

LA CONDICIÓN
MÁS
BENEFICIOSA
Y LA
MODIFICACIÓN
SUSTANCIAL
DE LAS
CONDICIONES
DE TRABAJO

José Alfredo Velasco Velasco

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
I.- LA CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA	5
1. CONCEPTO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA	5
2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA	7
2.1 Mejora concedida por el empresario	7
2.2 Licitud del objeto	9
2.3 Voluntad real de mejora	12
3. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS CONDICIONES MAS BENEFICIOSAS	14
3.1 El acuerdo entre las partes	15
3.2 La condición más beneficiosa y la sucesión normativa	16
3.2.1 La absorción y compensación salarial	16
3.3 La cláusula rebus sic stantibus	18
3.4 La imposibilidad de supresión unilateral de la condición más beneficiosa por el empresario	20
II.- LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO	22
1. CONCEPTO DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL INDIVIDUAL	22
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DEL ART. 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	23
3. EL FUNDAMENTO CAUSAL DE LA MODIFICACIÓN	27
4. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS CAUSAS	28
5. ALCANCE OBJETIVO DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL	30
6. LA SUSTANCIALIDAD	30
7. PROCEDIMIENTO	31
8. EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL INDIVIDUAL	32
8.1 La impugnación de la decisión de modificación sustancial	33
8.2 La extinción del contrato	35
9. COMPATIBILIDAD ENTRE IMPUGNACIÓN DE LA MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO	37
10. CONSIDERACIONES FINALES PARA LA REFLEXIÓN	39
BIBLIOGRAFIA	44
ANEXO	46

INTRODUCCIÓN

Es obvio que estamos viviendo uno de los años más convulsos del “recién” estrenado siglo XXI, y que a veces no nos resulta fácil evitar que el árbol nos impida ver el bosque.

Decimos esto porque ahora que ha llegado el momento de evaluar el presente Trabajo de Fin de Grado llevamos pocos días constatando de facto que “todo nos cuesta más”, gracias a que desde el pasado uno de septiembre hemos empezado a pagar el impuesto indirecto más importante (o al menos más habitual) con la ya anunciada subida de antes del verano.

Sin embargo, no debemos permitir que el devenir casi diario de ajustes (prometidos, por otra parte, para cada viernes por nuestro presidente del gobierno el veintinueve de abril), nos haga olvidar que este también está siendo el año de la “reforma laboral”.

Así, hemos optado por abordar un tema que nos atañe a todos los estudiantes del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, ya no sólo como tales, sino en nuestra más próxima condición de trabajadores.

Sin ánimo de que se pueda interpretar una lectura política de la presente introducción, sí pensamos que la aprobación de la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral va a determinar el futuro (al menos mas inmediato) del marco de las Relaciones Laborales.

Seguramente sólo esta norma citada daría, no ya para varios trabajos de fin de grado, sino para varias tesis, por lo que vamos a centrarnos únicamente en un aspecto mínimo, cual es la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual y su especial incidencia en las condiciones mas beneficiosas.

El motivo de escoger esta materia no es otro que, allá cuando comenzamos a estudiar la carrera, una de las primeras cosas sobre las que se nos incidió fue en el carácter tuitivo del derecho del trabajo fruto del desequilibrio existente entre las partes, que hacía necesario que dicha rama del derecho se enfocara precisamente a buscar proteger al trabajador frente a esa situación de desigualdad.

Han pasado ya algunos años desde entonces y humildemente opinamos que las cosas han cambiado siquiera desde el punto de vista práctico. No vamos a poner en cuestión la vigencia del valor tuitivo de la regulación laboral, pero sí nos vemos en

condiciones de defender que, a veces, pareciera que a quien hay que proteger es al empresario.

En este sentido, sólo hemos de echar un poco la vista atrás para recordar que, aun cuando en el preámbulo la Ley 3/2012 se autocalifica como de completa y equilibrada, antes ya de ver la luz, el presidente del gobierno había asumido que “le costaría una huelga general”, y el ministro de economía Luis de Guindos nos había avisado de que sería “extremadamente agresiva”.

Algo en lo que sin duda no podemos disentir de la citada norma es en la situación de crisis (al menos en lo relativo al empleo) que atraviesa España desde 2008. Otro tema diferente es la forma de enfocar la solución que se le puede dar, pero ahí ya entraríamos en el terreno de las ideologías y como hemos adelantado ni es nuestra intención ni será nuestro objetivo.

Tampoco vamos a cuestionar el dato de que “Las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23% de las empresas españolas”¹.

Aquí ya es donde entra el plano personal; Además del lógico interés que puede suscitar como alumno y como empleado por cuenta ajena, no negaremos que también despierta algún recelo que trataremos de explicar brevemente.

Somos de la opinión de que en gran parte de las PYMES españolas es práctica habitual contratar a trabajadores en categorías inferiores a las correspondientes a su cualificación profesional y después negociar con ellos sueldos superiores con complementos personales, mejoras voluntarias ... etc. que luego son perfectamente absorbibles o compensables por los posteriores incrementos salariales vía convenio colectivo.

Desde luego esta es nuestra experiencia profesional; Varios años de esfuerzo por mejorar y ampliar las competencias (y las funciones) por incrementar la polivalencia, y por, en definitiva, aportar un valor añadido a la empresa. Y esto, a cambio de pequeños incrementos en la remuneración y siempre condicionados a que bajo ninguna premisa se conviertan en consolidables.

Pues bien, ahora ya no solo esos conceptos son absorbibles sino que son perfectamente prescindibles. Es más, cualquier mejora adquirida a título personal

¹ Texto literal de la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en el preámbulo III.

(condición más beneficiosa en definitiva) es modificable (y extingible) por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Es cierto que no es esta una figura nueva en nuestra regulación laboral pero tampoco es menos cierto que respecto de la “cuantía salarial” existía, cuando menos, un amplio debate doctrinal.

Desvelado el recelo, no vamos a ahondar más sobre estas cuestiones porque hemos querido incluir al final un apartado dedicado a incitar a la (necesaria) reflexión sobre éstas y algunas otras, motivo por el cual sin más dilación pasamos a abordar el objeto de estudio.

I.- LA CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA

1. CONCEPTO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Si bien es posible encontrarnos muchas y diferentes definiciones² de condición más beneficiosa, hemos optado por quedarnos con la que nos aporta Ballester Laguna³ que la especifica como “aquel derecho nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes del contrato de trabajo que, manifestando su voluntad en tal sentido, introducen condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para el trabajador que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, los

² Sala Franco y Blasco Pellicer en remisión a la doctrina judicial la definen como “aquellas condiciones cuyo origen reside inicialmente en una concesión unilateral y voluntaria del empresario, por vía de repetición, se incorporan al contrato, convirtiéndose así en obligatorias para el empresario, el cual ya no podrá, posteriormente, suprimirlas por sí mismo”. Sala Franco, T. y Blasco Pellicer, A.: “La condiciones mas beneficiosas de disfrute colectivo” (Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1998, Ref. XXV, pág. 413, tomo 2, Editorial LA LEY – (2554/2001)).

Lorente Rivas, por su parte, refiere que “Entendemos por condiciones de trabajo más beneficiosas aquellas que han sido concedidas por el empresario a un trabajador individual o a un grupo de trabajadores por mera concesión, pacto individual o colectivo o usos o prácticas de empresa, por encima de las condiciones que legal o convencionalmente les serían de aplicación”. Lorente Rivas, A.: Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2009 - (15186/2010).

Díaz Aznarte: “Derechos atribuidos a los trabajadores sin consideración y por encima de los límites mínimos fijados en las normas de derecho necesario, integrando una ventaja patrimonial emanada del propio querer de las partes, por lo que tienen el alcance y significado que éstas les den”. Díaz Aznarte, M^a. T.: El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral, Bosch, Barcelona, 2001.

Por último, el TSJ de Madrid en su sentencia de 24 de Mayo de 1994: “Las condiciones más beneficiosas no son más que derechos que la empresa atribuye al trabajador sin consideración y por encima de los límites mínimos fijados en las normas cogentes, sean éstas estatales o convencionales, y que, por ello, integran una ventaja, normalmente, pero no necesariamente, patrimonial, que nace del propio querer de ambas partes y con el alcance y contenido que éstas le den, pudiéndose inferir la existencia de todo ello por la sencilla vía del pacto o acuerdo expreso o por la más intrincada, a efectos de prueba, y difícil de la presunción y deducción de tal existencia a través de la reiteración en el tiempo de actos que, eso sí, han de ser inequívocos y reflejar in totum los contornos y contenidos de esa condición más beneficiosa, la cual, de otro lado, nunca puede ser confundida con las situaciones meramente toleradas o consentidas que, aun de modo reiterado y prolongado en el tiempo, no determinan la adquisición de un derecho para el trabajador ni la dejación de otro, normalmente correlativo al anterior derecho, para la empresa.

³ Ballester Laguna, F.: La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales. Comares, Granada, 2001, pág. 2.

cuales deberán ser respetados en sus propios términos hasta su modificación o supresión por los procedimientos oportunos”.

Una vez dado este primer paso de conceptualizar la condición más beneficiosa vamos a analizar los aspectos que consideramos más relevantes para nuestro estudio: Los elementos configuradores y las vías para modificar o extinguir la condición más beneficiosa.

Sin embargo resulta inevitable hacer siquiera una sucinta referencia a sus posibles **fuentes y fundamentación jurídica**.

Respecto de las primeras, siguiendo a Asquerino Lamparero⁴, podemos afirmar que en ningún caso pueden surgir condiciones más beneficiosas de las disposiciones legales y reglamentarias, de los convenios colectivos estatutarios ni de las costumbres laborales; y esto es así porque “de lo contrario se estaría colisionando frontalmente contra el principio de modernidad que recoge el art. 2.2 del Código Civil”.

Por el contrario no existe ninguna duda de que el contrato es “la principal fuente de condiciones más beneficiosas”⁵, en tanto que es la manifestación por antonomasia de la autonomía individual de la voluntad de las partes. Otra cuestión diferente, como ya analizaremos mas tarde, es que la mejora fruto de esta libre voluntad se haga constar de forma expresa por escrito en el propio contrato o que tenga el carácter de tácita por emerger durante su existencia.

La controversia fundamental respecto de las fuentes surge en el caso de los reglamentos de régimen interior, las circulares de empresa y los usos de empresa. Pues bien, la autora se manifiesta en sentido positivo en los tres casos (y lo apoyamos humildemente); en los dos primeros fundamentándose en sendas sentencias del Tribunal Supremo⁶ y en el tercero (usos de empresa) “por estimar que las mismas en realidad son una multiplicación de acuerdos tácitos individuales entre empresarios y trabajadores y como tales se incorporan a su propio contrato de trabajo”. De esta forma se insertan en “el sinalagma de la relación laboral,

⁴ Asquerino Lamparero, M^a J.: “La condición mas beneficiosa: una visión general” (Aranzadi Social número 7/2011 – (BIB 2011/1462)).

⁵ Diaz Aznarte, M^a. T., ob. cit., pág. 85 y siguientes.

⁶ STS de 24 de octubre de 1991(RJ 1991, 3262) y de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 4124).

adquiriendo las características de permanencia y estabilidad propias de las condiciones más beneficiosas⁷.

En relación a la fundamentación jurídica somos partidarios de la tesis que sostiene que el principio de condición más beneficiosa halla su cimentación legal en el Artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, la cual es defendida por autores como Ballester Laguna, Díaz Aznarte, Bejarano Hernández o Alonso García⁸.

2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

2.1 Mejora concedida por el empresario

Nos encontramos ante el primer elemento determinante del nacimiento de la condición más beneficiosa; sin embargo del análisis del concepto escogido para definir ésta, no podemos concluir que la mejora sea concedida por el empresario sino el fruto de un acuerdo (expreso o tácito) de las partes del contrato. El Tribunal Supremo encuentra apoyo jurídico para este acuerdo en el art. 3.1 c del ET en la medida en que la fuente de la condición más beneficiosa se sustenta en la autonomía individual bilateral.

Surge ahora la inevitable pregunta de si tiene o no el trabajador capacidad, no ya para negociar (que obviamente sí), sino para pactar auténticas mejoras (entendidas como concesión de un derecho o exención de una obligación) en el contrato de trabajo. Hemos de sostener aquí que el antedicho acuerdo ha de entenderse como la aceptación de los trabajadores de la concesión otorgada por el empresario, en el sentido de que éstos han de haber “adquirido y disfrutado”⁹ la misma.

Esto se debe, en nuestra opinión, a que la atribución a los trabajadores de derechos superiores a los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, es fruto de la autonomía individual unilateral del empresario, puesto que nada obliga al empleador a consentir el nacimiento de tal mejora. Podríamos incluso abundar en que si ésta se produce “ex novo”, es decir, no en el momento de la celebración del

⁷ Sentencia del TSJ de Navarra de 24 de marzo de 2003 (AS 2003, 2182).

⁸ Vid. Asquerino Lamparero, M^a J., ob. cit., Además esta autora nos expone que, por el contrario, hay otros autores (Iglesias Cabero, Ojeda Avilés, Rodríguez-Piñero Royo) que niegan que el principio de condición más beneficiosa esté sustentado legalmente (tesis apoyada por algunos pronunciamientos jurisprudenciales) e incluso Cruz Villalón sostiene lo que podríamos denominar una teoría intermedia al afirmar que “el presunto principio general del ordenamiento laboral” se halla fuera del articulado del Estatuto de los Trabajadores, manteniendo que tan solo el art. 41 contiene “una implícita mención indirecta”.

⁹ STS de 14 de octubre de 2011.

contrato, sino durante su transcurso vital, sería una clara manifestación del ejercicio del poder de dirección por parte del empresario. En este sentido se manifiesta también el Tribunal Supremo¹⁰ cuando afirma que “la condición más beneficiosa se vincula con las condiciones de este carácter que pueden surgir de una conducta unilateral del empresario”.

La segunda cuestión a dilucidar es qué materias son susceptibles de configurar una condición más beneficiosa. Así, algunos conceptos de los citados anteriormente hablan de “ventaja patrimonial”, pero a nuestro entender se ajusta mucho más a la realidad la doctrina establecida por el TSJ de Madrid cuando dice “Las condiciones más beneficiosas [.....] integran una ventaja, normalmente, pero no necesariamente, patrimonial”. En este sentido, el TS¹¹ también se distancia del carácter exclusivamente económico de las mejoras cuando dice “una ventaja o un beneficio social” dejando mucho más abierto el ámbito material sobre el que puede versar la mejora concedida por el empresario.

De esta forma nos encontramos con que constituyen condición más beneficiosa materias tan heterogéneas como el complemento de la prestación de Incapacidad Temporal a cargo de la empresa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de abril de 2008 [AS 2008, 2850])¹², el reconocimiento a los trabajadores el derecho a disfrutar de tres días de permiso retribuido en caso de hospitalización de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y el derecho al cobro de los salarios devengados en los días que no asistían al trabajo por indicación del médico de familia sobre la necesidad de guardar reposo durante 24, 48 o 72 horas, aún sin baja médica (Sentencia del TSJ de Cataluña 15 de octubre de 2010 [AS 2010\3010]), reconocimiento al derecho a usar el comedor de empresa (Sentencia del TSJ de Cataluña 22 de octubre de 2004 [AS 2005\78]), el reconocimiento a que los veinte minutos de “bocadillo” sean considerados como jornada efectiva de trabajo (Sentencia del TSJ de Cataluña 16 de febrero de 2005 [AS 2005\1320]), el derecho a la alimentación diaria en régimen de pensión complementaria del trabajador y de su familia (STS de 6 de noviembre de 1990 [Ar. 8554]), el derecho a la exención del pago de comisiones por la utilización de una tarjeta de crédito (STS de 20 de mayo de 1991 [Ar. 3919]), un complemento de

¹⁰ En sentencia de su Sala IV de 13 de octubre de 2011.

¹¹ Ver nota al pie nº 24.

¹² En igual sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de julio de 2006 [AS 2007, 904]; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de julio de 2002 [AS 2002, 2877]).

prestaciones y pensiones de la Seguridad Social (STS de 3 de noviembre de 1992 [Ar. 8776]), la consideración como vacaciones de los periodos de tiempo en los que se suspende la actividad escolar en Navidad y Semana Santa (Sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 27 de septiembre [JUR 2011\253630]), el derecho a una jornada reducida (STS de 5 de noviembre de 1996 [Ar 8403]), la compensación con un día de descanso por los servicios prestados en domingos o festivos (Sentencia del TSJ de Galicia de 10 de julio de 2002 [JUR 2002\194030]) etc.

2.2 Licitud del objeto

Este es el elemento configurador de la condición más beneficiosa en el que vamos a incidir menos, por ser, quizá, el menos controvertido, si bien hay debate doctrinal sobre él pero en mucha menor medida.

En este sentido, siguiendo a Asquerino Lamparero¹³, podemos decir que antes de determinar si nos hallamos ante una condición mas beneficiosa, deberíamos analizar si el objeto de las ventajas es o no ilícito, “puesto que estaría vedado que pudiera contravenir el orden legal o convencional”. Así la misma autora nos remite a la STS de 22 de diciembre de 2004 que en su fundamento de derecho tercero sostiene “...el que la empresa no hubiera efectuado anteriores retenciones, puede constituir una infracción legal en materia fiscal... pero sin que ello pueda constituir un derecho adquirido a favor de los trabajadores, ni una condición más beneficiosa que no puede derivarse de una práctica abiertamente contraria al mandato legal del art. 26.4 del ET”.

Además incide en que este problema radica en la determinación de cuándo nos hallamos ante una norma mínima o dispositiva (susceptibles ambas de ser mejoradas) y cuándo ante una norma de derecho necesario que no admite ningún tipo de modificación.

En definitiva, una condición mas beneficiosa solo podría derivar por tanto de una mejora en una de las dos primeras normas (mínima o dispositiva), siendo en todo caso inviable que la mejora concedida por el empresario contravenga lo dispuesto en una de derecho necesario absoluto.

¹³ Asquerino Lamparero, M^a. J., ob. cit.

Sin embargo, como ya hemos dicho, hay sentencias que abordan esta cuestión de la licitud del objeto de la mejora. Así el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León¹⁴ se cuestiona “ ..si esa condonación por parte del Ayuntamiento en el pago del gasto del agua potable es legal, pues mal se puede fundamentar una condición más beneficiosa en un derecho pretendidamente adquirido que es ilegal” o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de marzo de 2000 en la que se plantea si el hecho de que unos trabajadores del ayuntamiento no hubieran abonado el agua consumida en sus domicilios durante el tiempo que prestaban servicios para él constituye una condición más beneficiosa, afirmando que se trata de «actos meramente tolerados, derivados de una defectuosa gestión recaudatoria» y que «la legislación tributaria local prohíbe la concesión de bonificaciones y exenciones de tasas y precios públicos, por lo que su concesión no sólo constituiría un privilegio injustificado sino una ilegalidad, sobre la que no puede nunca sustentarse una condición más beneficiosa o derecho adquirido».

Otro aspecto reseñable a nuestro modo de ver respecto de la licitud en el objeto es la posibilidad de que la mejora concedida al trabajador pueda resultar discriminatoria.

En este sentido hay que empezar matizando que por discriminatoria hemos de entender aquella ventaja que atente contra el art. 14¹⁵ ó el 17¹⁶ de la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores respectivamente.

De esta forma es importante recalcar en primer lugar que no todo trato de favor, o diferencia en el mismo puede ser calificada de discriminatoria. Así el propio Tribunal Constitucional manifiesta que no existe un principio de igualdad absoluta en las relaciones contractuales individuales, por lo que las diferencias de trato solo implican

¹⁴ En su sentencia de 17 de noviembre de 2010 (662/2010).

¹⁵ Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

¹⁶ No discriminación en las relaciones laborales.

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

discriminación prohibida cuando se deben a alguna de las causas enumeradas en los artículos citados¹⁷.

En este sentido Iglesias Cabero¹⁸ en su análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional y de forma más concreta de su Sentencia 117/93 de 31 de mayo concluye que respecto del principio de igualdad se pueden fijar los siguientes postulados:

a) No toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carecen de una justificación objetiva y razonable;

b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional;

c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados;

d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.

De esta forma el Tribunal justifica la posibilidad de que un trabajador (o varios, dependiendo de la naturaleza de la condición mas beneficiosa) disfruten de mejores condiciones en su relación laboral que otros sin que esto pueda considerarse ilícito por atentar contra el principio de no discriminación.

¹⁷ Abdón Pedrajas, M. y Sala Franco T.: “Miscelánea jurisprudencial acerca de las mejoras salariales empresariales individuales”. Abdón Pedrajas Abogados y asesores tributarios. Madrid, Septiembre 2006.

¹⁸ Iglesias Cabero, M.: “Autonomía individual y principio de igualdad en la fijación de salarios en la empresa (1)” (Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1996, Ref. IV, pág. 61, tomo 1, Editorial LA LEY – (2500/2001)).

Y en este mismo sentido abunda en su Sentencia 36/2011 de 28 de marzo cuando en el fundamento de derecho quinto refiere “Lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”.

En definitiva, el principio de condición más beneficiosa es perfectamente compatible con el de igualdad y no discriminación, siempre y cuando respete todo lo mencionado anteriormente.

2.3 Voluntad real de mejora

Este es probablemente el elemento más relevante y desde luego indispensable para que la condición más beneficiosa pueda ser considerada como tal.

El primer aspecto a tener en cuenta respecto de esta voluntad real de mejora es que conforme viene reiterando la doctrina jurisprudencial, la condición más beneficiosa no puede en ningún caso confundirse con las situaciones de mera tolerancia o liberalidad empresarial, es decir, debe tratarse de una “voluntad inequívoca”.

En este sentido, la primera dificultad que nos vamos a encontrar es la de probar esa “voluntad inequívoca” en el caso de que ésta no se haya hecho constar en el contrato de trabajo. El problema de fondo es que, como ya dijimos con anterioridad, lo más habitual es que estas mejoras concedidas por el empresario se produzcan “ex novo” (durante el transcurso de la relación laboral) de forma que no queda manifestación explícita de las mismas, tratándose pues de una concesión tácita del empresario. Además Asquerino Lamparero¹⁹ nos advierte que “demostrar que la mejora es fruto de la voluntad deliberada del empresario no es baladí, sobre todo teniendo en cuenta que la adverbación de la condición más beneficiosa recae directamente sobre la persona del trabajador”²⁰.

¹⁹ Asquerino Lamparero, M^a. J., ob. cit.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5665); STS de 20 de diciembre de 1995 (RJ 13 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1152)).

Un criterio que podría servir para probar que nos hallamos ante una condición más beneficiosa sería el de la reiteración temporal de la mejora concedida, pero la doctrina jurisprudencial establece sin ningún lugar a dudas que éste no es suficientemente válido porque “las situaciones generadas por la tolerancia empresarial no transforman su naturaleza jurídica por mucho que se prologuen en el tiempo”²¹. Es más, esta repetición en el tiempo no solo no es determinante sino que no es siquiera necesaria tal y como sostiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de noviembre de 1992 cuando dice que “para que se dé una condición más beneficiosa no basta la repetición o la persistencia en el tiempo, sino que es preciso que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la Ley o en el Convenio. Es preciso que se dé la intencionalidad empresarial o voluntad de mejorar y conceder un beneficio. Para que el disfrute por el trabajador de un beneficio laboral alcance el valor de una condición más beneficiosa o un derecho adquirido ni es suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es tampoco precisa esa nota de duración o persistencia”.

Ante esta afirmación del Alto Tribunal, ¿Cómo podemos conocer que esa persistencia en el tiempo es constitutiva de la voluntad inequívoca de conceder un beneficio? Pues bien, pese a que la reiteración temporal no es definitivamente concluyente, si constituye un “indicio a valorar para descubrir una voluntad real de mejora que trasciende el ámbito propio de lo que sería una mera concesión graciosa por parte del empresario y se convierte, de esta forma, en una auténtica condición más beneficiosa”²². Así lo reconoce el Supremo cuando dice “para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que se pruebe la voluntad inequívoca empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales y convencionales de regulación de la relación de trabajo, voluntad inequívoca que, a falta de una prueba documental que la manifieste, necesita la prueba de que la ventaja que se disfruta se ha consolidado en el tiempo ya que entonces por la

²¹ Sempere Navarro, A. V.: “El nacimiento de la Condición mas beneficiosa” (Aranzadi Social tomo IV parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1996. – (BIB 1996\1447)). Que además refiere en este sentido las SSTS 20 diciembre 1993 (RJ 1993, 9974); 31 mayo 1995 (RJ 1995, 4012) y 18 enero 1996 (RJ 1996, 3249).

²² Asquerino Lamparero, M^a. J., ob. cit.

habitualidad, regularidad y persistencia de su disfrute es cuando puede afirmarse que se incorpora al nexo contractual”²³.

Hay que añadir a este respecto que esta incorporación al nexo contractual “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” no solo es determinante para la existencia de la condición más beneficiosa, sino que determina también la imposibilidad de extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario²⁴.

3. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS CONDICIONES MAS BENEFICIOSAS

Nos encontramos ahora ante la esencia misma del principio de condición más beneficiosa, esto es, ante su “intangibilidad unilateral”. Esta intangibilidad no es otra cosa que el respeto frente a los cambios normativos y a la decisión unilateral del empresario. De esta forma, solo se podrá proceder a extinguir o modificar la condición mas beneficiosa, como dijimos al conceptualizarla, siguiendo los cauces o procedimientos establecidos a tal efecto.

Así, una vez que la condición mas beneficiosa ha adquirido tal naturaleza jurídica en virtud de su incorporación al nexo contractual, ésta “mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o

²³ Doctrina Unificada de la Sala IV del TS manifestada en sentencias de 16 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6789) (rec. 1920/1991), 20 de diciembre de 1993 (rec. 443/1993), 21 de febrero de 1994 (rec. 3773/1992), 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4012) (rec. 2384/1994), 8 de julio de 1996 (rec. 2831/1995), 14 de marzo de 2.005 (rec. 71/04), 14 de abril de 2.005 (RJ 2006, 2013) (rec. 153/2003), 13 de marzo de 2.006 (RJ 2006, 5418) (rec. 1/2005), o 3-11-2008 (rec. 102/2007) y de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 7011).

²⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2011 en su estudio sobre los requisitos que han de darse para la concurrencia de la condición mas beneficiosa concluye que “para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992 , 20 de diciembre de 1993 , 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (sentencias de 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" (sentencia de 25 de enero , 31 de mayo y 8 de julio de 1996).

La doctrina de esta Sala es concluyente en el sentido de entender que reconocida una condición más beneficiosa esta condición se incorpora al nexo contractual y ello impide poder extraerlo del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito - art. 3.1.c) ET - y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable - siendo de aplicación en el caso las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar de forma unilateral.

Por lo demás, tampoco el art. 41 ET permite de forma indiscriminada que el empleador modifique condiciones colectivas cuando en las previsiones del cualquier modificación de esta naturaleza viene condicionada a la existencia de "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" - art. 41.1 ET - y a un concreto procedimiento de modificación - art. 41.4 -, de forma que sólo con el concurso de tales requisitos causales y de forma puede aceptarse legalmente aquella modificación”.

neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable”²⁵.

De aquí resulta posible deducir que las vías para tal modificación o extinción son el acuerdo de las partes (válidamente otorgado) y la neutralización por el mecanismo de la compensación y absorción. No obstante, hemos de añadir aquí otras dos posibilidades: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo recogida en el art. 41 del ET y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

3.1 El acuerdo entre las partes

Podemos afirmar que una vez concedida y disfrutada la condición más beneficiosa, esto es, incorporada al sinalagma de la relación laboral, nada impide a las partes modificarla o suprimirla por mutuo acuerdo. Es más, Ballester Laguna²⁶ califica este pacto novatorio como “el más respetuoso, al menos potencialmente, con la figura que nos ocupa”.

El citado pacto novatorio no plantearía ningún problema si fuera una reforma *in melius* para el trabajador, sin embargo, mucho más controvertida es esta reforma cuando supone una reducción o minoración de la ventaja que venía disfrutando el empleado. Surge inevitablemente aquí la pregunta de si ese acuerdo no es contrario al principio de irrenunciabilidad de los derechos previsto en el art. 3.5 del Estatuto. La respuesta nos la aporta Asquerino Lamparero²⁷ cuando nos indica que “de un examen atento del principio de irrenunciabilidad contenido en el precepto antes mencionado, podemos extraer la conclusión de que la única proscripción es a los derechos que han surgido a través de las normas, siendo perfectamente válidos los pactos que suponen la disponibilidad de los derechos que han sido otorgados al trabajador en virtud del vínculo contractual (no así, reiteramos, de los derechos concedidos a través de normas legales o convenios colectivos)”.

Por tanto hemos de concluir que es perfectamente lícito que el trabajador renuncie a la mejora o acepte el acuerdo de su modificación en virtud de su propia voluntad,

²⁵ STS de 14 de octubre de 2011.

²⁶ Ballester Laguna F.: “Condición más beneficiosa y derechos laborales adquiridos” Portal Derecho 2001-2012 - Actualizado a junio de 2010 - Ref. Iustel 910844.

²⁷ Asquerino Lamparero, M^a. J., ob. cit.

siempre y cuando ésta se haya otorgado válidamente, es decir, no adolezca de ningún vicio del consentimiento.²⁸

3.2 La condición más beneficiosa y la sucesión normativa

Respecto de la sucesión normativa tanto la doctrina como la Jurisprudencia son prácticamente unánimes en el sentido de considerar que “la condición más beneficiosa es inmune frente al fenómeno de la sucesión normativa, salvo por lo que se refiere al juego de la absorción y compensación salarial, que se considera atempera esta regla general”²⁹.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1998 sostiene que las condiciones mas beneficiosas “se incorporan al nexo de trabajo han de ser respetadas como derechos adquiridos, en tanto subsista la relación laboral, y ello incluso cuando resulten afectadas por una distinta regulación, emanada con posterioridad de un convenio, ya que si bien éstos una vez aprobados alcanzan plena obligatoriedad, y se sobreponen a las reglamentaciones básicas, ello no implica que sea lícito, apoyándose en ellos desconocer o lesionar situaciones anteriores consolidadas al amparo de pactos, usos y prácticas singulares que por su atribución personal y específica hacen innecesarias una cláusula de mantenimiento dentro del texto de la nueva ordenación, sino que subsisten de modo implícito”.

El único problema que se genera con la regla de la inmunidad de la condición más beneficiosa frente a la sucesión normativa es que carece de refrendo legal, a diferencia de la absorción y compensación salarial que como veremos mas adelante si poseen ese sustento normativo.

3.2.1 La absorción y compensación salarial

En primer lugar hemos de decir que estas figuras (que constituyen en opinión de la doctrina mayoritaria la excepción a la regla de la inmunidad de la condición más beneficiosa frente a la sucesión normativa) hallan su fundamento jurídico en los artículos 26.5 y 27.1.3 del Estatuto de los trabajadores que establecen la “no

²⁸ En este sentido Díaz Aznarte, M^a. T., ob. cit., pág. 261 sostiene que en estos supuestos habrá que “intensificar las cautelas y descartar la presencia de vicios en el consentimiento prestado por el trabajador”.

²⁹ Ballester Laguna, F., últ. ob. cit.

acumulación de los incrementos salariales de origen normativo a las mejoras que ya venía disfrutando el trabajador, procediéndose de esta forma a su neutralización³⁰.

Por su parte Bejarano Hernández³¹ define esta técnica jurídica diciendo que “las mejoras de orden normativo (legales, reglamentarias, convencionales), no se adicionan, como regla general, a las condiciones más beneficiosas fruto del pacto individual o incorporadas al contrato de trabajo, sino que esta últimas, salvo estipulación en contrario, quedan neutralizadas por aquellas”.

Además añade que lo dispuesto sobre esta materia en el citado artículo 26.5 se trata de un precepto de derecho necesario relativo establecido a favor del empresario, lo que significa que nos hallamos ante un derecho renunciable por el mismo (pues la indisponibilidad de derechos del artículo 3.5 ET solo se predica para los trabajadores), por lo que “cabe que a través del contrato individual se configuren las condiciones contractuales como no absorbibles o no compensables, de suerte que, en tal caso <<estas cláusulas de no absorción o compensación constituyen una condición contractual mas beneficiosa de necesario respeto para una norma posterior y para el propio empresario>>”³².

Por otra parte, la Jurisprudencia viene exigiendo que para que pueda operar la absorción y compensación es necesario que se produzca entre los conceptos salariales una “homogeneidad, al menos en el orden de la función retributiva”³³ y que “el trabajador ya viniera disfrutando de retribuciones superiores en conjunto y cómputo anual”³⁴.

El problema es que existe una gran complejidad en la estructura salarial en los convenios colectivos y en los contratos de trabajo lo que dificulta la tarea de determinar la existencia de la necesaria homogeneidad, de forma que no existe una respuesta absoluta, siendo necesario valorar la naturaleza y finalidad de los conceptos retributivos así como las circunstancias concurrentes en cada momento. En este sentido, podemos establecer (sin ánimo de abarcar toda la casuística por lo

³⁰ Ballester Laguna, F., últ. ob. cit.

³¹ Bejarano Hernández, A.: Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma. Bosch. Barcelona, 2001. pág. 127.

³² Bejarano Hernández, A., ob. cit., pág. 129.

³³ STS de 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 9313).

³⁴ Asquerino Lamparero, M^a. J., ob. cit.

extenso y dificultoso) las siguientes pautas siguiendo el análisis de la jurisprudencia y la doctrina judicial que hace Llopart Bennàssar³⁵:

1. “Concorre la nota de homogeneidad entre conceptos remuneratorios distintos siempre que tengan naturaleza salarial, periodicidad fija y no remuneren trabajos o circunstancias específicas³⁶. Así, se estima que son equivalentes entre sí el salario base, las pagas extraordinarias³⁷, los pluses convenio³⁸, los incentivos o primas cuando no son tales a pesar de su denominación³⁹, las pagas de beneficios no ligadas a mayor beneficio de la empresa⁴⁰, las mejoras voluntarias⁴¹ y los complementos de empresa⁴².
2. No existe homogeneidad entre los complementos personales entre sí, como tampoco entre éstos y la retribución básica u otro tipo de complementos salariales⁴³. Así, Asquerino Lamparero⁴⁴ sostiene que “no son compensables entre sí, por carecer de este requisito, el complemento de antigüedad (de carácter personal) con un complemento de puesto de trabajo⁴⁵ o las horas extraordinarias con salario superior⁴⁶, el plus de actividad con las mejoras de salario base⁴⁷, la paga de beneficios que se percibe en función de la categoría profesional que ostenta el trabajador con un complemento variable en función de los objetivos alcanzados⁴⁸”.

3.3 La cláusula rebus sic stantibus

Esta cláusula que es una abreviatura de la frase “contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”, significa que los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro, se entienden mientras que estén así las cosas y en virtud de ella si sobreviene un cambio

³⁵ Llopart Bennàssar, M.: “La absorción y compensación del incremento del salario profesional (Actualidad Laboral, Nº 19, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Nov. 2006. Editorial LA LEY – (3001/2006)).

³⁶ Vid. STCT de 15 de junio de 1987, SSTSJ de Andalucía de 22 de enero de 1997, Madrid de 7 de marzo de 1997, Cataluña de 1 de septiembre de 1997, Cataluña de 10 de febrero de 2004 y Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2004.

³⁷ SSTSJ de Madrid de 10 de enero de 2005, Canarias de 21 de febrero de 2005, y Canarias de 4 de marzo de 2005.

³⁸ SSTSJ de Cataluña de 6 de octubre de 1998, y Castilla y León de 21 de septiembre de 2005.

³⁹ SSTSJ de Castilla y León de 5 de noviembre de 1996, Cataluña de 5 de marzo de 1998, Cataluña de 1 de febrero de 1999, Asturias de 21 de enero de 2000, Cataluña de 23 de febrero de 2004, Canarias de 21 de febrero de 2005, y Canarias de 4 de marzo de 2005.

⁴⁰ SSTS de 15 de enero de 1997 y 9 de diciembre de 1999.

⁴¹ SSTSJ de Canarias de 31 de octubre de 2005 y Navarra de 24 de febrero de 2006.

⁴² STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006.

⁴³ STSJ de Cantabria de 7 de julio de 2004.

⁴⁴ Asquerino Lamparero, M^a J. ob. cit.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2715).

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de febrero de 1996 (AS 1996, 397).

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 12 de enero de 1996 (AS 1996, 676).

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 1356) (Rec.33/10).

importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al contratar, podía el obligado resolver -en nuestro caso, revisar o modificar- el contrato que se le había hecho demasiado oneroso⁴⁹.

Se trata de una institución civilista que supone una excepción al principio de *pacta sunt servanda*, según el cual en aplicación de los artículos 1.091 y 1.098 del Código Civil los contratos son ley para las partes y las obligaciones contractuales deben cumplirse según el tenor que en aquellos se establezca. Sin embargo la propia Jurisprudencia Civil advierte de que debe “exigirse un gran rigor a la hora de apreciarla, debiendo, además, probarse contundente y decisivamente su existencia”⁵⁰ y establece para su apreciación los siguientes requisitos: a) Que se trate de una “alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles”⁵¹.

A todo esto hay que añadir que mayoritariamente la doctrina acepta el carácter subsidiario de su aplicación, de modo que podemos decir que la utilización de dicha cláusula obedecería a recurrir, en última instancia, a esta posibilidad cuando el ordenamiento no ofreciera otra vía distinta para atender al equilibrio desaparecido como consecuencia de la alteración sobrevenida de las circunstancias⁵².

Considerando entonces todos los presupuestos anteriores, parece lógico afirmar que una vez modificado el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores a través de la Ley 11/1994, ya existe una vía legal para atenuar el posible desequilibrio que pudiera originarse en la relación laboral fruto de las modificaciones susceptibles de sobrevenir en las circunstancias que permitieron y fueron determinantes en la celebración del contrato.

Así, Bejarano Hernández⁵³ sostiene que “esto significa que en el régimen modificativo específico del artículo 41 ET cabe perfectamente incluir los supuestos de <<alteraciones sobrevenidas de las circunstancias contractuales>>, entre las que se integran las doctrinas o teorías relativas a la <<excesiva onerosidad

⁴⁹ Bejarano Hernández, A., ob. cit., pág. 172.

⁵⁰ Bejarano Hernández, A., ob. cit., pág. 174.

⁵¹ STS, Sala de lo Civil de 6 de noviembre de 1992.

⁵² Sala Franco, T. y Goerlich Peset, J. M.: “Los límites al principio de condición más beneficiosa de naturaleza contractual”. Poder Judicial, 15. 1989. pág. 197 y siguientes.

⁵³ Bejarano Hernández, A., ob. cit., pág. 178.

sobrevenida>>, <<la alteración de la base del negocio jurídico>> o, en términos generales y abarcando a todas ellas la de la cláusula rebus sic stantibus, pues el empresario, si resultan acreditadas esas importantes alteraciones sobre la base o las circunstancias en que pactó u otorgó una condición más beneficiosa, podría legítimamente adoptar la decisión de modificarla sustancialmente o suprimirla, fundándose, para ello en razones, bien de carácter económico –vbgr. por excesiva onerosidad sobrevenida–, o bien de carácter técnico, organizativo o productivo”⁵⁴.

En definitiva podría llegar a afirmarse que dicha cláusula casi podría constituir un supuesto subsumido en el propio artículo 41 ET, porque además éste amplía el espectro de posibilidades y deviene en una menor exigencia de las mismas.

Por tanto “esta <<laboralización>> de la rebus sic stantibus tiene pues un doble límite: en primer lugar está supeditada a los límites legales, materiales y procedimentales previstos por el art. 41 ET y en segundo lugar, en coincidencia con lo que se propugna en el ámbito civil, su aplicación debe ser siempre restrictiva y excepcional, es decir, limitada a situaciones extraordinarias”⁵⁵.

3.4 La imposibilidad de supresión unilateral de la condición más beneficiosa por el empresario

Recurriendo una vez más a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos afirmar que una vez que la condición más beneficiosa se incorpora al nexo contractual, no es posible su modificación de forma unilateral por el empresario. Esta imposibilidad se apoya en “la naturaleza exquisitamente contractual de toda condición más beneficiosa (que es siempre el resultado de un acuerdo expreso o tácito entre empresario y trabajador), no pudiéndose dejar su cumplimiento al arbitrio de la sola voluntad del empresario, de conformidad con el artículo 1256 del Código Civil”⁵⁶.

Esta afirmación jurisprudencial tiene su origen en el “principio de intangibilidad unilateral de las condiciones mas beneficiosas adquiridas y disfrutadas”⁵⁷.

⁵⁴ En idéntico sentido Ballester Laguna, F., últ. ob. cit., dice textualmente que “el procedimiento de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del 41 ET puede satisfacer ampliamente las exigencias de la rebus sic stantibus, pudiéndose apreciar como en la mayoría de los casos conocidos por los tribunales el cambio sobrevenido de las circunstancias alegado suele venir acompañado -cuando no es el desencadenante directo- de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

⁵⁵ Bejarano Hernández, A., ob. cit., págs. 178 y 179.

⁵⁶ Ballester Laguna, F., últ. ob. cit.,

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1992 (Ar.6789).

La controversia a este respecto surgió con la entrada en vigor de la Ley 11/1994 de 19 de mayo que modificó (entre otros) el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de permitir al empresario modificar las condiciones de trabajo cuando existieran “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

Así Bejarano Hernández⁵⁸ nos advierte que tras esta modificación del artículo 41 “la doctrina judicial viene señalando que si bien una vez otorgada la condición mas beneficiosa ya será de imposible supresión unilateral por el empresario, ello es así salvo que concurrieran las causas que legalmente le autorizan a modificar condiciones sustanciales del contrato de trabajo y siguiera el procedimiento previsto al efecto”⁵⁹.

En este sentido, aunque el citado artículo del Estatuto en ningún momento hable de condiciones más beneficiosas, éstas si se pueden inferir cuando alude a “la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual” o “disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”⁶⁰.

La conclusión que se deriva pues es obvia: desde la citada reforma del 94 el empresario está perfectamente legitimado para modificar o suprimir de forma unilateral condiciones mas beneficiosas, siempre y cuando lo haga apoyándose en este artículo, es decir, alegando las razones y siguiendo el procedimiento que éste le marca.

Para terminar, la única cuestión a dilucidar entonces ya sería si cualquier condición más beneficiosa es susceptible de ser modificada o extinguida por la vía del artículo 41 ET. Hay que decir a este respecto que la doctrina no es unánime, y así por ejemplo si bien Díaz Aznarte⁶¹ sostiene que las condiciones mas beneficiosas “poseen contenidos heterogéneos, sin que en absoluto pueda mantenerse que una variación en los mismos, en todo caso, implique una modificación sustancial de las condiciones de trabajo”⁶², Ballester Laguna opina en sentido contrario que “la

⁵⁸ Bejarano Hernández, A., ob. cit., pág. 152.

⁵⁹ Y nos remite a las Sentencias del TSJ del País Vasco de 31 de diciembre de 1996 (Ar. 4775) y de 30 de marzo de 1999 (Ar. 1670).

⁶⁰ Hay que advertir, no obstante, que esta redacción del artículo 41 ha sido modificada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁶¹ Díaz Aznarte, M^a. T., ob. cit., págs. 267 y 268.

⁶² En consonancia con la opinión de Díaz Aznarte, Lorente Rivas, A., ob. cit., sostiene que “La realidad es que no todas las condiciones más beneficiosas disfrutadas por los trabajadores son de tal entidad que su modificación debiera ser siempre considerada sustancial, puesto que la variedad y heterogeneidad de sus contenidos es ilimitada. De aquí que se pueda defender que las condiciones más beneficiosas, al igual que las demás condiciones contractuales, en unos casos se modificarán sustancialmente y en otros su cambio será una mera aplicación del poder de especificación y

importancia intrínseca de la condición más beneficiosa determina la sustancialidad per se de su modificación”⁶³ y que “salvo que se proteja del art. 41 ET ninguna de ellas queda extramuros de su alcance”⁶⁴.

II.- LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

1. CONCEPTO DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL INDIVIDUAL

Parece lógico que, si como dijimos al principio, vamos a centrar el estudio únicamente en las modificaciones sustanciales de trabajo de carácter individual, lo primero que hemos de aclarar es qué se entiende por tales.

Para empezar hay que recordar que la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral ha modificado el criterio a considerar para distinguir las modificaciones de carácter individual de las de carácter colectivo.

Así el nuevo artículo 41.2 cita textualmente:

“Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 % 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.

Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas”.

Entonces del tenor literal de la norma se puede deducir que el criterio de diferenciación de las modificaciones sustanciales (entre las que son de carácter

variación empresarial, en cuanto variación accidental de una condición, que si se cambia más intensamente podría ser calificada de sustancial o que la entidad misma de la condición hace que siempre sea accidental en relación con el contenido contractual”.

⁶³ Vid. Asquerino Lamparero, M^a J., ob. cit.

⁶⁴ Ballester Laguna, F., últ. ob. cit.

individual y las que lo son de carácter colectivo) es el número de trabajadores afectados por ellas en función de los que tenga la empresa⁶⁵.

Así podemos afirmar que “todas las modificaciones de condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de un contrato de trabajo, un acuerdo colectivo extraestatutario o una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, tendrán la consideración de individuales cuando afecten a un número de trabajadores que quede por debajo de los umbrales dispuestos en el apartado 2 del art. 41 ET; por el contrario, cuando dichas condiciones sean alteradas a un número mayor de empleados en un plazo de noventa días, la modificación habrá de calificarse de colectiva”⁶⁶.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DEL ART. 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Vamos a realizar un análisis de la evolución en la regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo partiendo de La Ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores⁶⁷, si bien es cierto que esta figura ya había aparecido en anteriores normas aun con diferente naturaleza jurídica y denominación. En este sentido, siguiendo a San Martín Mazzucconi⁶⁸ podríamos hablar del primer antecedente en el “régimen legal de alteración de la prestación pactada (en el contrato de trabajo) en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 que permite al empresario exigir al trabajador, por necesidades temporales y urgentes un <<mayor trabajo u otro del acordado>>”⁶⁹.

Sin embargo, como hemos dicho, nosotros partiremos del Estatuto de los Trabajadores. Así, la primera reforma de calado que le afecta es la de 1984⁷⁰, que, por otra parte, no produjo ninguna modificación en la materia que nos atañe.

⁶⁵ El cambio entonces se debe a que, desde la reforma de 1994 y hasta la publicación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el criterio que se venía utilizando era el de la naturaleza de la fuente atributiva de la condición susceptible de modificación. (Salvo en el caso de las modificaciones funcionales y de horario donde sí se usaba el criterio numérico).

⁶⁶ Álvarez Gimeno, R.: “La extinción indemnizada por modificaciones sustanciales tras las reformas de 2012” (Aranzadi Social núm. 4/2012 – (BIB 2012/1157)).

⁶⁷ Al final del TFG se incorpora un anexo con la literalidad del art. 41 ET en sus diferentes regulaciones desde 1980 para facilitar la apreciación de su devenir normativo.

⁶⁸ San Martín Mazzucconi, C.: El Régimen Jurídico de la Modificación Sustancial de las Condiciones de trabajo Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

⁶⁹ San Martín Mazzucconi, C., ob. cit. hace un interesante estudio sobre la evolución que sigue la regulación de esta figura legal hasta la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre el cual, no obstante, centra su estudio.

⁷⁰ A través de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Tampoco afectó a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la reforma de 1992⁷¹, de forma que el artículo 41 ET se mantuvo inalterado hasta la Ley 11/1994 de 19 de mayo.

La reforma laboral de 1994

Esta reforma⁷², que fue calificada durante muchos años como la más importante de todas las que han modificado el Estatuto de los Trabajadores, supuso una nueva configuración de las relaciones laborales y afectó a aspectos tales como la flexibilización de la normativa de contratación y negociación colectiva, la legalización de las ETTs, la movilidad funcional y geográfica, la ampliación de las causas de despido objetivo... etc.

Por supuesto, estableció considerables cambios en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siendo los más significativos desde nuestro punto de vista, los siguientes:

1. Atribución al empresario de la facultad de acordar modificaciones sustanciales de forma unilateral⁷³. Hasta ese momento la parte empresarial solo tenía la iniciativa para promoverlas, requiriéndose para poder llevarse a cabo el acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, la aprobación de la Autoridad Laboral.
2. Introducción de las causas económicas entre las justificativas de la decisión⁷⁴.
3. Inclusión entre las materias tasadas explícitamente como sustanciales de las “funciones, cuando excedan de los límites” previstos “para la movilidad funcional”⁷⁵.

⁷¹ A través de la Ley 22/1992 de 30 de julio de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

⁷² Que como ya se ha dicho se produjo a través de la Ley 11/1994 de 19 de Mayo de reforma del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones.

⁷³ No obstante hay que hacer notar que esta facultad unilateral tiene una excepción: La modificación de las condiciones establecidas en Convenios Colectivos Estatutarios (Ver nota al pie nº 77).

⁷⁴ En este sentido San Martín Mazzucconi, C., ob. cit., págs.112 y 113 nos indica que “la causa económica siempre ha podido justificar modificaciones sustanciales” ya que las demás causas del art. 41 ET son “en realidad reconducibles a las económicas como justificación última.[...] Parece que lo que el legislador ha buscado es” ampliar “al máximo las posible razones que pudieran justificarla”.

⁷⁵ A este respecto Martínez Emperador en su publicación “La modificación sustancial de condiciones de trabajo (1)” (Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1994, Ref. XXXII, pág. 463, tomo 2, Editorial LA LEY – (2870/2001)) nos aclara que “la polémica que surgió bajo la vigencia de la anterior regulación acerca de si el cauce que establecía sólo era hábil para modificar condiciones de trabajo o también permitía incidir sobre el contenido de la prestación, queda claramente resuelto en la nueva normativa en favor de esto último. Forzosamente ha de entenderse así, ya que en la redacción dada al nuevo artículo 41, incluye a las «funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley». Consiguientemente, no sólo las condiciones de trabajo en su sentido estricto, sino también el contenido de la prestación (la alteración sustancial de funciones) podrá ser canalizada a través del artículo 41 ET”.

4. Delimitación más precisa del ámbito subjetivo, diferenciando las modificaciones de carácter individual y las colectivas y además estableciendo distintos procedimientos según se trate de unas u otras⁷⁶.
5. Se permite la posibilidad de establecer modificaciones de las condiciones establecidas en Convenios Colectivos Estatutarios con una doble limitación: material (solo podrán versar sobre el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y/o el sistema de trabajo y rendimiento) y procedimental (sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores)⁷⁷.
6. Se establece la posibilidad de que el trabajador afectado por la alteración sustancial de sus condiciones pueda impugnar dicha medida ante la jurisdicción competente, la cual “declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones”.

Esta es una explicación sucinta de las diferencias, pero desde nuestra perspectiva reúne las más significativas, y pensamos que sirve para nuestro propósito de analizar la evolución legislativa del art. 41 ET.

Las reformas de 2010 y 2011

Desde la reforma del 94 y hasta 2010 ha habido varias reformas del Estatuto de los Trabajadores⁷⁸ pero ninguna introdujo cambios en el artículo 41 ET. Así la primera reforma de calado que afectó al citado artículo fue la llevada a cabo por la ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

⁷⁶ Respecto de si la anterior normativa incluía en su ámbito subjetivo sólo modificaciones con proyección colectiva o también las permitía con incidencia individual Martínez Emperador en la obra citada nos indica que “después de una cierta vacilación inicial, la doctrina por lo general se decantó en favor de la aplicación extensiva” y que “el Tribunal Supremo sentó doctrina en este sentido (declarando que también por la vía del artículo 41 podrían introducirse modificaciones con afectación individual), como manifiesta su sentencia de 24 de septiembre de 1987 (Ar. 5279)”.

⁷⁷ Martínez Emperador, R., ob. cit., señala a este respecto que esta última limitación procedimental “parece que excepciona la facultad que el artículo 41.4 atribuye a la empresa, después de fracasado el período de consulta, de imponer unilateralmente la modificación que pretende; es decir, cuando tal modificación se proyectase sobre condiciones que tuviera el origen indicado, dicha facultad de decisión quedaría excluida”.

⁷⁸ Entre las que podemos señalar como mas significativas las producidas a través de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Paradójicamente, tras catorce años inalterado ha sufrido dos⁷⁹ modificaciones casi consecutivas (2010 y 2011) que hemos agrupado en un solo epígrafe dado que el Decreto-ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, introdujo únicamente dos cambios, los cuales solo afectan a las modificaciones colectivas⁸⁰.

De esta forma diremos que los cambios más significativos⁸¹ a efectos de la cuestión que vamos a abordar fueron:

1. La reforma de la letra b) del art. 41.1 ET, que se refiere ahora no solamente a la materia «horario» sino también a la «distribución del tiempo de trabajo».
2. Se produce una ampliación de la justificación de las medidas propuestas, que no solamente se basa ya en mejorar la situación (actual) de la empresa sino en «prevenir una evolución negativa» de la misma o mejorar sus «perspectivas».

Las reforma de 2012

Esta nueva reforma operada en un primer momento a través del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que se califica a si misma como “completa y equilibrada” “en la que todos ganan, empresarios y trabajadores” constituye, al menos desde nuestro punto de vista, la mas importante de todas las llevadas a cabo desde 1994.

Pero respecto del tema que nos ocupa, y ya siguiendo la redacción definitiva dada por la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ésta introduce las siguientes modificaciones en el art. 41 ET:

1. Se introduce un texto “aclaratorio” de cuales son las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que señala textualmente “Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”⁸².

⁷⁹ Tres, si se tiene en cuenta la llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En este sentido, la Ley 3/2012 de 6 de julio no ha introducido ningún cambio al citado art. 41 ET con relación al Real Decreto Ley 3/2012.

⁸⁰ Y como ya se ha dicho el presente TFG solo aborda la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual.

⁸¹ Hay que decir que estos dos cambios, claro, se realizaron a través de la Ley 35/2010, que además introdujo otras modificaciones importantes las cuales no hemos abordado por ser de carácter colectivo.

⁸² Quizá sea mas apropiado decir que este texto sustituye al anterior (que desaparece de la nueva redacción) que decía respecto de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, 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

2. Se amplía la materia objeto de modificación sustancial del art. 41.1 d) ET de modo que ahora también tendrá tal consideración la “cuantía salarial”.
3. Se modifica el criterio de valoración para distinguir las modificaciones de carácter individual de las de carácter colectivo, quedando únicamente como distinción de unas y otras el número de trabajadores afectados. Así, tienen carácter individual las modificaciones que en un periodo de noventa días no alcancen “los umbrales señalados para las modificaciones colectivas”⁸³.
4. Se acorta de 30 a 15 días el plazo de comunicación por el empresario a los trabajadores afectados de su decisión de modificar las condiciones de trabajo de carácter individual.
5. Se amplía la posibilidad del trabajador de rescindir su contrato de trabajo (con indemnización) cuando resultase perjudicado por la modificación sustancial, a las letras d) y f) del art. 41.1 ET, esto es, cuando la materia modificada sea el “sistema de remuneración y cuantía salarial” y las “funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley”.

Para terminar, añadir que, además de no haber incluido en esta enumeración los cambios que afectan a las modificaciones de carácter colectivo (que los hay), todos estos aspectos serán tratados con mayor profusión en los siguientes apartados.

3. EL FUNDAMENTO CAUSAL DE LA MODIFICACIÓN

El art. 41.1 ET indica 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». Esto es, la ley exige que la decisión modificativa del empresario tenga un origen causal en todos los tipos o modalidades de modificación sustancial,⁸⁴ de forma que no podrá adoptarla legítimamente sin alegar su existencia.

Es mas, “el precepto subraya el carácter probado de las causas esgrimidas; lo que se traduce en que no sólo deben ser reales y actuales, sino que también el

organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

⁸³ Estos umbrales se recogen en el párrafo segundo del punto 2 del artículo 41 ET, que define las modificaciones individuales por “exclusión” de las que no son colectivas. No abundaremos más en esta cuestión pues ya se ha tratado mas profundamente en el anterior apartado de este TFG (Concepto de modificación sustancial individual).

⁸⁴ Senra Biedma, R.: “Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial” (Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1995, pág. 299, tomo 1, Editorial LA LEY – (1124/2001)).

empresario ha de estar en condiciones de acreditar su existencia (STSJ de La Rioja de 15 noviembre 1995 (AS 1995, 4246))⁸⁵.

4. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS CAUSAS

Respecto al significado de las causas hay que decir que no es fácil su determinación exacta por cuanto, además de tratarse de unos conceptos jurídicos indeterminados la ley nada dice sobre ellas. De este modo lo que se viene haciendo es seguir el criterio de la doctrina (tanto de autores como de Tribunales).

Por nuestra parte, aportaremos un criterio jurisprudencial basado en la Sentencia del TSJ de La Rioja de 15 de noviembre, si bien hemos de decir que, obviamente, éste coincide en lo sustancial con otros muchos pronunciamientos de diferentes Tribunales.

Así podemos definir las de la siguiente forma:

- Causas económicas: “las que incidan desfavorablemente en el seno de la empresa, y que produzcan, atendiendo a los ingresos y gastos y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos y comerciales, el desequilibrio de su balance, poniendo en peligro su subsistencia”⁸⁶.
- Causas técnicas: “las que se proyectan en el plano de la competitividad y que hacen aconsejable, para que ésa sea efectiva, la adopción de medidas tendentes a racionalizar su actividad productiva, incorporando los necesarios avances, para mejorar su presencia en el mercado en que ha de operar”. Como ejemplo podemos citar “la automatización de la maquinaria y utillaje industrial de la empresa, la instalación de un sistema informatizado de gestión o sustitución por otro sistema más avanzado, etc.”⁸⁷.
- Causas organizativas: son aquellas que “corresponden a la necesidad de adecuar su propia estructura, así como los medios personales y materiales de

⁸⁵ San Martín Mazzucconi, C., ob. cit., pág.120.

⁸⁶ Bejarano Hernández, A., últ, ob. cit., págs. 27 y 28. Nos indica a propósito de las causas económicas definidas en la citada sentencia que “no obstante, será bueno recordar que en el contexto de las modificaciones sustanciales de trabajo, y a tenor de lo que textualmente se dice en el art. 41, no parece que quepa la estricta asimilación, causas económicas-pérdidas, pues en dicho contexto, por causa económica hay que entender no solo la situación de pérdidas, sino también las situaciones de desequilibrio con reflejo en la cuenta de resultados de la empresa, como podría ser, por ejemplo, una notoria disminución del beneficio empresarial, o incluso, aun obteniéndose ganancias, si concurren otras circunstancias tales como que la empresa tenga un pasivo superior al activo, hasta el punto de que se ha dicho que las únicas medidas susceptibles de adopción en el marco de resultados económicos positivos, aun cuando pueda afirmarse de ellas que objetivamente mejoren o refuerzan las expectativas futuras de viabilidad, son las contempladas en el art. 41 ET”.

⁸⁷ Bejarano Hernández, A., últ, ob. cit., pág. 28 remitiendo a Pérez de los Cobos Orihuel y Roqueta Buj.

que dispone, a las líneas de producción que desarrolla, de forma que produzca una mejor presencia de la empresa en los mercados en que ha de actuar”. Son causas organizativas por ejemplo “la introducción de nuevos métodos de trabajo, la reorganización de los servicios centrales y provinciales de la empresa, la homogeneización de la jornada de trabajo del personal adscrito a diversas conexas dependencias de la empresa, etc.”⁸⁸.

- Causas de producción: “son las que afectan a los costes y volumen de ésta, para adecuarlos a las exigencias del mercado, impidiendo que su desajuste ponga en peligro la actuación competitiva de la empresa”. A modo de ejemplificación podemos reseñar “la drástica mengua de la demanda, la pérdida de una concesión administrativa o de la autorización requerida para realizar determinada actividad, el lanzamiento de nuevos productos o el perfeccionamiento de los que se venían produciendo, etc.”⁸⁹.

En relación a las causas justificativas de la decisión modificativa, un tema que ha sido objeto de abundante análisis ha sido la concurrencia de las mismas, es decir, cuándo podemos entender que de su existencia puede fundamentarse la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Pues bien, si de la anterior legislación se podía (y debía) deducir que concurrían las causas “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”⁹⁰, tras la aprobación de la reforma laboral de 2012⁹¹ mas que deducir cuando concurren hay que interpretar cuáles tendrán esa consideración, pues el nuevo texto cita literalmente: “Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”. En este sentido, una parte de la doctrina nos señala, acertadamente a nuestro humilde entender, que esta nueva redacción supone un “criterio enormemente difuso, en buena parte vinculado a factores económicos genéricos, de carácter eminentemente exógenos a la actividad productiva y por tanto al abrigo de controles

⁸⁸ Bejarano Hernández, A., últ. ob. cit., pág. 28 remitiendo a Pérez de los Cobos Orihuel y Roqueta Buj.

⁸⁹ Bejarano Hernández, A., últ. ob. cit., págs. 28 y 29 remitiendo a Pérez de los Cobos Orihuel y Roqueta Buj.

⁹⁰ Redacción textual del art. 41 ET tras la reforma de 2010, que como ya se ha señalado en la evolución histórica del mismo solo incorporaba al texto de 1994 la prevención de la “evolución negativa de la empresa” y la mejora de sus “perspectivas”.

⁹¹ A través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

rigurosos, y dotados de un potencial aplicativo favorable a los intereses de la empresa; esto es, a la validación jurídica del ejercicio por el empresario de los poderes extraordinarios que se le han concedido⁹².

5. ALCANCE OBJETIVO DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

Para determinar el alcance objetivo de la modificación sustancial hemos de acudir al art. 41.1 ET que dice: “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 de esta Ley”.

Esta lista (que como se ha dicho antes con la reforma del 2012 ha sido ampliada con la introducción de la “cuantía salarial”) tiene, a juicio de la mayor parte de la doctrina, un carácter ejemplificativo⁹³, pero es “lo suficientemente amplia como para abordar la gran mayoría de supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, salvo las que afectan al lugar de trabajo, como son señaladamente los traslados a otro centro de trabajo que exijan cambio de residencia, que vienen reguladas específicamente en el art. 40 ET⁹⁴.”

6. LA SUSTANCIALIDAD

Vamos a tratar de aclarar ahora cuándo una modificación resulta a efectos de lo dispuesto en el artículo 41 como <<sustancial>>.

⁹² Casas Baamonde, M^a. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Valdés Dal-Ré, F.: “La nueva reforma laboral” (Relaciones Laborales, N^o 5, Sección Editorial, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, Año 28, tomo 1, Editorial LA LEY - (2639/2012)).

⁹³ El propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de diciembre de 1987 la califica como “lista <<ad exemplum>> y también el TSJ del País Vasco en Sentencia de 16 de noviembre de 1999 señala que «respecto a las materias afectadas por la modificación, lo cierto es que cualquier condición de trabajo puede serlo, toda vez que el listado que proporciona el art. 41.1 ET [...] es sólo ejemplar, esto es, no es una lista cerrada, como se aprecia de la lectura del primer párrafo del precepto citado, que se refiere a dichas materias, entre otras».

⁹⁴ Bejarano Hernández, A., últ. ob. cit., pág. 42.

Siguiendo a Bejarano Hernández⁹⁵ diremos que “en lo referente al término <<sustancial>>, habrá que convenir que etimológicamente remite a términos de esencialidad e importancia⁹⁶, lo que significa que ese cambio o modificación de algunos aspectos de las condiciones de trabajo que afectan a las materias listadas en el artículo 41 ET u otras análogas habrá de tener la suficiente intensidad para ser calificado como <<sustancial>>, pero no cuando supongan cambios intrascendentes o insignificantes en relación al modo o forma en que debe ejecutarse la prestación de servicios, cuya facultad para proceder a ello se integra en el ejercicio regular del poder de dirección del empresario”⁹⁷.

En lo que coincide ampliamente la doctrina es que se trata de un tema muy casuístico en el que será determinante el criterio jurisprudencial.

En este sentido se viene utilizando de forma mayoritaria la definición que aporta el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de diciembre de 1987 que dice que “por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral”.

De esta forma podemos decir que “deben considerarse como modificaciones «sustanciales» de las condiciones de trabajo aquellas que sean de tal naturaleza que alteren y transformen aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando éstos a ser otros distintos de un modo notorio. Por tanto, la materia que se modifica debe revestir de consideración, pero la alteración que sobre ella recae no puede ser banal o insignificante”⁹⁸.

7. PROCEDIMIENTO

El art.41.3 cita textualmente: “La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días⁹⁹ a la fecha de su efectividad”.

Es decir, una vez que el empresario decide unilateralmente proceder a la modificación sustancial (fundada, claro está, en las causas previstas legalmente), no

⁹⁵ Bejarano Hernández, A., últ. ob. cit., págs. 39 y 40.

⁹⁶ En este sentido la definición de sustancial que da la RAE es “Que constituye lo esencial y más importante de algo”.

⁹⁷ Bejarano Hernández, A., últ. ob. cit., págs. 39 y 40.

⁹⁸ Álvarez Gimeno, R., ob. cit.

⁹⁹ Recordar en este sentido que este plazo ha sido reducido de 30 a 15 días por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, seguramente para facilitar aún más la flexibilidad interna en la empresa.

necesita mas requisito que comunicársela al trabajador y a sus representantes legales con al menos 15 días de antelación para que ésta tenga plena validez.

Respecto de la forma que haya de tener la comunicación, si bien nada dice la norma sobre ello, la doctrina ha venido señalando que ésta ha de hacerse por escrito en aras de la seguridad jurídica tanto del trabajador como del empresario¹⁰⁰. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista se puede deducir una obligación formal “implícita” del art. 138 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) cuando dice respecto de la impugnación judicial de la modificación sustancial que “la demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores”¹⁰¹.

Respecto del contenido, la doctrina también coincide en que se ha de hacer constar en qué consiste la modificación, cuáles son las causas que la fundamentan, y la fecha, tanto de la notificación, como de la que surtirá efectos la primera¹⁰².

8. EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL INDIVIDUAL

Para abordar el tema de los efectos que tiene la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual lo primero que hemos de hacer es acudir al párrafo tercero del punto 3 del artículo 41 ET que en su literalidad dice: “Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social¹⁰³. 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”.

Por tanto, una vez que el empresario ha notificado al trabajador su decisión modificativa la ley otorga al trabajador dos posibilidades: La impugnación de la misma o la rescisión del contrato.

¹⁰⁰ Vid Lorente Rivas, A., ob. cit.

¹⁰¹ Máxime cuando la derogada Ley de Procedimiento Laboral se limitaba a hablar de “notificación de la decisión” sin mencionar para nada la forma escrita. En consecuencia, consideramos además que la nueva redacción de la LRJS ha contribuido a resolver el amplio debate doctrinal suscitado respecto de la determinación del *dies a quo* del plazo de caducidad en los supuestos de falta de notificación expresa de la medida modificatoria.

¹⁰² Vid San Martín Mazzucconi, C., ob. cit., pags.141 y 142.

¹⁰³ Texto modificado por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, que antes aludía a la jurisdicción “competente”.

Antes de analizar con más detalle estas dos opciones atribuidas legalmente al trabajador, hay que decir que hay una tercera posibilidad que no aparece recogida de forma explícita en la norma: el aquietamiento; esto es, la no reacción (o inacción) frente a la decisión del empleador¹⁰⁴.

Obviamente el efecto de este aquietamiento es que la modificación sustancial se lleva a cabo y el trabajador desempeña su trabajo de acuerdo a las nuevas condiciones.

Mucha más envidia tienen los dos supuestos referidos en la ley, por lo que pasamos a hacer un estudio más profundo de los mismos.

8.1 La impugnación de la decisión de modificación sustancial

Cuando el trabajador no esté de acuerdo con la decisión empresarial de la modificación de sus condiciones de trabajo, pero quiera continuar trabajando, tiene que impugnar ésta ante la jurisdicción social.

Esta acción judicial impugnatoria que pretende el mantenimiento de la relación laboral, se recoge en el artículo 138 LRJS que fija como plazo de caducidad para el ejercicio de la misma los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión empresarial modificativa.

“El art. 138.5 LRJS caracteriza a este procedimiento como urgente y de tramitación preferente dado que su desarrollo no paraliza la ejecutividad de la medida modificativa, se pretende que la impugnación sea resuelta con celeridad suficiente como para que recaiga pronunciamiento judicial al respecto antes de que el período de preaviso llegue a su fin, evitándose así que una medida injustificada o nula despliegue sus efectos sobre la relación laboral”¹⁰⁵. Hemos de hacer, sin embargo, una precisión a este respecto: Tras la reducción con la reforma laboral de 2012 del plazo de preaviso a 15 días se dificulta mucho más este objetivo de evitar que la “medida injustificada despliegue sus efectos” puesto que ahora cabe la posibilidad incluso de que la modificación se lleve a efecto dentro del plazo del ejercicio de la acción, por lo que el trabajador podría proceder a impugnarla siendo ésta ya efectiva.

¹⁰⁴ Lorente Rivas, A., ob. cit., dice que este aquietamiento es “fácil deducirlo de la existencia de plazos para la extinción contractual o la impugnación de la modificación, puesto que su transcurso, sin que se haya ejercitado ninguna de esas dos opciones, permite presumir que el trabajador acepta pacífica y quietamente la modificación” y remite a varias sentencias para argumentarlo.

¹⁰⁵ San Martín Mazzucconi, C., ob. cit., págs. 270 y 271.

La sentencia, contra la que no procederá ulterior recurso, deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Además declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, las razones invocadas por la empresa.

Cuando la sentencia declare justificada la decisión empresarial el trabajador deberá continuar prestando servicios pero con las nuevas condiciones surgidas de la modificación sustancial. Sin embargo, hay que matizar que esta regla tiene una excepción que, si bien ya venía siendo contemplada por la Jurisprudencia, ha sido recogida de forma explícita por la nueva redacción de la LRJS, la cual permite al trabajador “extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos [...] en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días”¹⁰⁶.

Por el contrario la sentencia que declare injustificada la medida empresarial reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo¹⁰⁷.

Además la LRJS añade que en el supuesto de que “el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto” en el art. 50.1 letra c ET, es decir, podrá acudir a la vía de la extinción por voluntad del trabajador fundamentada en <<causa justa>>¹⁰⁸.

Para terminar, señalar que será declarada nula “la decisión adoptada en fraude de ley, [...] así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, lo que supondrá el reconocimiento al mismo a ser repuesto en sus antiguas condiciones.

¹⁰⁶ Esta posibilidad la comentaremos con más detalle al hablar de la Compatibilidad entre impugnación de la modificación y extinción del contrato.

¹⁰⁷ No hemos considerado oportuno, por motivos de espacio, el estudio de la nueva posibilidad que otorga la LRJS al trabajador, esto es, el reconocimiento al “abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos”.

¹⁰⁸ Con la consiguiente indemnización fijada para el despido improcedente.

8.2 La extinción del contrato

Una vez mas para explicar este supuesto acudiremos primeramente a la redacción del art. 41.3 ET: “En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses”.

A pesar de su aparente claridad, veremos a continuación como esta posibilidad extintiva no está libre de plantear dudas importantes que redundan en los efectos que tiene para el trabajador.

El primer aspecto objeto de controversia es el referido a la determinación del plazo que tiene el trabajador para el ejercicio de la decisión extintiva, ya que la ley no dice nada al respecto. Así una opción podría ser, dado el silencio del legislador, acudir al art. 59.1 ET que dice que “Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación”. Esta opción podría perfectamente refutarse como inválida porque el citado precepto se refiere a las acciones que se ejercitan por vía judicial y no nos hallamos ante este caso sino ante el ejercicio directo de un derecho otorgado legalmente.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria se decanta por entender que ese plazo ha de ser el de los 15 días fijados para el preaviso y, por tanto, antes de “la ejecutividad de la modificación”.

La segunda cuestión controvertida es que no es suficiente para rescindir el contrato que la modificación sustancial afecte a las materias tasadas sino que la ley exige que ésta cause un perjuicio al trabajador, por tanto, se “requiere un nexo causal entre modificación y perjuicio”¹⁰⁹.

Además, como se trata de una extinción extrajudicial, basta con que el trabajador comunique al empresario su voluntad inequívoca de poner fin al contrato por esta vía, no siendo necesaria la forma escrita¹¹⁰. El problema surge cuando el trabajador acude al artículo 41.3 ET para extinguir el contrato, pero el empresario no le reconoce tal facultad o le niega la pertinente indemnización. En este caso el

¹⁰⁹ San Martín Mazzucconi, C.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art. 41 ET”. (Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2009 (BIB 2009\289)).

¹¹⁰ Aunque la doctrina coincide en que es muy recomendable a efectos de prueba.

trabajador deberá acudir al procedimiento judicial ordinario en reclamación de cantidad. (El plazo para esta acción es de 1 año y corresponde al demandante probar la existencia del perjuicio). Sin embargo, la sentencia que recaiga en este procedimiento ordinario “se limitará a reconocer o no el derecho del trabajador a la indemnización, por lo que éste asume el riesgo de que se le niegue, y habrá dejado de trabajar, lo que sería constitutivo de abandono o causa de despido disciplinario y consiguiente pérdida de la indemnización y del derecho a desempleo. Por eso es recomendable que si el trabajador no obtiene una declaración expresa del empresario de conformidad con su voluntad extintiva, continúe trabajando e interponga demanda solicitando la extinción del contrato por vía judicial”¹¹¹.

No obstante, hay que decir que el efecto “ordinario” (por mas habitual) será el que termine con la extinción de la relación laboral con la pertinente indemnización¹¹² y quedando el trabajador en situación legal de desempleo.

La extinción vía art. 50 ET

Por otra parte, la modificación (en la reforma de 2012) del art. 41.3 ET que ha eliminado la referencia “y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a)” no constituye un obstáculo para que el trabajador pueda seguir acudiendo a la vía de la extinción contractual por su propia voluntad fundada en “causa justa” cuando las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo se hayan llevado a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y que redunden en menoscabo de su dignidad. Esta posibilidad entonces sigue vigente en tanto que el citado artículo 50.1.a) del ET (aunque modificado también por la misma reforma) así lo sigue contemplando.

Vamos a hacer un estudio muy somero de esta alternativa extintiva no solo por los problemas procesales que se derivan de la misma, sino también por la enorme complejidad del tema (que ha generado un gran debate doctrinal) que haría casi inviable explicarlo claramente dada la limitación formal del Trabajo de Fin de Grado.

Así, el nuevo art. 50.1 ET dice que “serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”.

¹¹¹ San Martín Mazzucconi, C., ob. cit., (“La modificación sustancial....”).

¹¹² 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

De ello podemos deducir, a la espera de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, que parece necesario que las dos causas recogidas han de darse de forma conjunta y que, por tanto, no son independientes.

Respecto a la primera de las causas en el caso que nos ocupa (modificaciones individuales de carácter sustancial) parece que solo es posible si no se ha cumplido con el requisito de la notificación. (Pues si nos halláramos ante modificaciones de carácter colectivo sí surgiría una mayor casuística).

Respecto del menoscabo de la dignidad del trabajador, lo primero que podemos decir es que no es fácil determinar de forma absolutamente precisa cual es su noción jurídica¹¹³.

Así, siguiendo a Álvarez Gimeno¹¹⁴ podemos decir que “esta vulneración de la dignidad del trabajador podría identificarse con los derechos fundamentales y libertades públicas que consagra nuestra Constitución” o incluso “en sentido amplio, como toda falta de respeto, vejación o descrédito de carácter grave que sufre el trabajador ante sus compañeros de trabajo, sus jefes y su entorno socio-familiar, como persona o como profesional”. “De hecho, los tribunales no admiten cualquier atentado contra la dignidad del trabajador como causa de extinción, pues, como es lógico, este tipo de perjuicio cualificado tiene que tener cierta entidad y ser objetivamente reconocible, no siendo suficiente la apreciación subjetiva del afectado”¹¹⁵.

Por último hacer constar el importante detalle de que, de hacer prosperar esta vía extintiva, la indemnización sería la reconocida para el despido improcedente.

9. COMPATIBILIDAD ENTRE IMPUGNACIÓN DE LA MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Respecto de si son compatibles la impugnación y la extinción del contrato, podemos decir que la acción impugnatoria “se trata de una reacción del trabajador orientada hacia el mantenimiento del contrato, por lo que resulta incompatible con la previa extinción del mismo en virtud de alguna de las modalidades resolutorias que el

¹¹³ En este sentido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de abril de 1985 afirmó que “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás”.

¹¹⁴ Álvarez Gimeno, R., ob. cit.

¹¹⁵ Vid. Álvarez Gimeno, R., ob. cit., que remite para argumentar esta opinión a diferentes sentencias del Tribunal Supremo y del TSJ de Madrid.

legislador contempla anudadas a esta figura o por cualquier otra de las admitidas por el ordenamiento jurídico. Esta incompatibilidad no significa que extinción e impugnación sean alternativas y excluyentes en todo caso”¹¹⁶.

Partiendo de esta afirmación vamos a tratar de hacer una síntesis de la casuística que se podría dar:

1. Extinción del contrato: Tanto si es por la vía del art. 41.3 párrafo segundo como si es acudiendo al art. 50.1 ET la rescisión de la relación laboral hacen totalmente inviable la posterior impugnación.
2. Impugnación de la decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo: Aquí se amplían las posibilidades de modo que nos podemos encontrar con las siguientes situaciones:
 - a) El trabajador ejercita la acción de impugnación por alguno de los supuestos recogidos en los párrafos a), b), c), d) y f) del art. 41.1 ET (jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET) y la Sentencia declara la decisión como justificada: En este caso la propia resolución judicial otorga al trabajador la posibilidad de extinguir su contrato con derecho a indemnización¹¹⁷, en el plazo de 15 días (desde la notificación de la sentencia).
 - b) El trabajador ejercita la acción impugnatoria por disconformidad con la decisión empresarial de modificación del sistema de trabajo y rendimiento y la Sentencia declara la decisión como justificada: Ya no cabe la acción de extinción (indemnizada)¹¹⁸.
 - c) El trabajador ejercita la acción impugnatoria por disconformidad con la decisión empresarial de modificación de cualquier condición de trabajo de las recogidas en el art. 41 y la Sentencia declara la decisión como injustificada: En este caso el trabajador deberá ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, pero si el empresario incumpliera

¹¹⁶ San Martín Mazzucconi, C., ob. cit., (“La modificación sustancial....”).

¹¹⁷ 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

¹¹⁸ Porque nada impide al trabajador que está disconforme dimitir (dando el plazo de preaviso oportuno, según nos indica el art. 49.1 letra c del ET) y por tanto poner fin a la relación laboral sin ningún tipo de indemnización.

esta obligación¹¹⁹ entonces habilita al trabajador a solicitar la extinción contractual por la vía del art. 50.1. c) ET con la consiguiente indemnización, que será la correspondiente a la fijada para el despido improcedente.

- d) El trabajador ejercita la acción impugnatoria por disconformidad con la decisión empresarial de modificación de cualquier condición de trabajo de las recogidas en el art. 41 y la Sentencia declara la decisión como nula: Esta resolución judicial reconocerá al trabajador el derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, pero ante el incumplimiento empresarial de readmisión, el trabajador puede optar por solicitar, bien la extinción contractual por la vía del art. 50.1 c) ET con la indemnización fijada para el despido improcedente, o bien la ejecución de la sentencia en sus propios términos.

10. CONSIDERACIONES FINALES PARA LA REFLEXIÓN

Dijimos en la introducción que este apartado tenía como pretensión incitar a la reflexión y ha llegado el momento de la misma.

Sería poco honesto por nuestra parte negar que nos gustaría abordar aquí algunas cuestiones recogidas en el preámbulo de la Ley 3/2012 tales como las que afirman que nuestro mercado laboral requiere “una reforma de envergadura que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos” o que la “reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social”, por citar únicamente dos.

¹¹⁹ La ley dice textualmente “Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular”.

Sin embargo hemos considerado más oportuno ceñirnos a las cinco modificaciones introducidas por la reforma laboral de 2012 que citamos en el punto II apartado 2 dedicado a la evolución histórica de la regulación del art. 41 ET.

De esta forma comenzaremos diciendo que éstas aparecen en el capítulo III y tienen como objetivo “favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo” y permitirles “hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada”.

No cabe duda que, de entrada, son justas y persiguen un objetivo ambicioso (evitar despidos), pero si preguntáramos a los trabajadores respecto de la reducción “temporal” de jornada o sueldo ¿qué nos contestarían? ¿A quien puede beneficiar más esa medida? No olvidemos en este sentido el carácter tuitivo del derecho laboral del que ya hablamos en la introducción, ni que nuestro objetivo no es hacer conjeturas sino tratar de ver las cosas con otro prisma, de generar, en definitiva, un proceso de pensamiento razonado y razonable.

Por otra parte, respecto de la primera modificación¹²⁰, esto es, la introducción del texto “aclaratorio” ya dijimos que éste suponía un “criterio enormemente difuso, en buena parte vinculado a factores económicos genéricos, de carácter eminentemente exógenos a la actividad productiva y por tanto al abrigo de controles rigurosos, y dotados de un potencial aplicativo favorable a los intereses de la empresa; esto es, a la validación jurídica del ejercicio por el empresario de los poderes extraordinarios que se le han concedido”. También nos unimos a la opinión doctrinal que sostiene que el nuevo texto “implícitamente supone una menor carga probatoria en el momento en que se plantee el conflicto o una reclamación, porque la fórmula tradicional se diluye, relajándose la carga de la prueba notablemente ya que la competitividad, la productividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa”¹²¹.

La cuantía salarial, por su parte, la abordaremos conjuntamente con la ampliación de las posibilidades otorgadas al trabajador de rescindir su contrato de trabajo.

¹²⁰ En el orden señalado en el punto II apartado 2 Evolución histórica de la regulación del art. 41 ET.

¹²¹ Romero Burillo, A. M^a.: “La impugnación individual de la movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo” (Aranzadi Social núm. 2/2012 (Nuevo protocolo laboral).Editorial Aranzadi, S.A. – (BIB 2012/661)).

Entonces, respecto del criterio de valoración para diferenciar las modificaciones de carácter individual de las de carácter colectivo, la pregunta es obvia ¿a quien beneficia que algunas de las modificaciones que antes, por la naturaleza de la fuente atributiva de la condición a modificar, eran colectivas, ahora pasen a ser individuales por el criterio de los “umbrales”? ¿No supone una “relajación” procedimental pasar de la apertura de un periodo de consultas al simple deber de notificación a los representantes de los trabajadores?

En lo referente al plazo de preaviso ya hemos dicho que su reducción (de 30 a 15 días) dificulta mucho el objetivo de evitar que la “medida injustificada despliegue sus efectos” antes de que se dicte sentencia en el caso de que el trabajador decida impugnar la decisión modificativa. De esta forma ¿no se está fomentando de alguna manera el aquietamiento del trabajador? Si añadimos a esto lo señalado en la introducción respecto del porcentaje de PYMES en España, podemos decir que es cierto que es una garantía jurídica para el trabajador poder ejercitar la acción de impugnación, pero ¿cuántos trabajadores de estas pequeñas empresas se pueden “permitir el lujo” (valga la expresión) de llevar al empresario a juicio sin esperar por parte de éste una reacción, por decirlo eufemísticamente, “inadecuada”?

En relación con la ampliación de las posibilidades otorgadas al trabajador de rescindir el contrato de trabajo con derecho a indemnización, parece claro que no es sino un incremento de las garantías otorgadas al trabajador frente a la decisión de la modificación sustancial, sin embargo, si lo ubicamos en nuestra realidad socioeconómica actual cabe pensar que esta es una medida mas orientada a la situación que pretende conseguir la norma que a la presente, o dicho de otra forma, es una “medida de futuro”. Baste siquiera recordar que en su Preámbulo la propia Ley 3/2012 define la situación actual en los siguientes términos: “La gravedad de la crisis actual no tiene precedentes. España ha destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas. Los datos de la última Encuesta de Población Activa describen bien esta situación: la cifra de paro se sitúa en 5.273.600 personas, con un incremento de 295.300 en el cuarto trimestre de 2011 y de 577.000 respecto al cuarto trimestre de 2010. La tasa de paro sube en 1,33 puntos respecto al tercer trimestre y se sitúa en el 22,85%”. La destrucción de empleo ha sido más intensa en ciertos colectivos, especialmente los jóvenes cuya tasa de paro entre los menores de 25 años alcanza casi el 50%”. [...] La duración

media del desempleo en España en 2010 fue, según la OCDE, de 14,8 meses, frente a una media para los países de la OCDE de 9,6 y de 7,4 meses para los integrantes del G7”.

Así las cosas, no cabe duda de que la posibilidad extintiva supone una garantía jurídica, pero ¿es esto suficiente?

Para tratar la incorporación de la “cuantía salarial” como materia objeto de modificación sustancial comenzaremos diciendo que ya existía un debate doctrinal en torno a si el sistema de remuneración recogido en el art. 41.1 ET, permitía o no modificar el *quantum salarial*. En este sentido ya se había admitido judicialmente en algunas sentencias¹²², por tanto, lo verdaderamente trascendente es que ahora se zanja el debate aceptando de forma explícita esta posibilidad¹²³. Es decir, si concurren las causas del art. 41.1 ET el empresario podrá reducir de forma unilateral el salario pactado¹²⁴.

Recogemos pues la siguiente reflexión doctrinal: “Por consiguiente, la relevancia de este inciso que alude a las cantidades salariales percibidas tiene, por un lado, un componente «publicitario», que clarifica la posibilidad patronal de introducir unilateralmente rebajas sobre el salario pactado, pero por otro, sirve para habilitar la facultad «rescisoria» del trabajador no sólo en los casos en los que se produce una alteración cualitativa en sistema de remuneración, sino también cuando dicha modificación se refiere simple y llanamente a la cuantía salarial. Todo ello parece estar pensado para que las empresas que busquen mejorar su posición competitiva en el mercado bajen el sueldo de sus empleados mejor pagados, incluso a los niveles que fije el convenio aplicable, y que dichos trabajadores, ante el descenso de ingresos y el temor a un despido futuro, cuya indemnización sería calculada sobre la base de un salario inferior, puedan obtener con inmediatez una extinción con una compensación similar a la que se seguiría de un despido objetivo”¹²⁵. Y a esto le añadimos nosotros la siguiente pregunta: ¿No es esto contradictorio con la

¹²² En relación con esta cuestión, vid, SSTs de 11 de mayo de 2004, 27 de junio de 2005 y 20 de enero de 2009 y SAN de 23 de septiembre de 2010.

¹²³ Casas Baamonde, M^a. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M y Valdés Dal-Ré, F., ob. cit., Nos hacen en este sentido la siguiente aportación: “El nuevo régimen jurídico refuerza sin disimulo alguno los poderes empresariales, cuyo ejercicio no ha sido moderado ni atemperado por una paralela vigorización de los derechos de participación de los trabajadores. Antes al contrario, tales derechos han salido mermados, de modo que, por ilustrar la aseveración con un sencillo ejemplo, un empresario con un censo de 11 trabajadores, de los que 2 son ejecutivos, podrá reducir la cuantía salarial a 9 de ellos sin otro requisito formal que la simple notificación de la decisión modificativa al delegado de personal”.

¹²⁴ Esta reducción salarial tendrá, no obstante, el límite de lo fijado, en su caso, en el convenio colectivo estatutario, y a falta de éste, el límite será el Salario Mínimo Interprofesional.

¹²⁵ Álvarez Gimeno, R., ob. cit.

afirmación que hace el preámbulo de la Ley 3/2012 respecto del “despido exprés”¹²⁶?
¿No se estará fomentando a través de esta fórmula una nueva forma de flexibilidad externa (que no interna) mas barata¹²⁷?

Queremos recordar aquí que la única pretensión de este punto era estimular el debate (y la meditación) en torno a la pertinencia de la última reforma laboral y más concretamente en lo relativo a la modificación sustancial de las modificaciones de trabajo. En definitiva solo perseguimos responder a la pregunta ¿conseguirá el objetivo que pretende?

Para terminar, como quiera que la respuesta solo la conoceremos en el futuro, volveremos al plano personal abordado en la introducción: Tras varios años de entrega y dedicación a la empresa y de aportarle un plus de competitividad, el pago que podemos recibir precisamente en aras de esta última (o de la productividad), es una rebaja del sueldo o una pérdida de derechos adquiridos. Y esto sin tener en cuenta que muchos de nosotros hemos visto como despedían a nuestros compañeros por causas objetivas, lo que sin duda refuerza el recelo que referíamos al inicio. Quizá haya llegado la hora de volver a cuestionarnos a quien protege la actual regulación laboral.

¹²⁶ La Ley 3/2012 dice textualmente: “El despido exprés crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales”.

¹²⁷ Sustituyendo la indemnización correspondiente al despido improcedente por los 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

BIBLIOGRAFÍA

ABDÓN PEDRAJAS, M. Y SALA FRANCO T.: “Miscelánea jurisprudencial acerca de las mejoras salariales empresariales individuales”. Abdón Pedrajas Abogados y asesores tributarios. Madrid, Septiembre 2006.

ÁLVAREZ GIMENO, R.: “La extinción indemnizada por modificaciones sustanciales tras las reformas de 2012” (Aranzadi Social núm. 4/2012 – (BIB 2012/1157)).

ASQUERINO LAMPARERO, M^a. J.: “La condición mas beneficiosa: una visión general” (Aranzadi Social número 7/2011 – (BIB 2011/1462)).

BALLESTER LAGUNA, F.: “Condición más beneficiosa y derechos laborales adquiridos” (Portal Derecho 2001-2012 – Actualizado a junio de 2010 – Ref. Iustel 910844).

BALLESTER LAGUNA, F.: La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales. Comares, Granada, 2001.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación. Civitas, Madrid, 2000.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma. Bosch, Barcelona, 2001.

CASAS BAAMONDE, M^a. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Y VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La nueva reforma laboral” (Relaciones Laborales, N^o 5, Sección Editorial, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, Año 28, tomo 1, Editorial LA LEY – (2639/2012)).

DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral. Bosch, Barcelona, 2001.

IGLESIAS CABERO, M.: “Autonomía individual y principio de igualdad en la fijación de salarios en la empresa (1)” (Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1996, Ref. IV, pág. 61, tomo 1, Editorial LA LEY – (2500/2001)).

LLOMPART BENNÀSSAR, M.: “La absorción y compensación del incremento del salario profesional (Actualidad Laboral, N^o 19, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Nov. 2006. Editorial LA LEY – (3001/2006)).

LORENTE RIVAS, A.: Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, ed. n^o 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2009 – (15186/2010).

MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo (1)” (Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1994, Ref. XXXII, Editorial LA LEY – (2870/2001)).

ROMERO BURILLO, A. M^a.: “La impugnación individual de la movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo” (Aranzadi Social núm. 2/2012. Nuevo protocolo laboral. Editorial Aranzadi, S.A. – (BIB 2012/661)).

SALA FRANCO, T. Y BLASCO PELLICER, A.: “La condiciones mas beneficiosas de disfrute colectivo” (Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1998, Ref. XXV, pág. 413, tomo 2, Editorial LA LEY – (2554/2001)).

SALA FRANCO, T. Y GOERLICH PESET, J. M.: “Los límites al principio de condición más beneficiosa de naturaleza contractual”. Poder Judicial, 15. 1989.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El Régimen Jurídico de la Modificación Sustancial de las Condiciones de trabajo. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art. 41 ET”. (Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2009 – (BIB 2009/289)).

SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El nacimiento de la Condición mas beneficiosa” (Aranzadi Social tomo IV parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1996. – (BIB 1996\1447)).

SENRA BIEDMA, R.: “Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial” (Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1995, pág. 299, tomo 1, Editorial LA LEY – (1124/2001)).

ANEXO

ARTICULO 41 EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980

Artículo cuarenta y uno. Modificación de las condiciones de trabajo.

Uno. La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que de no ser aceptadas por los representantes legales de los trabajadores habrán de ser aprobadas por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo: en este último caso la resolución deberá dictarse en el plazo de quince días, a contar desde la solicitud formulada por la dirección de la empresa.

Dos. 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.
- e) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.

Tres. En los tres primeros supuestos del apartado anterior, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cincuenta, apartado uno, a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tendrá derecho, dentro del mes siguiente a la modificación, a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, y con un máximo de nueve meses.

Cuatro. En materia de traslados, se estará a las normas específicas establecidas en la presente Ley.

ARTICULO 41 TRAS LA REFORMA DE 1994 (Ley 11/1194 de 19 de mayo)

Artículo 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

1. La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. 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.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa 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.

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo.

Se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual.

Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior 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 trescientos o más trabajadores.

3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 1.a), 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 períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. 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.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales a que se refiere el último párrafo del apartado 2, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

4. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días. Dicho período de consultas deberá versar 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.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos una vez transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo.

5. En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley.

ARTICULO 41 TRAS LA REFORMA DE 2010 (Ley 35/2010 de 17 de septiembre)¹**Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.**

1. La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. 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.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

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.

2. Se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual.

Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 % del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a), 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 períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. 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.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales a que se refiere el último párrafo del apartado 2, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

4. Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días, 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.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

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

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo.

5. Cuando la modificación colectiva se refiera a condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

6. Cuando la modificación se refiera a condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III de la presente Ley, sean éstos de sector o empresariales, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo, de conformidad con lo establecido en el apartado 4. Cuando se trate de convenios colectivos de sector, el acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del mismo.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos de sector sólo podrá referirse a las materias señaladas en las letras b), c), d), e) y f) del apartado 1, y deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretenda.

7. En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley.

ARTICULO 41 TRAS LA REFORMA DE 2012 (Ley 3/2012 de 6 de julio (VIGENTE))**Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.**

1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

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 de esta Ley.

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos a:

- a. Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b. El 10 % 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.

Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.

3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, 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.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado segundo para las modificaciones colectivas, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

4. Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días, 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.

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

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

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

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo.

5. La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

6. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3.

7. En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley.

ⁱ No se ha incluido la Reforma de 2011 (llevada a cabo por el RDL 7/2011) por no incluir ninguna novedad respecto a la de 2010 (llevada a cabo por la Ley 35/2010, que si se incluye) que afecte a las modificaciones sustanciales de carácter individual.