de concluir que la decisión empresarial, tras la reforma de 2012, no es en absoluto libérrima, ni puede justificarse en la relación entre las causas empresariales alegadas y la competitividad, de productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, sino que la jurisprudencia sigue manteniendo la potestad de controlar la razonabilidad e idoneidad de la medida adoptada.

⁶⁶En relación con el control judicial basado en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, entiende el TS que ha de tomar en consideración los intereses en juego constituyendo, estos intereses conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 julio 2015. RJ 2015\5750 “una razón sustantiva para un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas», porque «los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo [«flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla»] que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo [«flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»]. La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional”.

En el sentido de lo expuesto, resulta de gran interés la anteriormente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 7-7-2016, nº 639/2016, rec. 188/2015 en relación con la que considero interesante comentar algunas cuestiones.

En primer lugar, la referida STS de 7-7-2016 comienza planteándose la duda a la que nos hemos referido con respecto a la vigencia, tras la reforma del año 2012, de los criterios jurisprudenciales de razonabilidad y proporcionalidad señalando que *“a diferencia del texto derogado, en la vigente redacción no es preciso que las modificaciones tengan el objetivo acreditado -en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- de «prevenir» una evolución negativa o «mejorar» la situación y perspectivas de la empresa, sino que basta con que las medidas estén «relacionadas» con la competitividad, productividad u organización técnica. Lo que nos sitúa ya en la cuestión realmente decisiva, cual es la del alcance que pueda tener el control judicial de la medida empresarial adoptada.*

3.- Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos (competitividad; productividad) o de simple gestión empresarial (organización técnica o del trabajo), y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma («prevenir»; y «mejorar»), no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «iusvariandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas (SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00-;... 24/09/12 -rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 - rco 30/12 -), sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”.

A continuación, dicha STS de 7 de julio de 2016 desecha esta posibilidad, en tanto que considera que la posibilidad que establece el propio art. 41ET de emprender acciones judiciales, y la necesaria garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, conlleva la

posibilidad de los órganos jurisdiccionales de controlar la medida. En concreto, señala la STS de 7 de julio de 2016 lo siguiente:

“Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta (art. 24.1 CE (EDL 1978/3879)), determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales”.

Es evidente que, debido a la necesaria protección de los derechos de los trabajadores, si el artículo 41 ET permite al trabajador impugnar judicialmente la decisión, el papel del órgano judicial ha de ir más allá del mero control de legalidad de la medida, sino que ha de tener la posibilidad de controlar la posible vulneración de derechos fundamentales con la medida adoptada, así como la adecuación de la misma con la causa alegada.

Si el anterior razonamiento resulta interesante, no lo es menos el razonamiento con el que continúa la STS de 16 de julio de 2016 al considerar que la razonabilidad de la medida adoptada ha de entenderse en el sentido de que la medida sea idónea para el objetivo perseguido con ella, excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo se pueda llegar al *“dumping social”*⁶⁷, haciendo referencia nuestro

⁶⁷El *“dumping social”* podría definirse como “una práctica de competencia desleal mediante la cual las empresas reducen costes aprovechándose de los bajos salarios y pobres condiciones laborales de un país subdesarrollado.

Se denomina *“dumping”* a esta práctica porque se considera que las empresas que lo practican están vendiendo por debajo del coste que realmente deberían soportar si sus trabajadores disfrutaran de condiciones laborales vigentes en los países más desarrollados.

El *dumping social* consiste en un arbitraje regulatorio mediante el cual las empresas tratan de reducir sus costes a través de la inversión en aquellos países con una regulación laboral, medioambiental y fiscal menos estricta. De este modo las empresas internacionales consiguen grandes ahorros en costes de mano de obra y

TS a normativa comunitaria. Por su interés, se cita literalmente el mencionado razonamiento contenido en la STS de 7 de julio de 2016:

“Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho), sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo (juicio de idoneidad), excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de... trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE (SSTC 28/1991, de 14/Febrero, FJ 5; 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4 ; y 13/1998, de 22/Enero, FJ 3. (EDJ 1998/227) STS 24/06/09 -rcud 1542/08 -).”

Considero de gran importancia la Sentencia que se acaba de comentar, debido a que incide en una cuestión importante, como es el hecho de la progresiva disolución, o flexibilización de los derechos laborales con la pretendida finalidad de crear unas condiciones de mayor competitividad empresarial.

Es innegable que, en el actual mundo globalizado, la competencia empresarial es feroz, y un ordenamiento laboral que se convirtiera en excesivamente rígido en relación con el derecho comparado sería susceptible de crear unas condiciones insostenibles para las empresas, que terminarían desarrollando su producción en países en los que los costes laborales fueran menores, con la finalidad de aumentar su competitividad.

costes regulatorios.” La anterior definición ha sido extraída del sitio web ECONOMIPEDIA, siendo posible acceder a la misma a través del siguiente hipervínculo:<http://economipedia.com/definiciones/dumping-social.html>

No obstante, entiendo que este hecho objetivo no puede ser una patente de curso que permita la disolución del ordenamiento laboral y de las garantías que el mismo contiene, ya que este hecho conduciría a una precariedad social que es totalmente intolerable.

Por esta razón, desde mi punto de vista, es interesante que la Sala 4ª del TS tome conciencia de este hecho, y que lo motive jurídicamente en base a lo dispuesto por los tratados y principios constitutivos de la UE, y los objetivos de los mismos en aras no solo del mantenimiento, sino de la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores comunitarios.

En términos similares a lo manifestado por la STS de 7 de julio de 2016 se expresó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15-7-2014, Rec. 119/2014, caso FNAC, en la que también se excluye el dumping social como causa justificativa de la medida que se adopte en base al art. 41 ET.

Pues bien, sobre esta SAN de 15-07-2014 MORÓN PRIETO señala, tras hacer referencia la sustitución de conceptos valorativos de carácter jurídico, por conceptos económicos difusos e inconcretos, que *“ello, que constituye, desde luego, un grave problema de seguridad jurídica, supone incorporar al ámbito de la ley elementos propios de las ciencias sociales y, por lo tanto, sometidos a múltiples interpretaciones, según el punto de vista que del asunto se tenga. De hecho, las sucesivas reformas de los últimos años incorporan, no el modelo económico-empresarial, sino un determinado modelo económico-empresarial. Un modelo basado en la idea de que es necesario eliminar, reducir o dulcificar las limitaciones legales y convencionales –modelo de flexibilidad–, para ampliar las facultades empresariales en la gestión de la organización y las condiciones de trabajo. Ello estaría justificado, a su vez, en la idea de que esta opción proporcionaría mayores instrumentos para ganar en productividad y competitividad lo cual, se cree, redundaría necesariamente en la mejoría o al menos el mantenimiento del empleo. Ambas creencias –necesidad de incrementar el ius variandi empresarial y su repercusión en el empleo–, sin embargo, plantean importantes dudas no solo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el propio punto de vista económico empresarial. Desde el punto de vista jurídico, el desmesurado incremento de las potestades empresariales para modificar las condiciones pactadas en contrato –o en pactos o*

acuerdos colectivos distintos del Convenio Colectivo– supone una quiebra de principios básicos del Derecho de Contratos, en general, y del Derecho del Trabajo, en particular – pacta sunt servanda–. Pero, además, supone olvidar la existencia del específico conflicto presente en la relación laboral entre el empleador y el trabajador y su desenvolvimiento en un marco de radical desigualdad contractual, como aclaró tempranamente nuestro Tribunal Constitucional, cuya compensación queda encomendada en nuestra Carta Magna a la Ley y la Negociación Colectiva. La profundización en el fortalecimiento del poder empresarial puede suponer no solo una quiebra de principios jurídicos asentados, sino una abierta opción por la desigualdad contractual proscrita por nuestro modelo constitucional⁶⁸”.

Efectivamente, coincido con dicho autor en que las progresivas modificaciones del art. 41 ET, encaminadas a dotar de una mayor flexibilidad a la relación laboral, suponen una desnaturalización del ordenamiento jurídico laboral y su finalidad de proteger al trabajador y eliminar los desequilibrios existentes entre las partes de la relación.

Es más, deduzco que, de seguir la tendencia de las últimas reformas, se puede llegar a la paradójica situación de que, en el derecho civil, dónde se supone que las partes se encuentran en una posición de igualdad, estaría proscrita la modificación unilateral de lo pactado y, por el contrario, en el orden jurisdiccional laboral, que se refiere a relaciones jurídicas que parten de una situación de desigualdad entre las partes, se permitiría, a la parte fuerte de a relación, modificar la misma de forma unilateral con una facilidad excesiva.

Es evidente que es necesario alcanzar un equilibrio ente los intereses y derechos de los trabajadores y de las empresas, pero es también evidente que dicho equilibrio no se alcanzará por la vía de una flexibilidad absoluta con la consiguiente inseguridad jurídica, con esto únicamente se logrará vaciar de contenido el ordenamiento laboral y su función protectora de los derechos de los trabajadores.

⁶⁸MORÓN PRIETO, Ricardo, Modificación de condiciones de trabajo: causalidad, razonabilidad e idoneidad. La exclusión del dumping social como causa justificativa (A propósito de la SAN DE 15-7-2014, Rec. 119/2014, caso FNAC). Revista de Información Laboral num.8/2014 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

6. PROCEDIMIENTO

6.1 Modificaciones de carácter individual

El artículo 41 ET en su apartado tres, hace referencia al procedimiento para introducir modificaciones de carácter individual, siendo así suficiente que la decisión empresarial se notifique al trabajador afectado y a sus representantes legales⁶⁹ en la empresa “*con una antelación mínima de quince días*⁷⁰ a la fecha de su efectividad”, debiendo, además, concurrir las causas justificativas expuestas. Esta decisión puede comunicarse por todos aquellos medios que sean aptos para que el destinatario tenga conocimiento fehaciente de la decisión empresarial, así como de la causa y fecha de efectos de la misma. Para que la comunicación al trabajador afectado por parte del empresario pueda considerarse efectiva, pese al silencio legal en cuanto que en la norma no se expresa la forma ni el contenido de la notificación, debe realizarse de forma escrita⁷¹ y motivadamente.

Respecto al contenido de dicha comunicación, en la misma se debe precisar la causa concreta en que se funda la decisión del empresario, exponiendo las causas que configuran la situación empresarial en que se apoya la causa económica, técnica, organizativa o de producción que se invoca, así como también, su relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Conjuntamente, también

⁶⁹Las referencias a los representantes legales han de entenderse hechas tanto a los unitarios como a los sindicales, así lo aclara el Tribunal Supremo Sala 4ª, de 29-6-1995, rec. 1992/1994: “*englobando dentro de la representación legal tanto a la unitaria como a la sindical y, en concreto, para lo que aquí respecta en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para la modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo*”.

⁷⁰Los días deben considerarse naturales y el cómputo debe iniciarse el día siguiente al de la notificación, de esta forma, a modo de ejemplo, resulta ilustrativo lo señalado por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 25, Madrid, de 3-10-1998, nº 421/1998, nº autos 441/1998.

⁷¹En cuanto al requisito formal de la comunicación al trabajador afectado por parte del empresario, debe considerarse preceptiva la forma escrita, así lo establece el TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 1ª, de 22-11-2013, nº 931/2013, rec. 1766/2013: “*Aunque no se expresa en la norma la forma y el contenido de la notificación debe considerarse preceptiva la forma escrita como resulta de la interpretación conjunta del art.41.3 en relación con la previsión del art. 8.5 del ET sobre el deber de información del empresario, precisándose en dicha comunicación la concreta causa en que se funda la decisión empresarial, poniéndose en conocimiento del trabajador cuales son las circunstancias que configuran la situación empresarial en que se apoya la causa económica, técnica, organizativa o de producción que se invoca, así como su relación «con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa*”.

debe constar la fecha de efectividad de la medida, dado que la antelación de quince días es un mínimo y la fecha de la concreta notificación, a los efectos del cómputo del plazo para la posible impugnación de dicha medida.

Así las cosas, la decisión del empresario es efectiva por sí misma, sin necesidad de aceptación ni de intervención por parte de ningún otro tipo por parte del trabajador afectado o de sus representantes legales.

Aunque se trate de una cuestión sobre la que se profundizará más adelante, sí que conviene apuntar que, en el caso de que no sean concretadas las causas que fundamentan la decisión del empresario, el trabajador afectado se encontraría en una situación de indefensión, ya que éste precisa tener un completo conocimiento de las causas que se manifiestan para poder ejercitar con eficacia la facultad de impugnación en caso de disconformidad⁷². No obstante, he de reiterar que sobre esta cuestión se profundizará más tarde.

6.2 Modificaciones de carácter colectivo

Cuando se trata de modificaciones de condiciones colectivas, el procedimiento resulta más exigente que en el caso de las modificaciones individuales, debido a que la decisión empresarial *“deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores”*, como así lo establece el artículo 41 ET, en su apartado cuarto.

La especialidad de dicho procedimiento consiste básicamente en la obligación de negociar previamente con los representantes de los trabajadores con vistas a alcanzar un

⁷²En este sentido, se debe tener en cuenta al TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 1ª, S 10-7-2015, nº 618/2015, rec. 403/2015, cuando aclara que: *“Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación, (...), el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones”*.

acuerdo, si bien su consecución no es imprescindible ni constituye un requisito necesario para la efectividad de la modificación⁷³.

Así las cosas, el empresario ha de seguir los siguientes pasos para implantar este tipo de modificaciones colectivas; en primer lugar, debe agotar previamente un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores; en segundo lugar, se notificará a los trabajadores afectados el resultado del periodo de consultas, es decir, si se ha alcanzado o no un acuerdo.

A) Periodo de consultas

La decisión empresarial debe ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, como así establece el artículo 41 ET en su apartado cuarto, que *“versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”*.

El objetivo del periodo de consultas es lograr un acuerdo, lo que obliga a las partes a negociar de buena fe, estableciendo el legislador un guión de buenas prácticas para dicho periodo, consistente en la obligación de examinar la concurrencia de las causas esgrimidas por el empleador y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos. Es necesario que el empresario cumplimente la información necesaria y la entregue en tiempo útil para alcanzar dichos objetivos, ya que la obligación de negociar de buena fe, ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, siendo suficiente con que se produzca el intercambio efectivo de información⁷⁴.

La consulta debe desarrollarse en una comisión negociadora, que está constituida por la representación empresarial y la representación laboral, cada una de ellas con un

⁷³Es relevante lo señalado por el Tribunal Supremo Sala 4ª de 10-12-2003, rec. 70/2003, no es imprescindible ni constituye un requisito necesario para la efectividad de la modificación el alcanzar previamente un acuerdo.

⁷⁴Así lo aclara la Audiencia Nacional de lo Social, sec. 1ª, de 2-3-2012, nº 22/2012, rec. 17/2012.

máximo de trece miembros, y que es “única” para decidir en el conjunto de la empresa, o en su caso, en el centro de trabajo o el conjunto de los centros de trabajo afectados por el procedimiento.

Con referencia a la iniciación de dicho periodo de consultas, la dirección de la empresa debe comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, a los efectos de que se constituya la comisión representativa de los trabajadores, que debe quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas.

Cabe señalar con respecto a la documentación que debe aportarse los documentos que acrediten la concurrencia de las causas, así como también todos los documentos que justifiquen las medidas a adoptar y con carácter general los que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas⁷⁵.

A partir de esa comunicación empresarial, comienza el cómputo del plazo máximo de siete días para la constitución de la comisión representativa de los trabajadores. Este plazo es de quince días cuando alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores.

Cabe señalar, que la falta de constitución de la comisión representativa de los trabajadores no impide el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comporta, en ningún caso, la ampliación de su duración.

La intervención en esa comisión como representantes de los trabajadores y, por lo tanto, como “interlocutores ante la dirección de la empresa” en el procedimiento de

⁷⁵Con respecto a la aportación de la documentación necesaria para el periodo de consultas, es de interés la sentencia del TS Sala 4ª, de 15-4-2015, rec. 137/2013, cuando señala que: “Aunque ciertamente no exista previsión legal ni reglamentaria (RD 1483/2012) sobre la documentación a aportar, ésta para que pueda llevarse realmente a efecto la negociación exigible durante el periodo de consultas deberá ser la suficiente para que, como establece el art. 41.1 ET (“... cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”), poder acreditar la empresa los motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción que justificarían el que “ La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”.

consultas, corresponde en principio a las secciones sindicales, siempre que éstas existan y así lo acuerden, siendo necesario, además, que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados.

En su defecto tal y como ponen de manifiesto MARTÍN VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y GARCÍA MURCIA, en esa hipótesis de no intervención de secciones sindicales, el artículo 41 ET en su apartado cuarto, distingue según la medida afecte a un solo centro de trabajo o a más de un centro de trabajo⁷⁶.

En el primer supuesto, si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponde al comité de empresa o a los delegados de personal, por lo que, si se da el caso de que en el centro de trabajo no existe una representación legal de los trabajadores, éstos pueden dar su representación a una comisión *ad hoc* de un máximo de tres miembros que puede estar integrada, a su elección, por trabajadores de la propia empresa y elegidos por éstos democráticamente o por personas designadas, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio aplicable en la empresa, en cuyo caso el empresario podrá atribuir su representación a la organización empresarial en la 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.

En el segundo supuesto, es decir, si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la representación de los trabajadores corresponde en primer término al comité intercentros, siempre que tenga tal función atribuida por convenio colectivo, y subsidiariamente una comisión representativa que se constituye por los representantes legales si todos los centros afectados cuentan con éstos; no obstante, en el caso de que algunos de los centros afectados cuenten con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con éstos o de no existir tales representantes en

⁷⁶MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Derecho del trabajo”, ed. 23, Ob. Cit. p.745.

determinados centros pueden optar por designar la comisión *ad hoc*, en cuyo caso la comisión representativa está integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y miembros de las comisiones *ad hoc*, en proporción al número de trabajadores que representen; en cambio, si ninguno de los centros afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa se constituye por una comisión *ad hoc*.

En todos estos supuestos, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos han de elegir por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

Durante el periodo de consultas, que no podrá ser superior a quince días, que han de entenderse naturales, y se computan desde la fecha de inicio efectivo de las consultas, se debate acerca de las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como también sobre las “*medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados*”, e incluso se deberá “*negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo*”, así lo determina el artículo 41 ET en su apartado cuarto.

Este periodo puede finalizar en cualquier tiempo transcurrido, en el caso de que se alcance un acuerdo, o, al contrario, las partes hayan llegado a la conclusión de que es inalcanzable un acuerdo satisfactorio. Se debe tener en cuenta que en el caso de que la empresa incumpla dicho plazo conlleva a que el periodo de consultas no se entienda válidamente agotado, y con ello, la consiguiente nulidad de la modificación sustancial⁷⁷. En todo caso, las partes podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por procedimientos de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, el cual se debe desarrollar dentro del plazo máximo señalado para el periodo de consultas.

⁷⁷A modo ejemplificativo, cabe señalar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 6-10-1999, rec. 3601/1999.

Mientras transcurre el periodo de consultas, el empresario y la representación de los trabajadores deben negociar de buena fe⁷⁸, con la posibilidad de alcanzar un acuerdo fructífero, debiendo ofrecer la empresa a la otra parte toda la información⁷⁹ necesaria sobre la medida y sus causas, en este sentido, en el texto legal no existe imposición formal alguna al respecto, por lo que es suficiente el intercambio efectivo de información para la búsqueda de un pacto en sentido propio, que requiere en todo caso *“la conformidad de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”*.

El periodo de consultas puede finalizar con un acuerdo entre las partes o sin él, en el primer caso, se presume la concurrencia de las causas justificativas exigidas por el mencionado artículo 41.1 ET, no obstante, existe la posibilidad de ser impugnado ante la jurisdicción competente si hay constancia de fraude⁸⁰, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Cabe nulidad de la modificación sustancial si lo implementado por la empresa se aparta de lo negociado en el periodo de consultas o lo acordado en mediación o lo decidido por procedimiento arbitral sin motivo justificado. En el segundo caso, es decir, si no se ha alcanzado un acuerdo ni se ha llegado a una solución por esas otras vías, el empresario tiene la opción de operar unilateralmente como en las modificaciones individuales, cumplido el periodo de consultas.

⁷⁸Respecto a la negociación de buena fe, la sentencia TS Sala 4ª, de 23-11-2016, nº 984/2016, rec. 285/2015, durante el periodo de consultas *“ha de producirse una moderada negociación, debiendo acreditarse la concurrencia de propuestas y contrapropuestas durante este periodo, en el que las partes negociarán de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”*.

⁷⁹Cabe señalar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 19-4-2016, nº 301/2016, rec. 116/2015, ante una falta de aportación de información suficiente.

⁸⁰En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 24-7-2015, rec. 210/2014, no reconoce fraude en el acuerdo entre la empresa y los sindicatos sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, debido a que *“no es exigible al empresario la entrega de unos determinados documentos, sino únicamente de los que sean trascendentes para la consecución de la finalidad que la norma persigue”*.

B) Notificación a los trabajadores afectados

Una vez concluido el periodo de consultas, con o sin acuerdo⁸¹, el empresario debe notificar su decisión a los trabajadores afectados, notificación que es dirigida a los trabajadores, pero no a sus representantes, al contrario de las modificaciones individuales. Esto es debido porque se parte de la idea de que los representantes de los trabajadores son conocedores de toda la información relevante por su participación en dicho periodo.

Por lo tanto, si las partes no alcanzan un acuerdo, establece el artículo 41 ET en su apartado quinto, que la notificación deberá realizarse tras la finalización del periodo de consultas y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación, transcurrido dicho plazo de preaviso, la decisión empresarial pasa a tener carácter ejecutivo, estando con ello obligado el trabajador a realizar su trabajo en las nuevas condiciones, y sin perjuicio de los derechos y acciones que pueda ejercitar.

En el referido artículo 41 ET, no prevé expresamente el plazo de notificación y de eficacia en caso de modificaciones colectivas decididas por acuerdo durante el periodo de consultas, por lo que, se deberá de tener en cuenta los términos del acuerdo alcanzado por las partes.

7. POSICIÓN DEL TRABAJADOR ANTE LA MODIFICACION SUSTANCIAL DE LA RELACIÓN LABORAL

En esencia, como pone de manifiesto MONTOYA MELGAR, la modificación sustancial de condiciones de trabajo es una decisión empresarial, que obedece a un interés también empresarial. Tal decisión, es acompañada de varios procedimientos, sea el fijado en el ET o los establecidos en convenio colectivo, según la modificación sea individual o colectiva, constituyendo una infracción administrativa grave si existe inobservancia de

⁸¹A modo de ejemplo, cuando finaliza el periodo de consultas sin alcanzar un acuerdo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 22-3-2018, nº 337/2018, rec. 660/2016, señala que “*en supuestos de modificaciones sustanciales colectivas de las condiciones laborales en los que se cierra el período de consultas sin acuerdo, es preciso que se lleve a cabo la notificación fehaciente de la decisión empresarial a los representantes de los trabajadores, para que éstos puedan encauzar las acciones pertinentes a través del proceso colectivo*”.

estas reglas, como así lo determina el artículo 7 LISOS apartado sexto “*La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, sin acudir a los procedimientos establecidos en el artículo 41 o en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Como anteriormente se ha explicado, la medida modificativa tiene carácter ejecutivo una vez transcurrido el plazo de preaviso tras la notificación al trabajador, con la consecuente obligación para éste de realizar su trabajo de acuerdo con las condiciones que resultaron sustancialmente alteradas. No obstante, las posibles vías de reacción del trabajador y sus representantes son las siguientes:

7.1 Aquietamiento

Ante la decisión empresarial, tal y como indica MERCADER UGUINA El trabajador puede optar por aquietarse a la decisión empresarial y aceptar la modificación sustancial pretendida por el empresario bien a través de un acuerdo entre ambas partes o bien sin más, simplemente asumiendo, sin reaccionar en contra, la modificación propuesta, siendo posible en función de la autonomía individual de las partes del contrato.

Por lo tanto, se presume, ante el aquietamiento y aceptación del trabajador, la conformidad y adaptación a las nuevas condiciones de trabajo por parte de éste, ello es así, bien porque la entiende justificada y renuncia a la resolución indemnizada en caso de que ésta sea posible, bien porque, aun considerándola injustificada, opta por acatarla en lugar de impugnarla o de acudir a la resolución del contrato.⁸²

Existe aquietamiento por parte del trabajador afectado cuando transcurre el plazo legal de veinte días hábiles de caducidad a computar desde la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes y el trabajador opta por la conformidad de la modificación sustancial, no obteniendo con ello derecho a indemnización alguna, salvo que se hubiera previsto por la negociación colectiva o se pacte individualmente y sin

⁸²MERCADER UGUINA, Antonio: “Lecciones de derecho del trabajo”, ed. 9, Tirant lo Blanch, Ob., cit., pág. 529.

perjuicio de la potestad de resolución indemnizada del contrato, que, como se verá, se sujeta al plazo general de un año.

Al respecto, la jurisprudencia, a través de numerosas sentencias⁸³, ha concretado que *“aun en el supuesto de incumplimiento empresarial, no cabe la resolución pretendida por el trabajador si no queda evidenciada la voluntad empresarial deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones o resalte un hecho obstativo suficientemente significativo dentro de la economía del contrato que impida la continuidad del mismo y, también, que si transcurren varios meses desde que se operó el cambio invocado por el trabajador, sin que éste accione frente a él, ha de entenderse que admite tácitamente la situación en la que, con posterioridad, apoya su voluntad extintiva”*.

7.2 Impugnación judicial de la decisión empresarial

El trabajador afectado, en el caso de no optar por rescindir su contrato de trabajo, sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación, puede impugnar dicha modificación ante la jurisdicción social, sea individual o colectiva, con la que se halle en disconformidad, a través del procedimiento previsto en el artículo 138 LRJS, iniciándose con una demanda que deberá presentar en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación de la decisión por escrito, con el objetivo de que se revoque la misma por nula o injustificada y se le reponga en sus anteriores condiciones.

En cuanto a la impugnación judicial de modificaciones colectivas, el art. 41.5, párrafo segundo, establece que, contra estas modificaciones, sin perjuicio de la acción individual, se podrá reclamar en conflicto colectivo, con la consecuencia de la paralización de la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta el momento de su resolución. Todo ello, siguiendo el correspondiente procedimiento establecido en los arts. 153 y ss. LJS para los procesos de conflictos colectivos, para con el fin de dictar una sentencia que tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que en un futuro se puedan llegar a plantear.

⁸³Véase la sentencia del TS, Sala 4ª, S 13 de noviembre de 1987.

En el caso de que se haya producido acuerdo tras el periodo de consultas, como bien lo explica el autor MERCADER UGUINA, *“es obvio que los representantes legales de los trabajadores que han sido parte en el acuerdo no pueden impugnarlo, al no poder ir contra sus propios actos; sí podrán hacerlo, en cambio, las representaciones sindicales si en su momento se han desvinculado del pacto. La impugnación, en estos casos, del acuerdo en el periodo de consultas, solo puede fundarse en la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Esta vía de impugnación colectiva no elimina, sin embargo, la impugnación individual”*.

Como así establece el mencionado art. 138 LRJS, la sentencia que resuelva la impugnación de las modificaciones sustanciales podrá dictar la decisión empresarial como justificada, injustificada o nula. Si se declara justificada, se reconoce el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo, como así se prevé en el art. 41.3.2ET en el plazo de quince días.

En cambio, si se dicta injustificada la medida, se debe reconocer el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo como consecuencia de no haber sido acreditadas las razones invocadas por la empresa, esto es, no se requiere la existencia de un perjuicio para el trabajador sino, que, siendo una modificación sustancial, no se han probado las concretas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. No obstante, en el caso de que se haya producido un perjuicio, la Sentencia que declare injustificada la medida deberá reconocer el derecho del trabajador al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial le hubiere ocasionado⁸⁴.

Puede darse el caso de que, aun habiéndose declarada la decisión empresarial injustificada, el empresario exprese su negativa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, obteniendo el afectado el derecho a solicitar la ejecución del fallo

⁸⁴Así, por ejemplo, en la TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 4ª, de 15-4-2014, nº 328/2014, rec. 1905/2013 tras la declaración de que la modificación consistente en asignar al trabajador al turno de mañana era injustificada o nula, se reconoce el derecho del trabajador a ser resarcido por el perjuicio que le ocasionó dejar de prestar trabajo en el turno de noche, cuantificando los daños en la cuantía equivalente al plus de nocturnidad dejado de percibir.

de la sentencia favorable a su favor, conforme al art. 279 y ss LRJS, en los siguientes plazos:

“a) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la readmisión, cuando ésta no se hubiere efectuado.

b) Dentro de los veinte días siguientes a aquel en el que expire el de los diez días a que se refiere el artículo anterior, cuando no se hubiera señalado fecha para reanudar la prestación laboral.

c) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha en la que la readmisión tuvo lugar, cuando ésta se considerase irregular”.

Por último, el Juez deberá declarar nula la modificación sustancial cuando se pruebe que la medida empresarial ha sido adoptada en fraude de ley⁸⁵, eludiendo de esta forma, por parte del empresario, los trámites señalados en el art. 41ET, así como también, cuando se tenga constancia de alguna causa de discriminación o se produzca con violación de los derechos fundamentales del trabajador. Así las cosas, si el órgano jurisdiccional aprecia la existencia de vulneración de algún derecho fundamental del trabajador, dictará la nulidad de la conducta empresarial, teniendo como consecuencia el deber, por parte del empresario, de reponer la situación al momento anterior y reparar las consecuencias derivadas del acto, incluyendo, conforme a lo dispuesto en el art. 183 LRJS⁸⁶, indemnización si se diera el caso, siendo el Juez el responsable de establecer su cuantía valorando los daños y perjuicios ocasionados, así como también, el posible daño moral.

⁸⁵A modo de ejemplo, en la Sentencia del TS Sala 4ª, de 28-10-2014, rec. 266/2013, se plantea un supuesto en el que, la Sala aprecia que existe fraude de ley por no haber repuesto a los trabajadores en sus condiciones laborales pese a declarar nulas las medidas por una sentencia anterior del mismo órgano judicial. La reducción retributiva por causas objetivas está prevista únicamente para los salarios no devengados nunca es a efectos retroactivos puesto que no cabe reducir salarios ya prestados.

⁸⁶Art. 183.1 LRJS: *“Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.*

7.3 Extinción indemnizada por voluntad de los trabajadores

Por último, el trabajador puede optar por la extinción de la relación laboral recibiendo una indemnización, diferenciándose, en este sentido, entre dos posibilidades: la primera de ellas se concreta en la posible rescisión directa por el trabajador del contrato de trabajo cuando la modificación sustancial le suponga un perjuicio y afecte, en concreto, a alguna o algunas de las siguientes materias: jornada de trabajo, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, cuantía salarial o funciones, conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 41.3 del ET; la segunda posibilidad que tiene el trabajador deriva de lo dispuesto por el apartado a) del art. 50.1 del ET, y se concreta en la posible interposición de una demanda para que los tribunales procedan a la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, es decir, la extinción del contrato por voluntad del trabajador al concurrir como justa causa una modificación sustancial, en este caso respecto de cualquier materia, que redunde en menoscabo de su dignidad, siempre que la medida se haya adoptado además sin respetar las previsiones estatutarias para realizar la modificación sustancial.

A continuación, se estudiarán ambas posibilidades con las que cuenta el trabajador, así como los requisitos que han de concurrir para el efectivo ejercicio de cada una de ellas.

A) Extinción indemnizada del contrato de trabajo por modificación del tiempo de trabajo, sistema de remuneración, cuantía salarial o funciones.

Conforme a lo dispuesto por el segundo inciso del art. 41.3 del ET, el trabajador que resulte perjudicado por la decisión empresarial de modificar sustancialmente ciertas condiciones de trabajo, tiene derecho a rescindir el contrato de trabajo y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, con un máximo de 9 mensualidades.

Esta posibilidad de rescisión indemnizada sólo es viable respecto de modificaciones que afecten a las siguientes condiciones⁸⁷:

- jornada;
- horario y distribución del tiempo de trabajo;
- régimen de trabajo a turnos;
- sistema de remuneración y cuantía salarial, o;
- funciones que excedan los límites de la movilidad funcional no sustancial.

Para tener derecho a la resolución indemnizada es necesaria la coincidencia de los siguientes requisitos⁸⁸:

- una modificación sustancial de condiciones de trabajo indicadas;
- un perjuicio para el trabajador;
- una relación de causalidad entre la modificación y el perjuicio.

Las modificaciones que pueden determinar el ejercicio de este derecho pueden ser tanto individuales como colectivas, incluso si las que tienen esta naturaleza se producen tras acuerdo en el período de consultas o tras laudo dictado al efecto, generando tal derecho

⁸⁷En concreto, el inciso segundo del art. 41.3 del ET señala que *“en los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.”*

De lo dispuesto por dicho artículo se deduce que la posible extinción indemnizada es procedente en aquellos supuestos en los que se produce una modificación de una condición de las expresamente señaladas en los apartados a), b), c), d) y f) del apartado 1 del art. 41 ET de tal manera que, aunque, como se ha indicado en numerosas ocasiones, nos encontramos ante una lista meramente ejemplificativa la posible extinción indemnizada solo procede en aquellos supuestos en los que la modificación afecta a una de las condiciones mencionadas expresamente, sin perjuicio de la posible extinción en el caso de que la modificación afecte a la dignidad del trabajador y se haya adoptado prescindiendo del procedimiento previsto en el art. 41 ET.

⁸⁸Estos requisitos han sido aceptados de forma reiterada por la jurisprudencia sirviendo de ejemplo, por la claridad con la que se expresa, la Sentencia del TSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, de 17-1-2012, nº 53/2012, rec. 2789/2011.

tanto las modificaciones en las que se hayan respetado las exigencias formales y procedimentales como en las que no se hayan observado⁸⁹.

Como se ha dicho, uno de los requisitos que se exigen para el ejercicio de la facultad de rescisión indemnizada es el perjuicio sufrido como consecuencia de la modificación, independientemente de su imputabilidad o no al empresario.

En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que la finalidad de la norma es la de evitar la perturbación que la modificación puede producir en el trabajador, facultándole para resolver el contrato, lo que permite situar el fundamento jurídico de la opción de resolución en la excesiva onerosidad sobrevenida y no en el incumplimiento empresarial⁹⁰. Por lo tanto, la rescisión contractual no se dirige a impugnar la decisión empresarial modificativa, ni tampoco el posible acuerdo que se pudiera haber alcanzado, en fase de consultas, en fase pre-procesal o en fase procesal entre empresa y representantes de los trabajadores⁹¹.

Teniendo en cuenta que, como se ha visto, la posibilidad de rescisión contractual prevista en el art. 43.1 del ET tiene su base en la onerosidad que, para el trabajador, se deriva de la concreta modificación sustancial acordada por el empresario, es preciso realizar un estudio sobre los elementos integradores de dicho perjuicio.

En el sentido apuntado, para que la decisión empresarial de modificación de condiciones faculte al trabajador para resolver justificadamente su contrato, con la

⁸⁹ Así lo ha declarado la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirviendo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 8-2-1993, rec. 772/1991.

⁹⁰ Al respecto, pueden verse, por ejemplo, las Sentencias del TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, de 21-2-2002, nº 1196/2002, rec. 3156/2002 y la Sentencia del TSJ Andalucía (Málaga) Sala de lo Social, S 8-10-1999, nº 2185/1999, rec. 1296/1999.

⁹¹ En los términos indicados se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del TSJ Aragón Sala de lo Social, sec. 1ª, de 11-4-2006, nº 387/2006, rec. 268/2006.

Es lógico que si la base sobre la que pivota la posibilidad de rescisión contractual prevista en el inciso segundo del art. 43.1 ET es el perjuicio sufrido por el trabajador como consecuencia de la modificación sustancial de sus condiciones laborales sea irrelevante la actuación del empresario en la modificación y sus posibles incumplimientos. En otras palabras, lo relevante son los perjuicios causados al trabajador como consecuencia de la modificación, con independencia de los posibles incumplimientos en los que haya podido incurrir el empresario que, en su caso, se resolverían en la impugnación de la modificación sustancial por parte del trabajador, en el caso de que optara por ella.

indemnización señalada, es preciso que le suponga determinados perjuicios. El punto de referencia lo constituye simplemente la producción de un perjuicio al trabajador, al margen de que, como se ha visto, se trate de un daño lícito o no.

Aunque, como se verá, la declaración rescisoria del trabajador tiene virtualidad por sí misma sin necesidad de un pronunciamiento judicial, en el caso de que sea necesario acudir a los tribunales, la facultad de rescisión contractual se halla condicionada a la acreditación por el trabajador afectado del perjuicio que sufre como consecuencia de la modificación.

Así las cosas, en el caso de que sea necesario acudir a los tribunales (para que constaten la resolución del contrato o se pronuncien sobre la procedencia de la indemnización) el trabajador debe probar en el acto de juicio que la medida le ocasiona un perjuicio real o potencial objetivamente constatable y de cierta consideración, sin cuya acreditación no nace la obligación de indemnizar⁹².

La jurisprudencia ha declarado que el perjuicio no se presume, de manera que no se entiende producido en todo caso como consecuencia de la mera modificación sustancial. Es preciso que ésta provoque en el afectado un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración⁹³.

La alegación, concreción y carga de la prueba del perjuicio ocasionado corresponde al trabajador, sin que sea correcto en esta ocasión proceder a la inversión de la carga de la prueba⁹⁴.

⁹²Sobre esta cuestión se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia, sirviendo de ejemplo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 18-3-1996, rec. 2468/1995, en la Sentencia del TSJ Aragón Sala de lo Social, sec. 1ª, de 11-4-2006, nº 387/2006, rec. 268/2006 o en la Sentencia del TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, de 25-4-2006, nº 1352/2006, rec. 248/2006.

⁹³En el sentido indicado se han pronunciado, por ejemplo, las Sentencias del TSJ Canarias (Las Palmas) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 31-1-2013, nº 129/2013, rec. 1582/2012, TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, de 21-6-2005, nº 507/2005, rec. 1194/2005 y TSJ Navarra Sala de lo Social, de 19-11-2002, nº 355/2002, rec. 249/2002.

⁹⁴Sobre la improcedencia de la inversión de la carga de la prueba se pronuncian, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 18-3-1996, rec. 2468/1995 y de 18-7-1996, rec. 767/1996.

En definitiva, es evidente que, en el caso de que sea preciso acudir a la vía judicial corresponde al trabajador la prueba de la realidad y entidad de los daños, sin que se admita la presunción de los daños sufridos ni tampoco una inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador⁹⁵.

Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, lo cierto es que, en cuanto a los efectos de la declaración rescisoria, nos encontramos con que el trabajador tiene la facultad de resolver el contrato por sí mismo, por lo que su declaración rescisoria tiene virtualidad extintiva sin necesidad de que exista un previo pronunciamiento judicial⁹⁶.

En cuanto a la forma de la comunicación al empresario, esta debe realizarse preferentemente por escrito a efectos de constancia de la causa extintiva, poniendo de manifiesto la voluntad de resolver la relación laboral con efectos desde la fecha que se fije y con expresión de los concretos perjuicios ocasionados por la medida⁹⁷.

En lo que se refiere al plazo de ejercicio de la facultad rescisoria, no se establece legalmente un plazo de ejercicio por parte del trabajador. En este sentido, la jurisprudencia y, en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 29-10-2012, rec. Casación para la Unificación de Doctrina 3851/2011, ha entendido que resulta inaplicable el plazo de 20 días de caducidad que sólo opera para la impugnación de la medida, ya que ambas acciones son distintas.

⁹⁵En la línea de lo expuesto resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 18-10-2016, nº 853/2016, rec. 494/2015 que señala expresamente que “para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo (art. 217 Ley de enjuiciamiento Civil), sin que pueda presumirse su existencia al no existir ninguna disposición legal que lo permita.”

⁹⁶Sirva de ejemplo de lo dicho lo dispuesto por las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 18-9-2008, rec. 1875/2007, de 5-5-1997, rec. 1800/1996 y de 9-6-1987.

⁹⁷Véase al respecto lo señalado por la ilustrativa Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Social, sec. 1ª, de 21-1-2016, nº 71/2016, rec. 455/2015.

Por ello, no estando sujeta esta acción a plazo específico de caducidad en su ejercicio, debe serle de aplicación el plazo general de prescripción de un año⁹⁸.

En cuanto al cómputo del plazo, se ha de computar desde la efectividad de la medida modificadora (fijada en 7 días en el caso de las colectivas y 15 días en las individuales en cuyo marco se ha de respetar dicho preaviso) conforme a lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, S 29-10-2012, rec. Unificación Doctrina 3851/2011.

En resumen, de lo dicho se concluye que nos encontramos ante una extinción extrajudicial, que opera automáticamente 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. Consecuentemente, se ha rechazado la procedencia de la acción por despido aduciendo que no ha existido este, sino rescisión del contrato por el trabajador, pues no resulta que el empresario le haya despedido, ello al margen del derecho del trabajador a reclamar la indemnización pues la rescisión laboral, por supuesta modificación sustancial de condiciones de trabajo puede adoptarla el trabajador por sí mismo⁹⁹.

Por ello, descartada la acción del despido, lo que sí podemos encontrarnos es con que el empresario no ponga a disposición del trabajador la indemnización o, en caso de hacerlo, lo hace en cuantía inferior a la debida. En este caso, el trabajador ha de reclamar judicialmente por la vía del procedimiento ordinario en reclamación de cantidad adeudada¹⁰⁰.

Por último, se ha de indicar que, en principio, resulta viable que el demandante plantee en el mismo proceso la acción de resolución contractual indemnizada en base al ET art.50(a la que se hará referencia a continuación, y subsidiariamente, la fundada en el ET

⁹⁸En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del TSJ Andalucía (Málaga) Sala de lo Social, sec. 1ª, de 5-11-2015, nº 1655/2015, rec. 1362/2015.

⁹⁹Así lo considera la Sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) Sala de lo Social, sec. 1ª, de 5-4-2002, nº 1437/2002, rec. 555/2002.

¹⁰⁰Resulta ilustrativa al respecto, por ejemplo, la Sentencia del TSJ Asturias Sala de lo Social, sec. 1ª, de 1-3-2013, nº 472/2013, rec. 198/2013.

art.41.3, para el caso de que no se aprecie la concurrencia de los requisitos exigidos en la primera de las acciones pero, por el contrario, sí que se entienda que concurren los requisitos para la resolución indemnizada prevista en el art. 41.3 ET. En tal caso, se solicitaría con carácter principal, la indemnización equivalente a la que correspondería en caso de despido improcedente y, con carácter subsidiario, la de 20 días prevista en el art. 41.3 ET.

B) Resolución del contrato por menoscabo de la dignidad del trabajador como consecuencia de una modificación de sus condiciones de trabajo sin respetar lo dispuesto en el art. 41 ET

Como ya se ha apuntado, el apartado a) del art. 50.1 ET contiene la posibilidad de que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato y percibir la indemnización prevista para el despido improcedente cuando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuesta por el empresario redunde en un menoscabo de su dignidad y se haya adoptado sin respetar el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET.

Al igual que ocurría con rescisión prevista en el art. 41.3 del ET, en este caso el menoscabo de la dignidad del trabajador, que equivaldría al perjuicio sufrido por el mismo, ha de ser probado por éste, sin que se admita en caso contrario la resolución judicial indemnizada¹⁰¹.

En este caso, la posibilidad de solicitar la resolución no se limita a unas concretas materias, sino que se extiende a todas las condiciones laborales, siempre que hayan sido sustancialmente modificadas sin respetar las previsiones legales establecidas para ello. A esta conclusión se llega si se pone en relación el tenor literal del artículo 50.1 a) ET con el artículo 41.3 del mismo texto legal ya que el primero no hace mención a la previa modificación de ninguna condición concreta de la relación laboral mientras que, por el contrario, como se ha visto, el art. 41.3 ET hace referencia a la modificación de las

¹⁰¹En este sentido, se pronuncian, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 18-7-1996, rec. 767/1996 y la Sentencia del TSJ Extremadura Sala de lo Social, sec. 1ª, de 5-1-2006, nº 7/2006, rec. 687/2005.

condiciones señaladas en los apartados a), b), c), d) y f) del apartado 1 del mismo art. 41 ET.

Por tanto, para que el trabajador pueda instar judicialmente la resolución contractual en virtud de esta causa, deben reunirse los siguientes requisitos¹⁰²:

1. Que se le hayan modificado sustancialmente cualquiera de sus condiciones de trabajo sin cumplir los requisitos estatutarios.

2. Que dicha modificación vulnere la dignidad del trabajador.

Si no concurre esta doble circunstancia la sola modificación sustancial de las condiciones de trabajo puede dar lugar en su caso al ejercicio de los derechos a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior, pero no a la extinción del contrato de trabajo con los derechos previsto en el art. 50 del ET y, en concreto, sin que tenga el trabajador derecho a la indemnización prevista para el despido improcedente.

En consecuencia, además del hecho de que la modificación se haya realizado prescindiendo del procedimiento prescrito por el art. 41 del ET, se requiere que dicha modificación provoque un menoscabo en la dignidad del trabajador.

En relación con lo expuesto, cabe señalar que nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que, la dignidad del trabajador¹⁰³, como atributo de la persona, supone desde un punto de vista objetivo que las personas no pueden ser objeto de tortura o trato degradante, ni reducidas a la consideración de objetos o de mera fuerza de trabajo¹⁰⁴. Desde un punto de vista subjetivo conectan con el derecho al honor y excluye las conductas dirigidas a causar perjuicio en la consideración social de la persona o en su autoestima.

¹⁰²Es ilustrativa sobre esta cuestión la Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 4ª, DE 20-4-2016, nº 355/2016.

¹⁰³El artículo 4.2 e) ET reconoce el derecho de los trabajadores a la “consideración debida de su dignidad” lo que supone una mención expresa a la dignidad del trabajador que se enmarca dentro de la dignidad de la persona establecida en el art. 10 de la CE.

¹⁰⁴La caracterización de la dignidad del trabajador desde el punto de vista objetivo puede visualizarse con total claridad, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 27-10-2003, nº 192/2003, BOE 283/2003, de 26 de noviembre de 2003, rec. 4492/2001.

Además de lo señalado, la jurisprudencia ha considerado que el menoscabo de la dignidad del trabajador puede entenderse, en sentido amplio, como toda falta de respeto, vejación o descrédito de carácter grave que sufre el trabajador ante sus compañeros de trabajo o jefes y su entorno socio-familiar, como persona o como profesional¹⁰⁵.

Por lo que se refiere al procedimiento que ha de seguirse, nos encontramos con que, en el supuesto de la resolución contractual por menoscabo de la dignidad del trabajador como consecuencia de una modificación sustancial en la que se ha prescindido del procedimiento previsto en el art. 41 ET, el ejercicio de la facultad resolutoria en el supuesto de modificaciones sustanciales con especial perjuicio debe venir precedido del planteamiento de la correspondiente acción judicial¹⁰⁶.

Del mismo modo, la sentencia tiene valor constitutivo y no meramente declarativo; la extinción contractual se produce a partir de la notificación del fallo estimatorio de la demanda planteada por el trabajador. Como contrapunto, el trabajador, al seguir contractualmente vinculado a la empresa, debe continuar la prestación de servicios para la misma, hasta tanto se dicte el citado pronunciamiento judicial¹⁰⁷.

El plazo para el ejercicio de la acción extintiva es el genérico de prescripción de un año desde que la modificación tiene lugar; TSJ Castilla-La Mancha, y no el de caducidad de 20 días aplicable a la acción impugnatoria¹⁰⁸. Transcurrido más de un año desde que se produjo la modificación sin que el trabajador reaccione, debe entenderse que ha consentido tácitamente la nueva situación y que la acción de resolución del contrato ha prescrito¹⁰⁹.

Hay que tener en cuenta además que solo se puede solicitar la resolución judicial del contrato de trabajo, cuando el vínculo contractual está vivo, de manera que, con carácter

¹⁰⁵ Así se pronuncian, por ejemplo, la Sentencia del TSJ Cantabria Sala de lo Social, sec. 1ª, de 22-1-2013, nº 32/2013, rec. 931/2012

¹⁰⁶ La jurisprudencia es unánime al respecto pudiendo observarse la exigencia de acción judicial para la resolución contractual, por ejemplo, en la Tribunal Supremo Sala 4ª, S 23-4-1996, rec. 2762/1995 de la que se deduce que para la efectividad de la resolución ha de existir Sentencia firme.

¹⁰⁷ Tribunal Supremo Sala 4ª, S 18-7-1990.

¹⁰⁸ Es interesante al respecto la Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Social, sec. 2ª, de 12-11-2015, nº 1236/2015, rec. 1075/2015.

¹⁰⁹ Así lo señala, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20-4-2009, rec. 2558/2008.

general, hasta la sentencia resolutoria se ha de permanecer en el puesto de trabajo. No obstante, como excepción, es posible que el juez articule, a instancia del trabajador demandante, medidas cautelares cuando se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador y puede comportar una posible vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas o aparejar consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior¹¹⁰.

Entre estas medidas, puede acordarse: la suspensión de la relación laboral o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse; incluidas también, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto debe ser oído éste¹¹¹. Todo ello, siempre con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia.

8. CONCLUSIONES

1.- El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo puede concretarse en su naturaleza de mecanismo jurídico regulado en el art. 41 ET por medio del cual, el empresario, atendiendo a la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, puede modificar, unilateralmente, las “condiciones del contrato de trabajo” siendo imprescindible, a tenor de lo dispuesto por el mencionado precepto, que la modificación tenga carácter sustancial.

2.- Teniendo en cuenta la propia definición del mecanismo para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se deduce la existencia de una serie de elementos esenciales como son la unilateralidad de la modificación por el empresario, las causas habilitantes de la modificación, las condiciones objeto de modificación y la sustancialidad de la modificación.

¹¹⁰Conforme a lo dispuesto por el art. 79.7 ET.

¹¹¹Tal y como dispone el art. 180.4 ET.

3.- En cuanto al carácter unilateral de la modificación por parte del empresario, se trata de un requisito esencial que tiene como consecuencia que no se considere como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo aquellas modificaciones del contrato derivadas, por ejemplo, del mutuo acuerdo o de una modificación legal sin que sea tampoco el art. 41 del ET el cauce para la modificación de las condiciones de trabajo derivadas de un convenio colectivo estatutario que tendrán que ser modificadas por el procedimiento de descuelgue previsto en el art. 82 ET.

4.- El artículo 41 ET contiene los criterios para diferenciar las modificaciones sustanciales individuales de las colectivas siendo esta diferenciación relevante en relación con el procedimiento que se ha de seguir para la adopción de la modificación.

5.- Con respecto al carácter sustancial de la modificación, es el criterio para diferenciar la modificación sustancial de las condiciones del trabajo de aquellas modificaciones realizadas dentro del *ius variandi* empresarial derivado del poder de dirección del empleador.

6.- Para determinar el carácter sustancial de una modificación habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, siendo extremadamente difícil establecer criterios abstractos que permitan diferenciar, con carácter general, si una modificación se puede realizar en ejercicio del *ius variandi* empresarial o, por el contrario, por su carácter sustancial, ha de realizarse bajo los requisitos y procedimiento previstos en el art. 41 del ET.

7.- Sin perjuicio de la casuística imperante en la determinación del carácter sustancial de la modificación, la doctrina viene acumulando los criterios para determinar el carácter sustancial de una modificación en dos grupos, los de orden cuantitativo, que se apoyan en criterios objetivos, atendiendo a la entidad de la modificación, y los de orden cualitativo, que desde un punto de vista subjetivo, valoran la sustancialidad de la modificación en base a los perjuicios que ésta ocasiona en los trabajadores afectados.

8.- Por lo que se refiere a las condiciones que pueden ser objeto de modificación nos encontramos con que el segundo inciso del apartado primero del artículo 41 del ET

contiene una relación de las materias que pueden ser objeto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que se concretan en la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento y las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.

9.- Que sin perjuicio de la lista de condiciones modificables contenida en el art. 41 del ET, tanto la doctrina como la jurisprudencia es unánime al considerar que del inciso “entre otras” se deduce que dicho listado no es exhaustivo, sino que, por el contrario, contiene una relación de condiciones meramente ejemplificativa con lo que la modificación puede afectar a otras condiciones distintas de las enumeradas en el citado artículo.

10.- Siendo abierto el listado de condiciones de trabajo modificables, habrá que atender al origen de la misma para incluirlas en aquellas condiciones que son susceptibles de modificación sustancial y a las concretas circunstancias del caso para apreciar que la modificación es sustancial y que se cumplen el resto de condiciones necesarias para que se pueda producir la misma.

11.- En cuando al origen de las condiciones susceptibles de modificación sustancial, éste puede ser contractual, un acuerdo o pacto colectivo, una decisión unilateral del empresario con efectos colectivos o una condición contenida en un convenio colectivo extraestatutario. Por el contrario, no podrán ser objeto de una modificación sustancial aquellas condiciones derivadas de un convenio colectivo estatutario o aquellas condiciones que tengan un procedimiento especial para su modificación.

12.- La jornada de trabajo, bien sea diaria, semanal o anual, se identifica con el número de horas a trabajar dentro del lapso temporal de que se trate, entendiéndose, por horario de trabajo la distribución en las horas del día de la jornada de trabajo.

13.- Para que una modificación de jornada se considere sustancial, se habrán de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, aunque, en principio, se considerará sustancial toda modificación de la jornada que afecte a las retribuciones estando limitada, en todo caso, la reducción de la jornada reducción de la jornada, se ha de indicar que, dicha

reducción, se limita en gran parte por lo dispuesto en el artículo 12.4.e del ET, que imposibilita la conversión por voluntad unilateral del empresario de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial.

14.- El horario es la distribución diaria de dicha jornada de tal manera que, como tiene declarado la jurisprudencia, el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que en cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida.

15.- Con carácter general, la modificación del horario se encuentra amparada por el poder de dirección por lo que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para apreciar la existencia de una modificación sustancial.

16.- Entre las condiciones de trabajo relacionadas en el artículo 41 del ET se encuentra el régimen de trabajo a turnos, considerándose, como trabajo a turnos toda forma de organización de trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, lo que implica para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas.

17.- Por lo que se refiere a la modificación del régimen de trabajo a turnos, se deberán tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para apreciar el carácter sustancial de la modificación.

18.- En lo que se refiere al sistema de remuneración y a la cuantía salarial, cabe señalar que, conforme a lo declarado por la jurisprudencia, no se trata de conceptos equivalentes y, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera el sistema de remuneración como un concepto más amplio que la cuantía salarial.

19.- La mención expresa a la cuantía salarial en el art. 41 del ET fue introducida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, siendo la cuantía salarial, hasta ese momento, una cuestión que como regla general se consideraba ajena a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin que pudiera afectar la modificación del sistema de remuneración a la cuantía del salario por lo

que con dicha reforma se facilitó la modificación de la cuantía salarial de forma unilateral por la empresa.

20.- En relación con la modificación de funciones, ésta seguirá los cauces de la modificación sustancial, atendiendo al contenido del art. 39 del ET, será sustancial cuando la empresa altera las funciones del puesto de trabajo sin respetar la titulación académica y la pertenencia al grupo profesional del trabajador afectado, y será ordinaria cuando, conforme a lo previsto en el art. 39.1 del ET, se respeten ambas limitaciones.

21.- Para que pueda realizarse la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es preciso que concurren probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, considerando dichas razones como las que estén relacionadas con la competitividad, productividad y organización técnica o del trabajo en la empresa.

22.- El Tribunal Constitucional sostiene que, en la interpretación del art. 41 ET, se puede tomar en consideración la definición de las razones económicas, técnicas, organizativas y de producción que se lleva a cabo en otros preceptos de la norma estatutaria (ET art.47,51y82.3), otorgando, de esta manera, suficientes elementos valorativos para la realización de un control judicial pleno y efectivo de la aplicación de la norma, si bien el TS ha matizado que las definiciones contenidas en dichos preceptos tienen carácter meramente orientativo, sin que se presente el mismo nivel de exigencia en el caso de las modificaciones sustanciales que, por ejemplo, en los despidos.

23.- Conforme a la redacción del art. 41 ET, las causas empresariales que pueden dar lugar a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, por sí solas, no tienen ninguna repercusión, pues el legislador, en el artículo 41.1 ET, establece de forma clara que la existencia de causas debe de relacionarse con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

24.- La exigencia de tal relación se introdujo, en el articulado estatutario, por medio de la reforma del anterior ET (RDL 1/1995, de 24 de marzo) operada por medio del RDL 3/2012, de 11 de febrero y por la Ley 3/ 2012, de 6 de julio, incluyendo la redacción que se mantiene en la norma actual y que, tal y como ha señalado el propio TS, se introdujeron en

la norma dos conceptos macroeconómicos, así como un concepto de simple gestión empresarial, eliminándose conceptos valorativos existentes hasta la reforma como “prevenir”; y “mejorar” lo que de alguna manera cercena las potestades de valoración por parte de los órganos judiciales en relación con la concurrencia y entidad de las causas alegadas por la empresa.

25.- Con respecto a las causas empresariales, el TS ha interpretado en el sentido de considerar, en primer lugar, que la existencia de dichas causas no ha de ser equivalente a la presentación de una crisis empresarial, sino que exista una relación entre las causas empresariales invocadas y la competitividad, de productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

26.- Por lo que se refiere al control judicial de las causas alegadas por el empleador, considera el TS que el órgano judicial ha de ir más allá del mero control de legalidad de la medida, sino que ha de tener la posibilidad de controlar la posible vulneración de derechos fundamentales con la medida adoptada, así como la adecuación de la misma con la causa alegada al considerar que la razonabilidad de la medida adoptada ha de entenderse en el sentido de que la medida sea idónea para el objetivo perseguido con ella, excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo se pueda llegar al “*dumping social*”.

27.- Con respecto al procedimiento que se ha de seguir en las modificaciones de tipo individual es suficiente que la decisión empresarial se notifique al trabajador afectado y a sus representantes legales en la empresa con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad, debiendo computarse los días desde el día siguiente a la notificación y como días naturales, pudiendo comunicarse por todos aquellos medios que sean aptos para que el destinatario tenga conocimiento fehaciente de la decisión empresarial, así como de la causa y fecha de efectos de la misma

28.- En la comunicación que se dirija al trabajador habrán de concretarse las causas que fundamentan la decisión del empresario y, en el caso de que no sean concretadas las mismas, el trabajador afectado se encontraría en una situación de indefensión, ya que éste precisa tener un completo conocimiento de las causas que se manifiestan para poder

ejercitar con eficacia la facultad de impugnación en caso de disconformidad.

29.- Cuando se trata de modificaciones de condiciones colectivas, el procedimiento resulta más exigente que en el caso de las modificaciones individuales, debido a que la decisión empresarial deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, *en el que existe la obligación de negociar con buena fe*, previamente con los representantes de los trabajadores con vistas a alcanzar un acuerdo, si bien su consecución no es imprescindible ni constituye un requisito necesario para la efectividad de la modificación.

30.- El empresario, en las modificaciones colectivas, ha de seguir los siguientes pasos para implantar este tipo de modificaciones colectivas: en primer lugar, debe agotar previamente un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores que durará un plazo máximo de quince días naturales; en segundo lugar, se notificará a los trabajadores afectados el resultado del periodo de consultas, es decir, si se ha alcanzado o no un acuerdo.

31.- El periodo de consultas puede finalizar con un acuerdo entre las partes o sin él, en el primer caso, se presume la concurrencia de las causas justificativas exigidas por el mencionado artículo 41.1 ET, no obstante, existe la posibilidad de ser impugnado ante la jurisdicción competente si hay constancia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Cabe nulidad de la modificación sustancial si lo implementado por la empresa se aparta de lo negociado en el periodo de consultas o lo acordado en mediación o lo decidido por procedimiento arbitral sin motivo justificado. En el segundo caso, es decir, si no se ha alcanzado un acuerdo ni se ha llegado a una solución por esas otras vías, el empresario tiene la opción de operar unilateralmente como en las modificaciones individuales, cumplido el periodo de consultas.

32.- La medida modificativa tiene carácter ejecutivo una vez transcurrido el plazo de preaviso tras la notificación al trabajador, con la consecuente obligación para éste de realizar su trabajo de acuerdo con las condiciones que resultaron sustancialmente alteradas. No obstante, el trabajador puede adoptar tres posiciones ante la modificación, el aquietamiento a la misma, la impugnación judicial de la modificación o la extinción indemnizada de su contrato de trabajo.

33.- Ante la decisión empresarial, el trabajador puede optar por aquietarse a la decisión empresarial y aceptar la modificación sustancial pretendida por el empresario bien a través de un acuerdo entre ambas partes o bien sin más, simplemente asumiendo, sin reaccionar en contra, la modificación propuesta, siendo posible en función de la autonomía individual de las partes del contrato, presumiéndose el aquietamiento cuando transcurre el plazo legal de veinte días hábiles de caducidad a computar desde la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes y el trabajador opta por la conformidad de la modificación sustancial, no obteniendo con ello derecho a indemnización alguna, salvo que se hubiera previsto por la negociación colectiva o se pacte individualmente y sin perjuicio de la potestad de resolución indemnizada del contrato, que se sujeta al plazo general de un año.

34.- El trabajador puede optar por impugnar judicialmente la medida, sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación, puede impugnar dicha modificación ante la jurisdicción social, sea individual o colectiva, con la que se halle en disconformidad, a través del procedimiento previsto en el artículo 138 LJS, iniciándose con una demanda que deberá presentar en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación de la decisión por escrito, con el objetivo de que se revoque la misma por nula o injustificada y se le reponga en sus anteriores condiciones.

35.- En cuanto a la impugnación judicial de modificaciones colectivas, el art. 41.5, párrafo segundo, establece que, contra estas modificaciones, sin perjuicio de la acción individual, se podrá reclamar en conflicto colectivo, con la consecuencia de la paralización de la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta el momento de su resolución. Todo ello, siguiendo el correspondiente procedimiento establecido en los arts. 153 y ss. LJS para los procesos de conflictos colectivos, para con el fin de dictar una sentencia que tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que en un futuro se puedan llegar a plantear, dicha impugnación no se podrá realizar por las organizaciones sindicales que hubieran alcanzado un acuerdo durante el periodo de consultas.

36.-La sentencia que resuelva la impugnación de las modificaciones sustanciales podrá dictar la decisión empresarial como justificada, injustificada o nula. Si se declara

justificada, se reconoce el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo, como así se prevé en el art. 41.3.2ET en el plazo de quince días.

37.- En cambio, si se dicta injustificada la medida, se debe reconocer el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo como consecuencia de no haber sido acreditadas las razones invocadas por la empresa, esto es, no se requiere la existencia de un perjuicio para el trabajador sino, que, siendo una modificación sustancial, no se han probado las concretas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. No obstante, en el caso de que se haya producido un perjuicio, la Sentencia que declare injustificada la medida deberá reconocer el derecho del trabajador al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial le hubiere ocasionado.

38.- Por último, el Juez deberá declarar nula la modificación sustancial cuando se pruebe que la medida empresarial ha sido adoptada en fraude de ley, eludiendo de esta forma, por parte del empresario, los trámites señalados en el art. 41ET, así como también, cuando se tenga constancia de alguna causa de discriminación o se produzca con violación de los derechos fundamentales del trabajador, en el caso de que se dicte la nulidad de la modificación, el empresario tiene el deber, de reponer la situación al momento anterior y reparar las consecuencias derivadas del acto, incluyendo, conforme a lo dispuesto en el art. 183 LRJS, indemnización si se diera el caso, siendo el Juez el responsable de establecer su cuantía valorando los daños y perjuicios ocasionados, así como también, el posible daño moral.

39.- El trabajador que resulte perjudicado por la decisión empresarial de modificar sustancialmente ciertas condiciones de trabajo, tiene derecho a rescindir el contrato de trabajo y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, con un máximo de 9 mensualidades, siempre que se produzca la modificación de alguna de las condiciones expresamente señaladas en los apartados a), b), c), d) y f) del apartado 1 del art. 41 ET siendo la mera comunicación del trabajador, al empleador, hábil para extinguir el contrato, sin perjuicio de que se pueda acudir a la jurisdicción en el caso de que el empresario no abone la indemnización o lo haga en cuantía inferior a la debida debiendo acreditar en tal caso el trabajador los perjuicios que le ocasiona la medida.

40.- El apartado a) del art. 50.1 ET contiene la posibilidad de que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato y percibir la indemnización prevista para el despido improcedente cuando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuesta por el empresario redunde en un menoscabo de su dignidad y se haya adoptado sin respetar el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET debiendo acudir en este caso el trabajador ante los órganos judiciales en el plazo de un año desde que la modificación tiene lugar, debiendo probar el trabajador el menoscabo ocasionado en su dignidad.

41.- En el caso de la resolución contractual por menoscabo en la dignidad del trabajador, hasta que no haya Sentencia firme la relación laboral sigue viva, por lo que en principio el trabajador tiene que seguir ocupando su puesto de trabajo, sin perjuicio de la posible adopción de medidas cautelares por parte del órgano judicial con el fin de evitar que el trabajador tenga que continuar en su puesto hasta la sentencia firme.



9. BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros, “Compendio de Derecho del Trabajo, Tomo II, Contrato Individual”, ed. 4, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FERREL O.C., Hirt Geoffrey, RAMOS Leticia, ADRIAENSÉNS, Marianela y FLORES Miguel Ángel, “Introducción a los Negocios en un Mundo Cambiante”, 4 Ed., Mc Graw-Hill Interamericana, 2004.

MARTIN VALVERDE, Antonio: RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Derecho del trabajo”, ed. 23, Tecnos, Madrid, 2014.

MERCADER UGUINA, Antonio: “Lecciones de derecho del trabajo”, ed. 9, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MORÓN PRIETO, Ricardo: Modificación de condiciones de trabajo: causalidad, razonabilidad e idoneidad. La exclusión del dumping social como causa justificativa (A propósito de la SAN DE 15-7-2014, Rec. 119/2014, caso FNAC). Revista de Información Laboral num.8/2014 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

SALA FRANCO, Tomás” PEDRAJAS QUILES, Antonio: “La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RECURSOS WEB

CASANOVA, Fernando “Formación Profesional, Productividad y Trabajo Decente”, Montevideo, 2002, se puede acceder al mencionado artículo a través del siguiente hipervínculo:

https://degerencia.com/articulo/competitividad_empresarial_un_nuevo_concepto/

<https://web.archive.org/web/20081221063145/http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/153/pdf/casanov.pdf>

PEREZ BENGOCHEA, VALIETTI, “Competitividad Empresarial: un nuevo concepto”. Se puede acceder al mencionado artículo a través del siguiente hipervínculo:

ECONOMIPEDIA, con el fin de incluir una definición de “dumping social”, concepto al que hace referencia nuestro Tribunal Supremo con el fin de apreciar el necesario control judicial de la concurrencia de las causas empresariales, siendo posible acceder a la misma a través del siguiente hipervínculo: <http://economipedia.com/definiciones/dumping-social.html>

