



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Flexibilidad interna en la empresa:
alteración sustancial de la
condición más beneficiosa sobre la
cuantía del salario pactada en
contrato de trabajo

Presentado por:

Laura Gutiérrez Lerma

Tutelado por:

María Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 23 de septiembre de 2019

RESUMEN:

La flexibilidad interna en la empresa consiste en un conjunto de facultades del empresario para modificar aspectos de la relación laboral de forma unilateral, para hacer frente a las circunstancias cambiantes propias de un mercado de trabajo en constante evolución, en lugar de acudir a la flexibilidad externa por medio de la extinción de contratos de trabajo. Dentro de estas posibilidades modificativas que la legislación concede al empresario, destacan las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, a través de las cuales puede modificar aspectos de la relación contractual relativos a diversas materias, entre las que destaca el sistema de remuneración y la cuantía salarial. Para poder llevar a cabo estas medidas, con la finalidad de mejorar la ventaja competitiva de la empresa, debe acreditar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La imprecisión en la regulación del concepto de modificación sustancial, hace necesario acudir a la jurisprudencia para obtener un concepto mejor definido de la modificación sustancial y saber cuándo operan las causas justificadoras de estas medidas.

Las últimas reformas legislativas acerca de estos mecanismos flexibilizadores han ampliado notablemente las facultades del empresario, frente a los intereses de los trabajadores, lo que puede dificultar aún más el control judicial de la actuación del empresario que aplica estas medidas.

PALABRAS CLAVE:

Modificación sustancial; condiciones de trabajo; causas de justificación; cuantía salarial; reforma laboral; empresario; trabajador.

ABSTRACT:

Internal flexibility into the Company consists of a set of rights that allows employers to modify different aspects of the working relationships unilaterally, in order to confront changing circumstances of a constantly evolving job market, instead of resorting to external flexibility through the termination of employment contracts. Among these modifying possibilities that the legislation gives to the employer, the substantial modifications of the working conditions stand out, through which the employer is allowed to modify many aspects of the contractual relationship related to several subjects, among which the remuneration system and the amount of wage stand out. In order to accomplish these measures, and with the objective of improve the competitive advantage of the company, it must prove the concurrence of economic, technical, organizational or production causes.

The inaccuracy in the regulation of the concept of substantial modification makes it necessary to resort to the jurisprudence to obtain a better defined concept of the substantial modification and in order to know when the justifying causes of these measures occurs.

The latest legislative reforms regarding these flexibilizing mechanisms have significantly increased the employers' powers, against the interests of the employees, which may further hinder judicial control of the actions taken by the employer who applies these measures.

KEY WORDS:

Substantial modification; working conditions; justifying causes; amount of wage; labor reform; employer; employee.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Situación del mercado laboral español y de las condiciones de trabajo.....	5
1.2. Objetivos.....	6
1.3. Estructura empleada en el trabajo	7
2. FLEXIBILIDAD INTERNA: MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO	8
2.1. Fundamento de la modificación sustancial	8
2.2. Marco legal	10
2.3. Concepto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.....	22
2.3.1. <i>Sustancialidad de la modificación</i>	23
3. CAUSAS JUSTIFICADORAS	26
4. CONDICIONES DE TRABAJO SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIÓN	31
4.1. Modificación sustancial de la cuantía del salario	31
4.1.1. <i>Alteración sustancial de la condición más beneficiosa sobre la cuantía del salario pactada en el contrato de trabajo: aplicación judicial</i>	36
4.1.2. <i>Incremento del Salario Mínimo Interprofesional: consecuencias y aplicación judicial</i>	50

5. PROCEDIMIENTO PARA LA REALIZACIÓN DE MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO	56
5.1. Modificaciones individuales	56
5.2. Modificaciones colectivas.....	57
5.3. Conexión con el procedimiento de inaplicación del convenio colectivo del art. 82.3 del ET	62
6. VÍAS DE REACCIÓN	67
6.1. Aceptación de la modificación.....	68
6.2. Rescisión del contrato	68
6.3. Impugnación judicial.....	72
6.3.1. <i>Interposición de la demanda</i>	72
6.3.2. <i>Tramitación</i>	73
6.3.3. <i>Resolución del proceso</i>	76
6.3.4. <i>Recursos</i>	79
6.3.5. <i>Ejecución del fallo</i>	80
7. CONCLUSIONES FINALES.....	81
8. BIBLIOGRAFÍA.....	84

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Situación del mercado laboral español y de las condiciones de trabajo

Las medidas de flexibilidad interna tratan de evitar que las empresas continúen acudiendo en la mayoría de las ocasiones al despido como solución a sus necesidades de readaptación de la plantilla para hacer frente a las cambiantes circunstancias propias de un mercado productivo en constante evolución —especialmente en los tiempos actuales, debido, entre otras cosas, a la globalización—. Las reformas legales efectuadas, sobre todo las comenzadas en el año 2010, pretenden fomentar esta vía denominada «de flexibilidad interna», tratando de frenar esas actuaciones causantes de destrucción de empleo y la excesiva temporalidad en la contratación.

A pesar de que estos objetivos ya se iniciaron en las normativas introducidas a partir de 1994, lo cierto es que nuestro país —como Portugal, Grecia e Italia— se encuentra entre los que tienen un menor porcentaje de utilización de este mecanismo flexibilizador: tan solo un 25,5% de las empresas acuden al mismo (a diferencia de Dinamarca, Suecia y Finlandia donde se acude a esta vía casi en un 50%), lo que puede deberse a múltiples causas. Entre ellas, las características intrínsecas a nuestro modelo de producción (cuyos sectores predominantes son el turismo, la construcción y la automoción, todos ellos muy endeblados ante las fuertes crisis económicas), el pequeño tamaño de la gran mayoría de nuestras empresas¹, además de la preferencia de muchos trabajadores por acogerse a una extinción contractual indemnizada y posterior prestación por desempleo, en lugar de aceptar una modificación de sus condiciones de trabajo. Asimismo, las regulaciones precedentes tampoco contribuían a un crecimiento del uso de esas medidas, por lo que las empresas terminaban optando por la vía extintiva ante las dificultades, ya que les resultaba más fácil llevar a cabo un despido que una modificación de condiciones de trabajo, a la vez que percibían una notable rigidez en los mecanismos de adopción de tales medidas y cierta inseguridad jurídica en cuanto a los resultados.

Partiendo de estas consideraciones, la primera modificación legal de gran envergadura en relación con este asunto, en 2010, confía en la negociación colectiva como mecanismo que contribuiría a desarrollar estas medidas de flexibilidad interna, eliminando o

¹El porcentaje de empresas que aplican estas medidas aumenta en función del mayor tamaño de las empresas, pues son mucho más utilizadas en las empresas de más de 499 trabajadores, en un 53,4%. Fuente: Encuesta Anual Laboral 2017, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, p. 2. Recuperado el 14 de julio de 2019, desde: http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/EAL/EAL2017/Resumen_EAL_2017.pdf

reduciendo notablemente los obstáculos a la misma, presentes en los convenios colectivos. En cambio, el legislador en la reforma de 2012 se desvincula de esa preferencia por los interlocutores sociales como sujetos idóneos para implementar dichas vías modificativas, permitiendo abiertamente decisiones modificativas unilaterales, con la intención de que dicha flexibilidad interna sea el instrumento básico para resolver situaciones de necesidad de ajustes de las empresas, «como alternativa válida, ágil y segura frente a soluciones más traumáticas».²

1.2. Objetivos

- 1) Realizar un análisis de la situación actual de las condiciones de trabajo, desde la perspectiva de su evolución en nuestro país.
- 2) Examinar exhaustivamente las últimas reformas emprendidas respecto a la regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.
- 3) Abordar una rigurosa conceptualización legal y doctrinal de las modificaciones sustanciales, tratando de delimitar en cierto modo al genérico e impreciso artículo 41 del ET para distinguir con mayor facilidad cuándo se produce una alteración sustancial de condiciones de trabajo y cuándo el empresario actúa dentro de sus facultades de dirección y organización del trabajo.
- 4) Analizar la utilización de esta vía modificativa frente a la tradicional vía extintiva mediante una interpretación doctrinal y jurisprudencial.
- 5) Reflexionar acerca de los efectos que la ampliación de los poderes empresariales ha producido en la situación legal de los trabajadores.
- 6) Exponer una opinión crítica formada tras el estudio pormenorizado de todas las circunstancias concurrentes en lo que a las modificaciones sustanciales se refiere, especialmente en las que conciernen a la cuantía del salario y a las condiciones más beneficiosas establecidas sobre la misma.
- 7) Realizar, con base en el estudio realizado, propuestas de reformas legislativas adaptadas a la situación de las empresas en nuestro país y dirigidas a contribuir realmente a una mejora de la posición económica y competitiva de las mismas, que a su vez no provoque un menoscabo de los derechos y libertades de los trabajadores.

² POSE VIDAL, S.: «La aplicación judicial de la flexibilidad interna», *Diario La Ley*, núm. 8177, 2013, pp. 1-3.

1.3. Estructura empleada en el trabajo

En primer lugar, considero conveniente realizar una primera aproximación al concepto de alteración sustancial de condiciones de trabajo y una fundamentación del mismo —pero, sobre todo, de la gran reforma legal emprendida en esta materia—, aludiendo a la situación precedente de los trabajadores y del mercado laboral en nuestro país, y analizar la evolución legislativa en torno a la materia, señalando brevemente las principales modificaciones legislativas de la últimas reformas, en especial las acometidas en 2012, por ser las que han afectado más notablemente a las garantías de los trabajadores afectados por una modificación sustancial, concediendo mayores facultades al empresario, como después veremos.

A continuación, abordaré el estudio de forma similar al orden que sigue el propio artículo 41 del ET a la hora de regular un concepto lleno de imprecisiones: comenzaré haciendo referencia a las causas justificativas de las alteraciones sustanciales y continuaré enumerando las materias que pueden ser objeto de modificación, para después comentar las diferencias entre las modificaciones de carácter individual y colectivo, seguida del establecimiento de los requisitos procedimentales a cumplir por el empresario y de las posibles opciones de que dispone el trabajador afectado para reaccionar ante las medidas empresariales.

Además, la específica modificación sustancial de la condición más beneficiosa sobre la cuantía del salario que da nombre a este trabajo no cuenta con una regulación determinada, sino que se encuentra subsumida en la alteración sustancial en general, teniendo como única referencia algo más expresa en este ámbito la alusión del precepto a la cuantía salarial (además del sistema de retribución) como materia que puede verse modificada. Por ello, he preferido ahondar en ello en el epígrafe dedicado al estudio detallado de algunos pronunciamientos judiciales relevantes, cuya ubicación he considerado que se halla más adecuada dentro del capítulo dedicado a las materias que pueden alterarse mediante el procedimiento de modificación sustancial, a modo de especificidad, en lugar de aislarlo como una unidad independiente en otro capítulo distinto, puesto que la modificación sustancial es un concepto amplio cuya explicación resulta más sencilla si se realiza de forma gradual, desde una concepción más amplia hasta una más detallada.

Por otro lado, he introducido también una necesaria referencia al procedimiento de inaplicación del convenio colectivo regulado novedosamente en el art. 82.3 ET, pues resulta destacable su conexión con el art. 41 ET, al recoger ahora la modificación de materias

reguladas en convenios colectivos conteniendo una lista de materias casi idéntica a la del art. 41 ET.

Todo ello se irá analizado —sin perder de vista los fundamentos legales de la regulación de la modificación sustancial— desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, teniendo en cuenta los puntos de vista de diversos autores y la aplicación de esta normativa tan amplia que los tribunales efectúan.

2. FLEXIBILIDAD INTERNA: MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

2.1. Fundamento de la modificación sustancial

El empresario ostenta el poder de dirección y organización del trabajo y, debido a la nota de subordinación que caracteriza la relación laboral, sus instrucciones sobre el funcionamiento de la empresa han de ser acatadas por el trabajador, sin que éste tenga poder de decisión sobre tales extremos. Dentro del mencionado poder de dirección, el empresario tiene un poder de especificación, determinación u ordenación de la relación de trabajo, concretando aspectos del modo, tiempo y lugar de la prestación del servicio, pero también puede alterar ciertos aspectos de la relación laboral, pues además le corresponde el *ius variandi*, esto es, el derecho que tiene a realizar modificaciones en el contenido de la relación laboral pactado anteriormente, respetando unos límites legalmente establecidos. Entre estas posibilidades que se le otorgan al empresario se incluyen la movilidad funcional, la movilidad geográfica y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (pertenecientes estas últimas a un *ius variandi* extraordinario, siendo nuestro objeto de análisis).

Las modificaciones sustanciales suponen una alteración de las condiciones esenciales de la prestación pactada previamente (esto es, lo relativo a la jornada, el salario, el sistema de trabajo...) de manera definitiva y por una causa económica, técnica, organizativa o de producción siempre que ésta sea probada. Así, se aplicaría una excepción al principio general del *pacta sunt servanda*, en virtud del cual los contratos han de ser cumplidos tal y como fueron pactados por las partes firmantes, no pudiendo quedarse su aplicación al arbitrio de una de las partes (así lo establece el artículo 1256 del Código Civil), pues las obligaciones asumidas por estas funcionan como una ley entre ellas, respetándose así el principio general de la autonomía de la voluntad de las partes negociadoras. De este modo, operaría la cláusula *rebus sic stantibus* (alteración sobrevenida de las circunstancias), que se considera que existe de forma

tácita en los contratos, conforme a la cual la existencia de la relación contractual tal como fue acordada por las partes depende de la subsistencia de las circunstancias que existían en el momento en que el contrato fue adoptado, siendo posible revisar y modificar el contenido de las prestaciones pactadas en el mismo si se produce un cambio considerable en el estado de los hechos existentes o contemplados por las partes al momento de contratar, compensándose así el desequilibrio producido en tales prestaciones.

El TS ha admitido la citada cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo restablecedor del justo equilibrio de éstas, si bien «en cuanto que supone una modificación del régimen de la relación obligatoria y del sistema de organización de intereses por desaparición sobrevenida de la base del negocio, se admite con muchas cautelas y ha sido objeto de aplicación restrictiva por sus innegables peligros y la inseguridad que genera»³, aunque el Derecho del Trabajo es más flexible que el Derecho civil en esta materia y, en este sentido, algunas sentencias (como la SAN 15.7.2014) sostienen que «la regulación laboral hace de la potestad novatoria laboral un privilegio, habilitando la variación unilateral de condiciones sustanciales de trabajo “sin subordinarlo a las exigencias estrictas del *rebus sic stantibus*, que serían notablemente más restrictivas”».

En el ámbito laboral, hemos de tener en cuenta que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, el cual «perdura en el tiempo y no se agota en un solo acto, de tal modo que su desarrollo queda sometido a un elevado riesgo de cambio o variaciones en cuanto a su contenido. El singular contexto o ámbito socioeconómico en el que se inserta la prestación laboral, la organización de la empresa, las notables incertidumbres que caracterizan el funcionamiento del mercado, cuyas necesidades busca satisfacer la actividad mercantil, explican esta alta probabilidad de modificación del objeto del contrato de trabajo»⁴. De este modo, dicha cláusula se tipifica específicamente en la legitimación de modificación de condiciones de trabajo (y reducciones de jornada, suspensiones o despidos) si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, definiéndose esta tipificación según la intensidad del cambio contractual sobre el que incida (modificativo, suspensivo o extintivo), siendo los supuestos modificativos nuestro objeto de análisis⁵.

³ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 14, 2016, p.2.

⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 21, 2012, p. 2.

⁵ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», op. cit., p.2.

2.2. Marco legal

2.2.1. Antecedentes normativos

La reforma laboral de la Ley 10/1994, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, se orientó hacia la promoción de la temporalidad en la contratación y de la flexibilidad laboral para, además de generar empleo, incentivar mejoras respecto a la competitividad de las empresas. Asimismo, fortaleció el poder de la negociación colectiva, por medio de convenios y acuerdos colectivos. Con la finalidad de fomentar el uso de las medidas de flexibilidad interna —como es la alteración sustancial—, suprimió la inexorabilidad de la autorización administrativa, incorporó ciertos criterios para facilitar la distinción entre modificaciones de carácter individual y colectivo y reforzó el poder del empresario para efectuar dichas medidas. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, trató de flexibilizar la regulación salarial aumentando la libertad negociadora de las partes en la conformación de la estructura del salario, otorgando un poder de disposición a las partes de los convenios colectivos para prevenir una eventual adversidad que se pudiera producir tras una acumulación de complementos salariales y cargas para las empresas, y concediendo al empresario la posibilidad de inaplicar temporalmente los convenios colectivos para preservar la estabilidad económica de la empresa (el conocido como «descuelgue salarial» del art. 82.3 ET, etc.). Sin embargo, y a pesar de este aumento de los poderes empresariales —con la consecuente pérdida de garantías por parte de los trabajadores—, no se lograron los objetivos propuestos⁶.

Más recientemente, la reforma efectuada por la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, trata de fomentar la flexibilidad interna en la empresa —con el fin último de potenciar la creación de empleo y la contratación estable— introduciendo cambios notables: destaca, en el ámbito causal de las modificaciones sustanciales, el aspecto preventivo que puede ser apreciado como causa de justificación —cuando mediante tal modificación se pueda «prevenir una evolución negativa de la empresa» o mejorar sus «perspectivas» —; se introducen también novedades procedimentales a fin de acelerar el proceso y aumentar su eficacia, a la vez que se potencia, además, la adaptación por medio de la reducción temporal de jornada de trabajo (entre otras medidas), todo ello con la pretensión de evitar acudir a la extinción del contrato de trabajo como solución a los problemas económicos, técnicos, etc., que acontecen en la empresa. Sin embargo, esta

⁶ RIVERO LAMAS, J.: «La flexibilidad del trabajo en España», contribución a *Direito do Trabalho. Estudos en Homenajem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*, Sao Paulo: Ltr., 1998, pp. 155-157.

reforma presentó graves insuficiencias, y suscitó dudas, ya que, al existir una mayor flexibilidad en la contratación, las empresas seguían optando mayormente por la vía extintiva, es decir, la reducción de personal, frustrándose así uno de los principales propósitos de esta reforma⁷.

Con la misma intención, reforzar la flexibilidad interna, se promulgó el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que introdujo modificaciones en cuanto a la adecuación de los convenios colectivos a las circunstancias de las empresas, la agilización en las negociaciones de los convenios —mediante el establecimiento de plazos máximos de negociación— y la participación de los trabajadores en estos procesos, a la vez que favorece la solución extrajudicial de los conflictos, promoviendo la solución de discrepancias por las Comisiones Paritarias en inaplicación del régimen salarial y en modificaciones sustanciales⁸.

2.2.2. RDL 3/2012

2.2.2.1. Contexto de la reforma legal y concepto de flexiseguridad

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral (en adelante, la Ley 3/2012), procedente del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (en adelante, el RDL 3/2012), parte de una valoración idéntica a la de las regulaciones precedentes: un desarrollo exiguo de las posibilidades para llevar a efecto medidas de flexibilidad interna en las empresas. El capítulo III, titulado «medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo», pretende afianzar los mecanismos de adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias concretas en que se encuentre la empresa, tratando de reducir la utilización de la vía extintiva como medio para mitigar la incidencia de los cambios económicos, productivos, etc. propios de un mercado laboral en constante evolución, y así poder hacer frente a las fluctuaciones de la demanda sin acudir a la vía del despido. En definitiva, continuando con los objetivos primordiales de las anteriores reformas, se persigue establecer una adecuada alternativa a la destrucción de empleo, como ha sucedido en otros países europeos ante la crisis económica.

⁷ REY GUANTER, S.: «Las medidas sobre flexibilidad interna en la ley 35/2010. Una aproximación inicial», *Revista Temas Laborales*, núm. 107, 2010, p. 165.

⁸ IBERMUTUA: «Real Decreto-ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva», *Revista digital ON MUTUA*, 2011. Recuperado el 14 de mayo de 2019, en: <https://revista.ibermutua.es//noticias/real-decreto-ley-72011-de-medidas-urgentes-para-la-reforma-de-la-negociacion-colectiva/>

Así, se intenta cumplir el compromiso con la denominada «flexiseguridad», núcleo de la política social de la UE. Este concepto alude a la capacidad de adaptación de las empresas atendiendo a sus necesidades cambiantes –fruto de las circunstancias del mercado productivo— conservando el capital humano de la empresa, es decir, sin acudir a la extinción de la relación laboral. El concepto aparece definido en documentos comunitarios, como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», donde se define como «una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral». Asimismo, en la Orientación n.º 7 para el empleo (2010-2014), «se recomienda a los Estados miembros la integración “en sus políticas de mercado laboral de los principios de flexibilidad y seguridad laboral” a fin de “aumentar la participación en el mercado laboral y a luchar contra la segmentación, la inactividad y las desigualdades entre sexos, reduciendo a la vez el estructural”». Aplicando lo anterior, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, dice que «con ella se “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”», reconduciendo así el concepto *flexiseguridad* al de seguridad en el empleo, obviando lo relativo a la seguridad en el puesto de trabajo. Hay que resaltar que España no cuenta con una estructura formativa y de prestaciones sociales que puedan garantizar dicha seguridad en el mercado de trabajo –a diferencia de lo que sucede en países como Dinamarca—, además de que «la relación entre empleabilidad –nacida de un aprendizaje a lo largo de la vida- y empleo no es tan automática como se quiere hacer ver», lo cual ha quedado de manifiesto en la crisis económica que asoló nuestro país, donde quedó patente «la absoluta vinculación del empleo a las circunstancias económicas». De hecho, muchos trabajadores españoles, a pesar de ser competentes y estar cualificados, sufren el desempleo significativamente. Por todo ello, se puede decir que «la voluntad de la norma es una entelequia». Se llega a la conclusión de que esta regulación no es sino una muestra del «liberalismo imperante en nuestro país, puesto que se traduce en la negación a los trabajadores de toda seguridad, al no poder garantizárseles un empleo, ni presente ni futuro, ni una formación adecuada e idónea, ni unas prestaciones sociales garantizadoras de unos mínimos durante todo el período de transición –como lo pone de manifiesto las últimas decisiones, contenidas en el RDL 20/2012, que vienen a mermar la

capacidad adquisitiva de las personas desempleadas beneficiarias de la prestación por desempleo»⁹.

De este modo, se promueve la utilización de medidas de flexibilidad interna que priorizan la adaptación de los recursos humanos de la empresa a sus propias necesidades, teniendo el empresario la prerrogativa de realizar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, con el propósito de proteger el empleo a través de la mejora de la ventaja competitiva de la empresa, y esta es una finalidad de rango constitucional, concretamente plasmada en el art. 38 de la CE (así se refleja en la Exposición de motivos de la Ley 3/2012)¹⁰.

Si miramos el contexto en que se desarrolla esta nueva Ley y los antecedentes, observamos que en la flexibilidad negociada de la reforma de 1994 se ha reconocido una insuficiencia del marco normativo y una inadecuada actuación de los interlocutores sociales (que tiene relación, a su vez, con una escasa cultura empresarial al respecto en nuestro país, donde se ha optado por acudir a la contratación temporal para cubrir las necesidades de las empresas). Además, tampoco resulta favorable la complejidad técnica y organizativa que supone para el empresario utilizar esta vía. Por otro lado, también se acusa una excesiva intervención judicial en este ámbito, llegando a hablarse de una auténtica judicialización de los conflictos colectivos, pues en muchas ocasiones no se ha empleado los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, quedando estos reservados, sobre todo, para resolver divergencias entre representantes de los trabajadores y empresarios.

Teniendo en cuenta la importancia concedida a los agentes sociales en las previas reformas, es conveniente señalar que el legislador de la Ley de 2012, a diferencia de las regulaciones anteriores, no considera estrictamente necesario el diálogo y la participación de todos los involucrados en el proceso, de modo que las pautas acordadas en el proceso de diálogo social no han sido tenidas en cuenta a la hora de redactar esta nueva Ley: el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito el 25 de enero de 2012, redactó unas pautas, algunas de las cuales el legislador se ha limitado a citar a modo de sugerencia¹¹. De este modo, se flexibiliza más aún el marco normativo, pues se

⁹ MORALES ORTEGA, J.M.: «Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 105, 2001, pp. 84-86.

¹⁰ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, pp. 2-3.

¹¹ El mencionado Acuerdo estableció:

a) Facilitar que el empresario pueda distribuir irregularmente un 10 por 100 de la jornada anual ordinaria aplicable, pudiendo afectar con ello a la jornada máxima semanal o mensual, aunque no a la máxima anual (el art. 85 ET establece un 5 por 100), pudiendo afectar a los horarios diarios, sin perjuicio del respeto a los límites que al respecto se prevén en el ET. Los negociadores valorarán esta referencia porcentual en más o en menos en función del ámbito de negociación.

acentúa el poder del empresario en este ámbito, en detrimento, en cierto modo, de la función tradicional del Derecho del Trabajo de tutelar el interés del trabajador desprotegido en favor de la tutela de la productividad y del interés empresarial¹².

Realizaremos un análisis de los cambios más significativos que la referida reforma de 2012 ha ejecutado en relación con la alteración sustancial de las condiciones de trabajo.

2.2.2.2. Principales modificaciones legislativas: art. 41 ET

a. Novedad estructural. En primer lugar, el RDL 3/2012 introduce una importante novedad de carácter estructural, pues anteriormente las modificaciones sustanciales reguladas en el art. 41 ET incluían las relativas a las condiciones de trabajo independientemente de su fuente legal, mientras que tras la citada reforma, solo tienen cabida en el precepto las modificaciones que no afecten a los convenios colectivos del Título III ET, pasando a regularse en el art. 82.3 ET los cambios concernientes a los mismos, proceso denominado de «inaplicación» de los convenios colectivos. Por tanto, el art. 41 comprende las modificaciones sustanciales de pactos o acuerdos colectivos, decisiones unilaterales de la empresa de efectos colectivos y de condiciones pactadas o concedidas a título individual – «reconocidas en el contrato de trabajo»—. Entre estas últimas se incluyen las condiciones más beneficiosas que son otorgadas a título individual por el empresario, que deben considerarse incluidas en el contrato individual aun cuando no se encuentren «reconocidas» expresamente, respecto de las cuales trataremos con más detenimiento en las próximas páginas del presente estudio.

Esta marcada diferenciación entre las modificaciones de carácter individual y colectivo consigue disminuir los problemas de ambigüedad y de múltiples posibilidades de opciones interpretativas que surgían bajo la regulación anterior, ofreciendo también una mayor claridad en cuanto al régimen legal de las modificaciones sustanciales.

b) De la misma forma, los convenios colectivos deberían posibilitar que el empresario disponga de una bolsa de cinco días (o 40 horas) al año que podrá alterar en la distribución prevista en el calendario anual. Esta referencia podrá ser modificada por los negociadores en más o en menos en función del ámbito de negociación.

c) La flexibilidad del tiempo de trabajo debiera ir acompañada de garantías y seguridad para las personas, que le permitan compatibilizar el tiempo de trabajo y de conciliación. SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», *Revista Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pp. 224- 225.

¹² Algunos autores apuntan que, con ello, podría estar traspasándose a los trabajadores parte del riesgo de inseguridad del mercado, al que, en principio deberían ser constitucionalmente ajenos. En este sentido, *Vid.* ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», op. cit., p. 2; *Vid. et.* MOLINA NAVARRETE, C.: «No todo ahorro de costes laborales valida una modificación sustancial de condiciones: ¿normalización legislativa, excepcionalidad judicial?», *RTSS CEF*, núm. 279, 2014, p. 20.

b. Regulación de la causalidad: El art. 41 ET, en lo que a las causas se refiere, se limita a reproducir las mencionadas en el precepto anterior para la movilidad geográfica, flexibilizando la base causal exigida para llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo: ha de probarse la concurrencia de una causa «económica, técnica, organizativa o de producción», y así serán consideradas las que estén relacionadas con «la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

En las regulaciones precedentes existía una exigencia finalista que permitía llevar a cabo modificaciones sustanciales, pues conforme al artículo 5 de la Ley 35/2010 se consideraba que concurrían las referidas 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». Sin embargo, la nueva regulación del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, se vincula en exclusiva con razones de competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, eliminando tales exigencias de carácter finalista, pues entiende el legislador —en relación a esas exigencias en la conformación de las causas de despido— que éstas «incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa». Por tanto, con la nueva regulación «queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas»¹³.

Esta novedad legislativa respecto de la concurrencia de las causas justificativas resulta relevante desde un punto de vista cualitativo, especialmente por dos razones. Primero, porque el hecho de considerar probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción las que se encuentran relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, suscita una desvinculación absoluta entre la modificación de condiciones de trabajo y la existencia de circunstancias sobrevenidas (de cambios técnicos, organizativos o de producción o en la situación económica de la empresa). Parece que la única interpretación factible de la nueva definición (que, como ya hemos indicado, exige que la medida esté relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo) es que la medida sea propuesta por causas relativas al ámbito

¹³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 11, 2014, pp. 5-6.

empresarial, ya que el objetivo de la misma es, precisamente, favorecer los intereses de la empresa. En segundo lugar, al eliminarse la exigencia finalista en la justificación de la medida de flexibilidad interna en esta regulación, desaparece la obligación de que exista una adecuación y proporcionalidad de la misma conforme a la que los tribunales aprecien su procedencia o improcedencia. Esto influye notablemente en el control judicial de la causa justificadora, pues quedan los jueces –los cuales tienen el deber de ejercer dicho control— despojados de un parámetro legal de justificación, afectando también al contenido sustancial de las consultas y al desarrollo del procedimiento de negociación, dado que el núcleo esencial del mismo es la causa de la modificación sustancial¹⁴.

Profundizaremos en el Capítulo III, dedicado a las causas, acerca de la referida causalidad, los requisitos exigidos, sus consecuencias y su aplicación judicial.

c. Condiciones de trabajo que pueden alterarse: novedad «cuantía salarial». El nuevo artículo 41 ET introduce una importante novedad en relación con las condiciones de trabajo que pueden ser modificadas, incluyendo, además del sistema de remuneración, la cuantía salarial. Esta inclusión expresa del concepto relativo al importe del salario pone fin a la controversia surgida en los tribunales bajo la anterior regulación, pues, mientras parte de la doctrina judicial consideraba que el término «sistema de remuneración» podía utilizarse para dar por válida una alteración de la cuantía salarial, otra gran parte sostenía que no era así, sino que se trataba de términos distintos y que no podía aplicarse una interpretación tan extensiva hasta el punto de permitir alterar un aspecto básico de la prestación de trabajo –y uno de los fines más importantes del contrato, pues es la base del mismo desde el punto de vista del trabajador—. Desarrollaremos este debate más extensamente en el epígrafe dedicado a las condiciones de trabajo que pueden verse alteradas por una modificación sustancial.

d. Plazos de notificación. La Ley 3/2012 también efectuó un cambio en cuanto a los plazos mínimos de notificación y efectos exigidos para llevar a cabo la modificación sustancial de que trata el art. 41 ET, agilizando el procedimiento: anteriormente se requería una antelación mínima de 30 días a la fecha de efectividad de la decisión empresarial para notificar la misma, mientras que ahora dicho plazo es de tan solo 15 días –art. 41.3.I–; y en el caso de una modificación sustancial colectiva, se notificará a los afectados la decisión

¹⁴ SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», *op. cit.*, pp. 247, 248.

modificativa tras haber finalizado el período de consultas sin acuerdo y producirá efectos en el plazo de los 7 días posteriores a la notificación –art. 41.5 ET—¹⁵.

El art. 41 ET exige, como obligación independiente, la notificación a los representantes legales del trabajador o trabajadores afectados con una antelación mínima de 15 días a la efectividad de la medida, si bien esto ha planteado ciertas incógnitas: como el precepto no indica nada, parece que son destinatarios tanto los representantes sindicales como los unitarios, flexibilizándose la condición cuando no existen representantes legales¹⁶.

e. Distinción entre modificaciones individuales y colectivas. Hasta la reforma de 2012, se empleaban tres criterios para determinar la individualidad o colectividad de una alteración sustancial: el instrumento normativo que contenía la condición que iba a ser modificada y la materia objeto de modificación (criterios cualitativos), y el número de trabajadores afectados (criterio cuantitativo). En primer lugar, se atendía al instrumento donde aparecía esa condición de trabajo que se vería alterada, de modo que todas aquellas reconocidas en acuerdos o pactos colectivos, o en decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos, se convertían de forma automática en modificaciones de carácter colectivo; no obstante, si el cambio afectaba a determinadas materias (del ámbito funcional o del horario), se valoraba también el criterio cuantitativo: se consideraban colectivas aquellas modificaciones que afectasen en un lapso de tiempo de 90 días a 10 trabajadores o más en empresas con menos de 100 trabajadores; a más del 10% de los empleados en empresas con entre 100 y 300 trabajadores; y más de 30 trabajadores en empresas que superasen los 300 trabajadores. Por tanto, aquellas modificaciones sustanciales que en el periodo indicado no superasen dichos límites, eran modificaciones individuales. Además, se calificaban como individuales todas aquellas alteraciones de condiciones laborales reconocidas individualmente, independientemente de cualquier otro criterio (ni siquiera se tomaba en consideración el del número de trabajadores afectados).

En cambio, con la reforma legal se elimina esta combinación de criterios, de tal forma que se tendrá en cuenta exclusivamente el criterio cuantitativo, el del número de trabajadores afectados por la medida de reajuste empresarial: serán colectivas las alteraciones sustanciales que superen los umbrales señalados *supra*, sin atender a la materia objeto de alteración ni al instrumento regulador de la condición de trabajo; no obstante, se añade otro cambio a la

¹⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 8.

¹⁶ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 11.

regulación, pues toda modificación que afecte a condiciones recogidas en un convenio colectivo, sin valorar el número de trabajadores afectados por la medida, será considerada modificación de carácter colectivo y se realizará mediante el procedimiento establecido en el art. 82.3 ET (procedimiento comúnmente denominado como de «descuelgue del convenio colectivo»). En consecuencia, los trabajadores experimentan con ello una pérdida de garantías, puesto que hasta entonces, todas aquellas modificaciones que ahora se califican de individuales si no superan los umbrales establecidos (es decir, las reconocidas en pactos o acuerdos colectivos, o reconocidas unilateralmente por el empresario con efectos colectivos, exceptuando la materia funcional y el horario), bajo la norma precedente eran consideradas modificaciones colectivas y, por ello, se garantizaba la protección del trabajador en cuanto a sus facultades negociadoras, ya que debía abrirse un período de consultas que actualmente no es preceptivo para el empresario.

Pero esta nueva regulación no ha dado respuesta a cuestiones planteadas en las regulaciones precedentes, como el ámbito conforme al cual se valoran el número de trabajadores afectados por la medida empresarial: aunque continúa siendo la empresa y no el centro de trabajo (para evitar que una empresa que se encuentra en buenas condiciones generales, de viabilidad, pueda justificar una modificación sustancial cuando simplemente no obtenga la rentabilidad deseada en alguno de sus centros de trabajo), no se aplica la misma idea para valorar al grupo de empresa, lo que podría perjudicar a algunos trabajadores¹⁷.

Se ha cuestionado la constitucionalidad de esta diferenciación –la cual pretende agilizar el trámite para efectuar esta medida empresarial— por parte de la doctrina que considera que vulnera la fuerza vinculante de los convenios colectivos extraestatuarios (art. 37 CE)¹⁸; por el contrario, otros autores opinan que la nueva forma de distinción entre modificaciones individuales y colectivas no implica una conculcación del derecho a la negociación colectiva, a pesar del amparo del convenio colectivo extraestatutario por el art. 37 de la CE, ya que este instrumento colectivo tiene atribuida eficacia jurídica contractual –«en la medida en que la fuerza vinculante que garantiza el citado precepto constitucional puede ser tanto la que para los contratos establece el art. 1.091 del Cc, como la propia de las normas jurídicas que deriva de las disposiciones generales del Cc y que el ET ha optado por

¹⁷ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 10.

¹⁸ SANGUINETI RAYMOND, W.: «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites immanentes», en AA.VV., «Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012», Albacete: Bomarzo, 2012, pp. 231 y 232, cit. pos. LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *Revista Temas Laborales*, núm. 122, 2013, p. 54.

reservar a los convenios colectivos estatutarios»— y carece de eficacia personal general. No obstante, conviene mencionar que, «habida cuenta que los representantes de los trabajadores pueden haber intervenido en la elaboración de este tipo de instrumentos colectivos, no hubiese estado de más que el art. 41 del ET hubiese mantenido algún tipo de mecanismo de consulta entre estos y la empresa»¹⁹.

La redacción de este nuevo art. 41 ET simplemente disminuye el volumen de modificaciones sustanciales calificadas como colectivas, pero no resuelve otras diversas cuestiones como, por ejemplo, la posibilidad de que una modificación que afecte a toda la plantilla de una empresa con menos de 10 trabajadores sea considerada como una modificación colectiva, dado que afectaría al 100% de los empleados, de forma que se aseguraría un procedimiento protector de los derechos de los trabajadores (por el contrario, para el régimen del traslado sí se garantiza este procedimiento tutelado para los trabajadores de empresas de 5 o más empleados, cuando se ve afectado el 100% de la plantilla). Ello puede hacer que estas medidas modificativas tengan gran repercusión; de hecho, el Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística estima que el 99,23 % de las empresas españolas tienen 50 o menos empleados, representando el 95,5% las empresas con menos de 10 trabajadores, a lo que se añade la particularidad de que casi el 63% del total de trabajadores en España lo son para alguna PYME, además de que el empleo en las microempresas alcanza el 30,2% y en la pequeña empresa el 17,5%. Y como el artículo 41 del ET guarda silencio respecto del trámite a seguir cuando resulten afectados por la medida todos los empleados de una empresa de menos de 10 trabajadores, se posibilita a la mayoría de empresas españolas efectuar la modificación unilateralmente por la vía de las modificaciones individuales, aunque los efectos sean de carácter plural y afecten a toda la plantilla de la empresa.²⁰

Por lo tanto, la reforma acarrea, efectivamente, una ampliación del ámbito de las modificaciones individuales²¹, «pues se permiten modificaciones sustanciales de condiciones

¹⁹ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *op. cit.* pp. 53-54.

²⁰ POSE VIDAL, S.: «La aplicación judicial de la flexibilidad interna», *op. cit.*, p. 12.

²¹ Así lo interpreta también LLOMPART BENNÀSSAR, M., en «Alcance de la reforma laboral en materia de salario» *op. cit.*, p. 54, que opina que «con la nueva regulación resulta, por ende, que el ámbito del procedimiento individual se ha ampliado en detrimento del procedimiento colectivo, en tanto que la modificación retributiva que afecte a menos de diez trabajadores será siempre individual. Si tal consideración se pone en relación con la composición de nuestro tejido empresarial, fundamentalmente formado por pequeñas empresas, fácilmente se colige que la mayoría de modificaciones de elementos salariales regulados en instrumentos de carácter contractual seguirán el trámite individual».

salariales y de trabajo con efectos plurales o colectivos menores, cuando el número de afectados no llegue al nivel exigido para la apertura del período de consultas»²².

No obstante, se puntualiza que si la empresa lleva a cabo alteraciones sustanciales en períodos sucesivos de 90 días, en número inferior a los umbrales referidos, con el propósito de eludir la calificación de colectivas de las modificaciones para evitar que se aplique el procedimiento colectivo, estas serán declaradas nulas judicialmente y no producirán efectos (el procedimiento judicial deberá ser instado por los trabajadores individuales afectados, por medio de la modalidad especial del art. 138 LJS, o por los representantes colectivos como interesados directos cuando se hayan vulnerado sus derechos de participación en el procedimiento, a través del proceso especial de conflicto colectivo), siempre que no concurren nuevas causas justificadoras de dicha decisión. Se presume, por tanto, que en estos supuestos las alteraciones sustanciales han sido realizadas en fraude de ley. Alrededor de esta eventual situación surge otro interrogante que continúa sin respuesta, respecto a si el cambio en la causa ocasiona automáticamente que comience de nuevo el cómputo de los 90 días. Parte de la doctrina entiende que es indiferente la causa concreta que justifique las medidas, por lo que habrá que aplicar siempre la regla de los 90 días; pero resultará complicado «que en una situación de dificultad en la empresa, donde todos los motivos se relacionan con la competitividad y la productividad de la misma, sea posible deslindarlos a los efectos de determinar un nuevo cómputo». Por ello, «se precisa que la situación sobrevenida sea claramente distinta para que se permita la ruptura de la regla de colectivización», siendo «supuestos excepcionales muy difíciles de probar»²³.

En conclusión, bajo la actual normativa se puede llegar a admitir incluso «que el empresario modifique las condiciones de trabajo pactadas colectivamente sin ni siquiera consultar a los representantes legales de los trabajadores firmantes del pacto»²⁴.

f) Rescisión del contrato de manera indemnizada. El art. 41 ET reconoce al trabajador la posibilidad de extinguir el contrato de manera indemnizada en todos los supuestos que recoge su apartado primero, excepto cuando la alteración sustancial afecta al sistema de trabajo y rendimiento. Así, extiende las materias respecto de las cuales el trabajador puede

²² SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica...», *op. cit.*, p. 243.

²³ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p.10.

²⁴ SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 243.

pedir esta extinción con derecho a cobrar una indemnización (cuya cuantía es de 20 días de salario por año trabajado), pues a la jornada, el horario y el régimen de trabajo a turnos —que ya tenían reconocida esta posibilidad—, se añaden el sistema de remuneración y la cuantía salarial. Al mismo tiempo, se elimina en este precepto toda referencia al art. 50.1.a), cuya redacción también se ha modificado, pues ahora se refiere a las alteraciones sustanciales ejecutadas sin respetar el procedimiento previsto en el art. 41 ET y que produzcan un menoscabo de la dignidad del trabajador, por lo que no podrá alegarse como justa causa el menoscabo de la dignidad en estos supuestos si el empresario ha respetado lo establecido en este último precepto. Asimismo, antes de la reforma el art. 50.1.a) hacía referencia a «las modificaciones sustanciales que redunden en perjuicio de su formación...» (lo cual para un sector doctrinal «rompe la lógica de la reforma que incluye novedades en el ámbito de la formación como derecho de los trabajadores»²⁵, mientras que para otros, «la no contemplación del perjuicio de la formación profesional es irrelevante porque ese perjuicio siempre es violación de la dignidad del trabajador y porque otra interpretación es incoherente con otros aspectos de la reforma»²⁶); además, el art. 41.3 ET aludía a aquél —«sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50.1 a)...»— y, por ello, era posible que el trabajador acudiera a la rescisión indemnizada por la vía del art. 50 ET cuando se hubiera seguido el procedimiento regulado en el art. 41 ET²⁷.

De igual modo, es preciso señalar que el importe de la indemnización por resolución voluntaria por causa justa es idéntico al de la indemnización por despido improcedente, el cual se ha reducido de 45 días por año de servicio a 33 días. Con ello, se abarata el coste de esta extinción por causa justa. Esta situación, unida al aumento de los requisitos para poder acceder a esta resolución contractual con derecho a indemnización no son sino otro ejemplo más de la preferencia que el legislador otorga a la dirección y organización empresarial, dotándoles de una posición de cierto privilegio frente a los trabajadores, soportando estos una pérdida de garantías²⁸.

Por otro lado, en la nueva Ley no se especifica ni la forma que debe revestir esta notificación por parte del trabajador al empresario (aunque parece adecuado exigir la forma expresa para que éste sea consciente de la decisión y de sus presumibles efectos, y la forma

²⁵ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p.16.

²⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 8.

²⁷ REY GUANTER, S.: «La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 17, 2012, p. 8.

²⁸ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 16.

escrita a efectos de prueba), ni un preaviso que deba cumplirse, ni siquiera un plazo para poder llevar a efecto la extinción a contar desde la modificación sustancial.

Se añade a lo anterior que, para poder acceder a esta indemnización, se exige al trabajador afectado alegar un perjuicio ocasionado por tal modificación sustancial, sin admitirse cualquier tipo de damnificación, sino que es preciso demostrar el perjuicio de forma fehaciente con cierta consideración y probando la existencia de una conexión entre la alteración sustancial y el daño sufrido por el trabajador. No obstante, ya que dicha alteración supone una modificación de las condiciones de trabajo que fueron concertadas, fruto del consenso entre las partes, y que es una de ellas la que unilateralmente decide alterarlas, parece necesario conceder al trabajador la posibilidad de rescisión de su contrato modificado de forma indemnizada ante cualquier modificación sustancial.

En cualquier caso, es el incumplimiento de lo pactado por parte del empresario el fundamento de la resolución del contrato, sin que medie litigio alguno en los tribunales, puesto que el objetivo no es una impugnación de la modificación, sino que ésta ocasiona un perjuicio tan considerable al trabajador que desea terminar el vínculo laboral²⁹.

2.3. Concepto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Es conveniente recordar que el Estatuto de los Trabajadores tiene previsto un procedimiento de modificación específico para determinadas condiciones de trabajo, como es el caso del aumento de la jornada mediante horas extraordinarias que dispone el art. 35.4 ET, el periodo de disfrute de las vacaciones que regula el art. 38.2 ET, la movilidad funcional del art. 39 ET, o los traslados y desplazamientos dentro del ámbito de la movilidad geográfica previstos en el art. 40 ET. Y en el art. 41 del ET, el legislador establece un régimen general de modificación unilateral de las demás condiciones de trabajo que no tengan atribuido un mecanismo específico³⁰.

Sin embargo, la imprecisión e insuficiencia de la regulación legal hacen que haya que acudir, inevitablemente, al análisis pormenorizado que realiza la jurisprudencia de cada caso en particular, de las diversas situaciones de modificaciones sustanciales para poder llegar a esclarecer qué se entiende que puede ser una modificación sustancial y qué actuaciones empresariales quedan dentro del poder de dirección y organización del empresario. En este

²⁹ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, pp. 15-17.

³⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 2.

sentido, sentencias del Tribunal Supremo, como la de 22.1.2014 (Rec. 89/2013), en la línea de otras resoluciones anteriores (como la STS de 10.10.2005, Rec. 183/2004) definen la modificación sustancial como un «concepto jurídico indeterminado, cuyos difusos contornos han llevado a destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de la misma y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo...», afirmando que para su delimitación resultan de utilidad los siguientes criterios: «1º) hay que acudir a una interpretación racional y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable; 2º) por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ad exemplum del art. 41.2, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, estas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial; y 3º) hay que atender al contexto convencional e individual, a la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que supone para los afectados...».

Podríamos definir, de forma genérica, la modificación sustancial como la facultad que tiene el empresario de alterar unilateralmente condiciones de trabajo que fueron pactadas con el trabajador, para poder hacer frente a determinadas dificultades relacionadas con la productividad y competitividad de la empresa, las cuales habrán de ser debidamente constatadas. La mencionada sentencia declara que «sintéticamente, modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio»³¹.

2.3.1. Sustancialidad de la modificación

El primer requisito que ha de cumplir una modificación unilateral de condiciones de trabajo para poder ser encuadrada en el procedimiento del art. 41 ET —en lugar de quedar dentro del ámbito de las facultades ordinarias de dirección e *ius variandi* del empresario— es que sea de naturaleza sustancial y, al no definir este concepto la propia ley, emergen diversas cuestiones de índole interpretativo: la primera es si, a la vista del enunciado de la lista abierta de condiciones que pueden ser alteradas mediante el citado procedimiento de alteración

³¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 2. En este sentido, *Vid.* SSTS de 9.4.2001, R.º 4166/2000 y 22.9.2003, R.º 122/2002.

sustancial, el carácter de sustancial debe venir determinado por la propia materia objeto de modificación, de entre las citadas en el precepto:

- 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 del ET.

La interpretación doctrinal y jurisprudencial entiende que no se trata de una lista cerrada, un *numerus clausus*, puesto que el propio precepto atribuye la condición de sustancial a aquellas modificaciones que afecten a dichas materias, «entre otras», expresión mediante la cual se entiende que el legislador pretende aclarar que la sustancialidad de la modificación de que se trate no ha de predicarse de la materia objeto de alteración, sino de la propia modificación en sí misma. Por tanto, se amplía así el ámbito de aplicación de dicho precepto, pues dentro del término «condiciones de trabajo» deben ser incluidas todas aquellas referidas a la prestación laboral, aunque no aparezcan mencionadas expresamente en el mismo; no obstante, lo cierto es que la lista hace referencia tanto a la prestación de trabajo fundamental como a la prestación básica del trabajador (incluido su ámbito funcional y temporal), luego se puede decir que en el citado artículo aparecen listadas las condiciones laborales más relevantes en el marco de la relación laboral. Este razonamiento nos permite concluir que la materia a la que alude la modificación puede influir a la hora de considerar la posible sustancialidad de la misma, optando algunas sentencias por combinar ambos criterios, tanto la condición modificada, como la propia modificación, para determinar el carácter sustancial³²: «Quizá podría ser un primer indicio de sustancialidad, al tratarse de materias cuya modificación normalmente será esencial»³³, teniendo en cuenta la heterogeneidad y densidad de la lista, de manera que se le puede otorgar una función indiciaria con respecto a la posibilidad de aplicación del precepto. No obstante, tiene cabida cualquier otra condición de trabajo (por ejemplo, las vacaciones, el régimen de permisos, el sistema de formación profesional...). De este modo, «la sustancialidad se predica legalmente de la modificación y

³² STS de 26 de abril de 2006, R.º 2076/2005.

³³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art. 41 del ET», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2009, p. 14, *cit. pos.* TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 3.

no de las condiciones de trabajo, no existiendo "a priori" condiciones de trabajo no sustanciales, ni accesorias, sino modificaciones sustanciales o accesorias, dependiendo de su intensidad»³⁴.

Esta interpretación adoptada por la jurisprudencia deriva en la imposibilidad de considerar sustancial o no una modificación a priori, pues –reiteramos– se trata de un concepto jurídico indeterminado que precisa de interpretación jurisprudencial y excesivamente casuístico. No obstante, parece quedar claro que el carácter sustancial se predica de una modificación «cuando objetivamente implica una mayor onerosidad de la prestación de los trabajadores», como establece la mencionada STS 10.10.2005.

Sin embargo, es conveniente reseñar que, en la práctica judicial, en ocasiones se ha aplicado el art. 41.1 ET al constatarse que la modificación afecta a alguna de las condiciones listadas en dicho precepto (a pesar de que la sustancialidad de dicha modificación deba predicarse de la intensidad de ésta y no de la materia afectada por la misma, ya que, como sabemos, el procedimiento de alteración sustancial solo tiene como objeto las modificaciones sustanciales). Alguna sentencia del TS, como la de 26.4.2006, (Rec. 2076/2005), afirma que las condiciones del listado tendrán ex lege la consideración sustancial referida, pero a continuación interpreta que no debe apreciarse esta presunción, por dos razones: se trata de una lista «ejemplificativa y no exhaustiva», por lo que cabe apreciar modificaciones sustanciales de otras condiciones de trabajo; además, unánimemente se utiliza el criterio de que el art. 41 ET no se aplica en función de que la condición modificada sea sustancial, sino de que sea sustancial la propia modificación, lo que permite que las condiciones listadas sean objeto de modificaciones no sustanciales. «Esta doble posibilidad de ruptura de la presunción permite concluir, utilizando expresión del todo gráfica, que “ni están todas las que son ni son todas las que están»³⁵.

En todo caso, jurisprudencialmente parece continuar interpretándose que cuando se suprime íntegramente una condición de trabajo, tal modificación siempre será considerada sustancial; en cambio, si la modificación simplemente se limita a variar los procedimientos establecidos para su disfrute o ejercicio, permaneciendo idéntica la condición de trabajo en sí misma, sin verse afectado su contenido, la alteración no tendrá naturaleza sustancial³⁶. En estos casos, cuando se trata de modificaciones parciales en las que se ve alterado el contenido

³⁴ ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales», Granada: Comares, 2000, p. 22.

³⁵ SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 234.

³⁶ STS 9.4.2001 (R.º 4166/2000); SSTS de 11.12.1997 (R.º 1281/1997), 7.6.1999 (R.º 5002/1998) y 17.12.2004 (R.º 42/2004).

de la condición pero ésta persiste, es más complejo realizar una valoración a priori, remitiendo el TS «a una valoración casuística en la que se han de utilizar criterios de diferente naturaleza...se deberá atender a las características de la modificación desde una triple perspectiva: la intensidad cualitativa de la modificación, esto es, su importancia y trascendencia cualitativa, su alcance temporal y las eventuales compensaciones que pudiera articular la empresa a cambio»³⁷.

3. CAUSAS JUSTIFICADORAS

Se definen las causas, en los arts. 40 y 41 del ET, como «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa», lo que conduce a deducir que existirá una causa económica siempre que se persiga mejorar la competitividad de la empresa, sin ser exigible que la medida «contribuya a prevenir una evolución negativa o a mejorar la situación y perspectivas de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». A su vez, se concede a los empresarios la flexibilidad que necesitan para conservar los niveles de empleo en los casos en que pueda haber una evolución regresiva. De esta forma, al suprimirse la exigencia de justificación finalista de la alteración sustancial, se ha llegado en el art. 41 ET hasta una concepción causal. Todo ello permite concluir que «podría ser necesaria una revisión de la doctrina relativa al ámbito de control judicial sobre la valoración de la adecuación o proporcionalidad y la relación causa-efecto, pero sin que ello comporte la desaparición del control judicial o la limitación del mismo a los supuestos de alegación de una eventual nulidad de la decisión empresarial»³⁸.

La definición de las causas productivas, organizativas o de producción relaciona éstas con la mejora de productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, y se critica que la regulación actual lleva a una definición tautológica de las causas –las económicas se relacionan con la competitividad; las técnicas con la organización técnica, las organizativas con la organización del trabajo y las productivas con la productividad– que aumenta los poderes de la empresa y consigue disuadir a los trabajadores de acudir a la impugnación judicial, con «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 muy favorable

³⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 4.

³⁸ POSE VIDAL, S.: «La aplicación judicial de la flexibilidad interna», *op. cit.*, p. 8.

para la validación jurídica del ejercicio por el empresario de aquellos poderes extraordinarios que se le han concedido», llegando algún autor a afirmar incluso que «se otorga al empresario un poder prácticamente omnímoto para trasladar a los trabajadores y modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo»³⁹. Tal privación a los trabajadores de las garantías propias del derecho laboral ha provocado que se opte por acudir a las garantías del derecho civil –que es, en teoría, menos tuitivo–, invocándose en los tribunales la proscripción de actuar con arbitrariedad, con abuso y con mala fe en el ejercicio del *ius variandi* (aludiendo a los arts. 6.4, 7 y 1.258 del Código Civil), o insistiendo en que no es posible dejar al arbitrio de una de las partes contratantes la validez o el cumplimiento de los contratos (al amparo del art. 1.256 del Código Civil). Por tanto, se pone el foco de atención en el deber empresarial de actuar con «regularidad» en el ejercicio de sus potestades directivas y organizativas, ex arts. 5.c) y 20.2 del ET. A lo anterior conviene añadir que, por su parte, actúan también como límites al ejercicio de *ius variandi* los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores. En lo que respecta al principio de igualdad, se especifica que, aunque no obsta para que pueda mejorar las condiciones laborales de algunos empleados, ello «no es lo mismo... que empeorar las condiciones de trabajo previstas en un acuerdo colectivo o convenio colectivo no estatutario en perjuicio solo de un grupo de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación», siendo entonces razonable exigir «no solo la concurrencia de un sustrato nuevo o diferente», sino «también que la medida adoptada cuenta con una justificación objetiva y razonable»⁴⁰.

No obstante, y a pesar del tenor literal de la nueva versión del artículo 41 ET, que limita aún más el nivel de exigencia previo, ello no significa que la flexibilización en la apreciación de la causa implique reconocer una discrecionalidad absoluta al empresario, sino que permanece la obligación de acreditar la concurrencia de las causas esgrimidas y que éstas justifican razonablemente las pretendidas modificaciones⁴¹, demostrando la incidencia de las mencionadas causas en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo que justifique la adopción de la medida. Es decir, deberá probar la relación directa entre las dificultades de competitividad, productividad y organización técnica o del trabajo existentes en su empresa y la medida adoptada, lo cual hará necesario el empleo de instrumentos de

³⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: vidal «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, pp. 5-6 y 19.

⁴⁰ ROQUETA BUJ, R.: «La flexibilidad interna tras la reforma laboral», Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 38, *cit. pos.* LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 6.

⁴¹ POSE VIDAL, S.: «La aplicación judicial de la flexibilidad interna», *op. cit.*, p. 8.

ponderación que se adecúen a unos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que «las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo», tal y como apunta la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN) núm. 61/2012, de 28.5.2012⁴². Conforme a esta interpretación de la AN, si bien se reconoce un mayor margen de actuación al empresario respecto a sus facultades modificativas, éste no tiene una discrecionalidad absoluta a la hora de llevar a cabo tales modificaciones, pues se exige que su actuación esté vinculada al cumplimiento de una determinada finalidad, la cual justifique la alteración de que se trate.

Los tribunales han de efectuar un «control de razonabilidad» de la medida empresarial, relacionado con la «mejora de la competitividad», de acuerdo con la Ley 3/2012, que sigue la línea de las regulaciones anteriores, de tal forma que la jurisprudencia del TS trata de establecer criterios de racionalidad, considerando como punto de partida que «toda restricción de los derechos económicos de los trabajadores representará siempre una mejora que justificará la modificación, pues la mejora en sí misma se ha convertido en causa de la modificación en lo que no es más que un razonamiento circular», es decir, lo que causa la modificación, a su vez la justifica. En cambio, opina el tribunal que la justificación opera de forma distinta: «hay un hecho objetivo susceptible de alterar el régimen de prestaciones del contrato —una innovación técnica, organizativa o productiva, un cambio de la coyuntura económica— y a partir de ese cambio (la actualización de la causa) la medida se justifica si se corresponde con ese cambio y si sirve al objetivo de mejorar la posición competitiva de la empresa o a prevenir una evolución negativa» (STS 20.1.2014; Rec. 56/2013).

La STS 27.1.2014 (Rec. 100/2013) afirma que no puede entenderse que la reforma legal prescinde de los referidos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y vincula el enjuiciamiento de la modificación sustancial al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, sosteniendo que, si bien no es competencia del tribunal realizar juicios de «oportunidad» —los cuales entran dentro el ámbito de la gestión empresarial—, corresponde a los órganos jurisdiccionales pronunciarse acerca de la existencia de la causa alegada, así como valorar si la modificación adoptada se ajusta razonablemente a la causa acreditada. Esto no supone que la medida acordada deba ser la óptima para lograr el objetivo pretendido mediante la misma —que, como ya se ha advertido, esa decisión pertenece en exclusiva a la dirección empresarial—, sino que la razonabilidad exige que tal medida debe adecuarse

⁴² REY GUANTER, S.: «La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *op. cit.*, p. 7.

idóneamente a dicho objetivo (lo que se denomina «juicio de idoneidad»). Continúa el tribunal diciendo que no es admisible en ningún caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse al conocido como *dumping* social, «habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede –sin más y por elemental justicia— ser admisible en cualesquiera términos», más aun teniendo en cuenta lo que establece el Derecho comunitario, pues «el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros “la mejora de las condiciones de ... trabajo”, a la que incluso se subordina “la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión”». Una abundante jurisprudencia continúa haciendo hincapié en la necesidad del «juicio de razonable idoneidad»⁴³. Asimismo, se mantiene esta idea en el contexto del descuelgue convencional, como sostiene la SAN 11.2.2014 (Rec. 356/2013): «no cabe admitir la automática traslación cuantitativa de las pérdidas empresariales a la cuantía de los salarios, tratando de compensar aquellas con la reducción de éstos, “puesto que quien debe asumir las pérdidas en la empresa es esencialmente la propiedad con cargo a fondos propios”»⁴⁴.

Algunos autores realizan una comparación de estas medidas modificativas con las extintivas, en las que sí se exige la concurrencia de pérdidas en la empresa, a diferencia de lo que ocurre con la modificación sustancial, pues ya desde antes de la reforma del art. 41 ET se interpreta (STS de 17.5.2005) que no es la crisis empresarial, sino la mejora de la situación de la empresa el criterio para medir la justificación de las causas; como ya hemos señalado, el objetivo es que la medida modificativa contribuya a una mejora en la posición competitiva de la empresa o la eficacia del servicio prestado por ella, sin ser necesario que se acredite la superación de vicisitudes negativas, «y ello es lógico por cuanto los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión supone pérdida de empleo, que cuando simplemente supone un cambio en el modo o circunstancias de ejecución del trabajo, de ahí que siendo la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo una manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, se atribuya esa facultad al empresario con márgenes más holgados que las facultades atinentes a la flexibilidad externa, criterio éste que ya era una constante en la doctrina unificada del Tribunal Supremo, entre otras en Sentencias de 2 de marzo de 2009 (RCUD 1605/2008) y de 16 de mayo de 2011 (RCUD

⁴³ La STS 25.3.2014 (R.º 140/2013) afirma: «...como ha declarado esta Sala en STS/IV 27-enero-2014 (rco 100/2013),...ha de rechazar –por contraria a Derecho— la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines –legales— que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable ..., o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta».

⁴⁴ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 22.

197/2010)». A pesar de lo anterior, se ha de insistir «en el mantenimiento del control judicial de la razonabilidad de la decisión modificativa empresarial... y que se mantiene en un nivel de exigencia...muy inferior al aplicado en materia de despidos colectivos...»⁴⁵.

Por el contrario, se ha considerado injustificada una medida de disminución del salario simultánea a la aplicación de despidos objetivos por la misma causa, manifestando la sentencia que, al permitir la medida «la minoración de gastos de personal considerablemente, siendo éstos el elemento más importante que integra la cifra de negocio, en el caso analizado no cabe considerar justificada la medida, dado que simultáneamente está procediendo la empresa a la realización de despidos objetivos por la misma causa a nivel nacional, concluyendo que la aplicación simultánea de ambas medidas, y no como alternativas, carece de amparo legal en el presente caso»⁴⁶. Esta preferencia legal por la flexibilidad interna como alternativa frente a la flexibilidad externa, sin embargo, no permite concluir que en todo caso sean excluyentes, dado que no se impide que en el transcurso de un procedimiento de despido colectivo puedan negociarse, de forma simultánea, medidas de flexibilidad interna; además, es evidente que cabe aplicar simultáneamente diversas medidas de flexibilidad interna, siempre que queden debidamente justificadas las medidas aplicadas⁴⁷.

No obstante, los jueces, por su parte, se resisten a defender estrictamente el interés empresa (que menoscaba, a su vez, el interés trabajo) en las modificaciones sustanciales y, por ello, no admiten que dicha mejora en la competitividad de la empresa en un contexto de recesión económica sea, por sí sola, causa suficiente que legitime y justifique medidas modificativas. Por esta razón, puede constatarse que los tribunales están actuando, en no pocas ocasiones, a modo de *muro de contención* frente a la excesiva protección del interés empresarial en la reforma de 2012, a pesar de que tal conducta se extralimita de la función judicial de interpretación del derecho, y no de creación del mismo⁴⁸.

⁴⁵ POSE VIDAL, S.: «La aplicación judicial de la flexibilidad interna», *op. cit.*, pp. 9-10.

⁴⁶ STSJ de Cataluña núm. 11/2013, de 19.2.2013 (Procedimiento 40/2012).

⁴⁷ POSE VIDAL, S.: «La aplicación judicial de la flexibilidad interna», *op. cit.*, pp. 10-11.

⁴⁸ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 8.

4. CONDICIONES DE TRABAJO SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIÓN

Como ya adelantamos en capítulos anteriores de nuestro estudio, las materias recogidas expresamente en el art. 41 ET que pueden ser objeto de posibles alteraciones sustanciales son las siguientes: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento y, por último, funciones (cuando sobrepasen los límites del art. 39 ET). No obstante, no se trata de una lista cerrada, puesto que la expresión «entre otras» que el legislador utiliza en el segundo párrafo del art. 41.1 ET legitima su extensión a otras materias no contempladas de forma expresa en la redacción del precepto. En este contexto, son dos las materias que han resultado especialmente polémicas, pues se trata de condiciones de trabajo nucleares (salario y tiempo de trabajo): reducciones e incrementos de jornada laboral y reducciones de cuantía salarial. Esta última materia será objeto de un análisis más profundo⁴⁹.

4.1. Modificación sustancial de la cuantía del salario

En lo que al ámbito salarial se refiere, el legislador despeja las posibles dudas generadas bajo la regulación anterior acerca de si podía o no modificarse el aspecto cuantitativo del salario por la vía de la modificación sustancial del art. 41 ET, puesto que, además de al «sistema de remuneración», el precepto ahora alude expresamente a la «cuantía salarial» —41.1.d)—.

No obstante, una parte de la doctrina y la jurisprudencia ya venía considerando una respuesta afirmativa a esta cuestión⁵⁰, debido al carácter ejemplificador de la lista de condiciones enumeradas en el artículo y a no poder aplicarse el antiguo artículo 82.3 ET —el cual abordaremos más adelante— a toda modificación salarial. De esta forma se otorga una mayor seguridad jurídica en relación con este asunto⁵¹.

⁴⁹ En 2017, un 1,9% de las empresas investigadas que aplicaron medidas de flexibilidad interna, aplicó medidas que afectaron al sistema de remuneración y cuantía salarial, frente al 26% de modificaciones relacionadas con la jornada laboral. Fuente: Encuesta Anual Laboral 2017. *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰ *Vid.* STS 3214/2004, de 11.5.2004: «el acuerdo colectivo de (...) negociado entre la dirección y el comité de empresa, en cuanto que contiene diversas disposiciones sobre complementos salariales (plus de nocturnidad, incentivos, plus de penosidad) afecta a la estructura salarial o "sistema de remuneración" de la empresa, que es la condición de trabajo mencionada en la letra d) del art. 41.1. ET (...); aun en la hipótesis de admitir que el tantas veces citado acuerdo de empresa haya introducido una modificación peyorativa de lo dispuesto en el art. 22 del convenio colectivo, tal modificación es lícita y entra dentro de las competencias atribuidas a los sujetos de la negociación colectiva a nivel de empresa». *Vid. et.* STS 20.1.2009 y SAN 23.9.2010.

⁵¹ REY GUANTER, S.: «La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *op. cit.*, p. 7.

Por otro lado, sistema de remuneración no es sinónimo de cuantía salarial, es decir, estos no son términos equivalentes —al menos en su sentido literal—, lo que supone que, hasta la nueva redacción que la Ley 3/2012 da al art. 41 ET, se suscitaban dudas acerca de esta cuestión. Prueba de esta controversia es el giro interpretativo que el TS dio a su propia jurisprudencia, ya que en ocasiones admitió la alteración de la cuantía salarial por vía indirecta, considerando que «con el término sistema de remuneración se hace referencia a las condiciones, estructura o criterios para la determinación del salario, sin afectar directamente a la cuantía salarial...»⁵², teniendo cabida dentro de la modificación del sistema de remuneración alteraciones de la estructura salarial, de los componentes del sistema retributivo o de los criterios de devengo de las partidas salariales, pudiendo aplicar el empresario un nuevo porcentaje de la retribución variable o nuevas condiciones de devengo de la misma (convirtiendo, por ejemplo, un plus fijo en variable, o cambiando la fórmula de calcular las comisiones), supresión de mejoras, etc., afectando, en todo caso, a la cuantía de dichos complementos salariales⁵³. Y posteriormente, el propio Tribunal ha pasado a sostener en varias sentencias⁵⁴ que el procedimiento adecuado para disminuir la cuantía salarial era el ya consolidado descuelgue salarial del art. 82.3, totalmente distinto y que exige el cumplimiento de unos requisitos más estrictos que los previstos para el mecanismo de la alteración sustancial del art. 41 ET, alegando diversos motivos: 1ª) la alteración de la cuantía del salario afecta al «núcleo duro, básico, esencial y definitorio de la misma esencia laboral del contrato, teniendo el derecho del trabajador “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia” rango constitucional (art. 35 CE)»; 2ª) en consecuencia, se contempla en nuestra legislación la posibilidad de que el trabajador extinga voluntariamente el contrato de trabajo, «con la máxima indemnización legal, en supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado [art. 50.1 b) ET]»; y 3ª) la no inclusión de forma expresa de la disminución de la cuantía salarial en la redacción anterior del art. 41.1 ET permite concluir que «una minoración retributiva no podía efectuarse a través del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo»⁵⁵.

⁵² LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *op. cit.* pp. 51-52.

⁵³ «En este sentido, la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2005 (rec. 5653/2004) ya indicó que la modificación sustancial del “sistema de remuneración” es una operación que viene referida a decisiones empresariales que inciden en la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos que pueden percibir sus trabajadores, de manera que se altere el sistema hasta entonces aplicado para el devengo de los diferentes pluses y complementos, afectando a su importe, alcance o naturaleza». LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *op. cit.*, p. 51.

⁵⁴ SSTs de 5 de junio de 2012 (R.º 95/2011) y 12 de junio de 2013 (R.º 103/2012).

⁵⁵ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral...», *op. cit.*, p. 52.

El hecho de que el legislador haya optado por abrir la posibilidad de alterar el aspecto cuantitativo del salario por la vía del art. 41 ET, añadiendo la expresión «cuantía salarial», pone de manifiesto que éste se trata de un concepto propio y diferenciado del referido «sistema de remuneración», y que la posibilidad de llevar a cabo tal modificación mediante el procedimiento de alteración sustancial requeriría una reforma legislativa⁵⁶. Con la Ley 3/2012 se pone fin a esta problemática, pues se despeja la duda acerca de la inclusión en el art. 41 ET de la reducción de la cuantía salarial, lo que permite «situar en el ámbito del poder unilateral del empresario, sin límites cuantitativos ni temporales, ni prácticamente causales, una eventual reducción de la cuantía salarial, que no es una condición de trabajo sino en puridad la causa del contrato de trabajo»⁵⁷.

Así, se plantean ya posteriormente otras cuestiones, llegando a admitir los tribunales incluso, por ejemplo, una disminución parcial de la cuantía del salario (con la subsecuente inaplicación del art. 82.3 ET) por esta vía, mientras se respeten los mínimos establecidos en convenio colectivo.

En cualquier caso, la jurisprudencia ha afirmado que el art. 41 ET alcanza a las denominadas *condiciones de trabajo* (lo concerniente «a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones»), pero no a las *condiciones de empleo*, las cuales «se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes», lo que supone que el art. 41 ET no habilita al empresario para transformar un contrato de trabajo a tiempo completo en uno de trabajo a tiempo parcial, pues en este caso no se trataría de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino de un cambio del régimen contractual que no entra dentro del ámbito de la alteración sustancial. Sin embargo, se ha llegado a considerar como un supuesto de modificación sustancial la reducción de jornada y salario, con carácter definitivo —caso en que no se puede aplicar el art. 47 ET—, en contratos a tiempo completo, argumentando el tribunal que no se puede considerar que una simple reducción de jornada transforme un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, que este último es una auténtica modalidad contractual y que no cabe equipararla con un simple supuesto de reducción de jornada. Sostiene esta doctrina judicial que en este caso subsiste el contrato a tiempo completo como tal categoría jurídica, aunque con una reducción del tiempo debido, puesto que la modalidad del contrato a tiempo parcial solo puede provenir de una conversión

⁵⁶ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, pp. 5-6.

⁵⁷ Opina SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 247.

contractual efectuada mediante una novación extintiva que requiere, en todo caso, la aceptación por parte del trabajador.

Esta postura jurisprudencial ha derivado, incluso, en llegar a dictaminar que están justificados supuestos de reducción de jornada y salario de un 50%, interpretando la doctrina que de esta forma se estaría dando entrada por vía judicial a un *tertium genus* de contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida, algo que no tiene cabida en nuestro marco normativo interno ni en el derecho comunitario, y que además sitúa al trabajador en una situación de desprotección al no tener éste derecho a la prestación por desempleo siendo la medida definitiva, mientras que la reducción de jornada con derecho a prestación es temporal. Respecto a este asunto, resulta significativa la STC 213/2005 que estimó constitucional que el desempleo solo se contemplara para las reducciones de jornada autorizadas por (el entonces) expediente de regulación de empleo, «único supuesto de reducción temporal de jornada que puede imponerse»⁵⁸. Con todo, teniendo en cuenta que existe esta posibilidad de reducir el salario mediante el procedimiento de la alteración sustancial, es lógica la admisión de la reducción de jornada, ya que resultará más favorable para el trabajador una disminución de salario producida por una reducción de jornada que únicamente una reducción salarial⁵⁹. Toda esta problemática revela, por tanto, la necesidad de nuevos pronunciamientos de los tribunales que diluciden las posibilidades de reducción de jornada por la vía de la modificación sustancial del art. 41 ET y sus conexiones y posibles colisiones con el art. 47 ET, respetando la normativa interna y comunitaria y su construcción jurisprudencial.

En lo que concierne al propio concepto de cuantía salarial, se suscita la duda de qué puede entenderse en este precepto por cuantía salarial. En concreto, respecto de las cuantías que tienen carácter extra-salarial, como son las mejoras voluntarias, el art. 82.3 ET –que contiene un listado muy similar al del art. 41— diferencia expresamente la cuantía salarial de las mejoras voluntarias (refiriéndose el apartado e) al «sistema de remuneración y cuantía salarial» y el apartado g) a las «mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social») en una lista cerrada, un *numerus clausus*, mientras que el art. 41.1 no establece dicha diferenciación, ni menciona expresamente las percepciones extra-salariales, por lo que es interpretable que la respuesta a esta cuestión ha de ser positiva, considerando que es posible

⁵⁸ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 6.

⁵⁹ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Vías de reacción del trabajador frente al supuesto de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo», Albacete: Bomarzo, 2014, p. 29.

la modificación de estas cuantías por la vía del art. 41 ET, dado el carácter abierto del listado de este precepto. Ello conduce a preguntarse, entonces, si se podría eliminar un complemento salarial que el trabajador viene percibiendo por una determinada concausa que continúe en el momento de la medida modificativa: por ejemplo, la supresión de un plus de turnicidad establecido en un acuerdo colectivo, a pesar de que los trabajadores continúen realizando la prestación laboral por turnos, en cuyo caso se entendería que lo previsto en el art. 41 ET avala dicha decisión, pudiendo eliminarse el mencionado plus, a excepción de que estuviese recogido en el convenio colectivo estatutario que resulte de aplicación. En cambio, no se resolvería de la misma forma ante una eventual modificación del plus de nocturnidad, pues el ordenamiento jurídico laboral estatal fija la obligación de su abono a los trabajadores correspondientes si se cumplen los requisitos legales para que dicha percepción sea reconocida, si bien «siempre cabe la posibilidad de rebajar su cuantía hasta el importe previsto en el convenio colectivo estatutario de aplicación o, en su defecto, hasta prácticamente la mínima expresión por no existir un suelo legal»⁶⁰.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta, asimismo, que, al modificarse un componente esencial del contrato de trabajo, como es la contraprestación económica que percibe el trabajador por su prestación de servicios a la empresa, toda disminución del salario —por minúscula que sea— llevará intrínseca la nota de sustancialidad, por lo que en todos los casos de minoración de la cuantía del salario, habrá que seguir el procedimiento del art. 41 ET.

Por otro lado, en lo relativo a las causas que justifican cualquier alteración sustancial (cuya delimitación, como ya hemos visto, en la actualidad resulta legalmente más imprecisa, de forma que para legitimar la decisión empresarial ya no se exige, a priori, nada más que la existencia de problemas de *competitividad* y *productividad* en la empresa, frente a la regulación previa, que se refería a contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma), cuando se trata de una modificación del salario, lo más probable es que se invoquen causas económicas, vinculadas a su vez con la productividad y la situación competitiva de la empresa, y no tanto con cuestiones relacionadas con la organización técnica o del trabajo en la misma. Llama la atención el hecho de que, mientras que para acudir al descuelgue salarial del art. 82.3 ET debe existir una situación económica negativa en la empresa, el procedimiento del art. 41 ET para reducir el salario no exige probar la existencia de dicha situación económica negativa —aunque, «obviamente si ésta concurre, se ha de considerar que las causas existen».⁶¹—, por lo que puede suceder que una empresa decida

⁶⁰ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *op. cit.*, p. 53.

⁶¹ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de...», *op. cit.*, p. 50.

disminuir el salario de sus trabajadores, con el objetivo de aumentar su competitividad o su nivel de productividad para mejorar su situación en el mercado, lo que podría inducir a que las empresas comiencen a hacer uso de este mecanismo de flexibilidad interna (pudiendo también combinarlo con otros, como la alteración de condiciones relativas al tiempo de trabajo) como un instrumento de competencia entre las mismas, a lo que cabe agregar que dichos mecanismos modificativos podrían conceder más ventajas a las empresas de mayor tamaño, puesto que cuentan con una mayor capacidad de adaptación de su capital humano, en comparación con las pequeñas y medianas empresas⁶².

En cuanto a la determinación de la cuantía en que puede disminuirse el salario, si bien el empresario decide sobre su aspecto subjetivo y cuantitativo, actúa como límite el salario fijado en el convenio colectivo estatutario, a no ser que previamente se haya utilizado la vía de la inaplicación salarial del art. 82.3 y, en el caso de que no exista convenio, el límite será el salario mínimo interprofesional.

4.1.1. Alteración sustancial de la condición más beneficiosa sobre la cuantía del salario pactada en el contrato de trabajo: aplicación judicial.

En nuestro estudio pormenorizado de la modificación sustancial sobre la cuantía del salario pactada en el contrato de trabajo, nos centraremos en la aplicación judicial de dicho mecanismo de flexibilidad interna. A continuación, observaremos cómo los tribunales han discutido la sustancialidad de determinadas alteraciones de la cuantía salarial —y también la admisibilidad de las causas alegadas por el empresario como causas justificativas, la existencia o no de un perjuicio para el trabajador, etc.—, así como acerca de la existencia de una condición más beneficiosa sobre la cuantía del salario y la naturaleza sustancial de la modificación de la misma.

Los tribunales se han pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la modificación sustancial de la cuantía del salario, de las causas justificativas de esta medida empresarial, de la existencia o no de un perjuicio para el trabajador, de si la modificación afecta a una condición más beneficiosa del contrato, etc.

Así, encontramos resoluciones judiciales en este ámbito que aplicaban lo dispuesto en regulaciones previas (de 1994, de 2010, etc.), así como las dictadas bajo la regulación

⁶² GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 11, 2012, p. 3.

actual. En algunos casos se mantienen los criterios adoptados anteriormente, mientras que en otros, se aprecia notablemente el cambio legal e interpretativo en ciertos aspectos.

Respecto a la normativa vigente a partir de 1994, encontramos algunos ejemplos⁶³:

- La STS de 6.5.1996 (Rec. 2682/1995) consideró que existía una modificación sustancial al transformar una partida salarial fija en variable, que consistió en «dividir en dos magnitudes un concepto salarial, el Complemento Personal, que...“consistía en una cantidad fija”. Y así ahora un 60% del complemento se dice que es “fijo”; y un 40% se convierte en variable, en función del grado de cumplimiento de los objetivos marcados por la empresa...Basta con contemplar esta división, y con tener en cuenta que un porcentaje del devengo fijo se ha convertido en aleatorio, para concluir que se está ante una modificación subsumible en el apartado d) "sistema de remuneración"...».

- La retirada de la tarjeta de compra y de los descuentos especiales de los cuales disfrutaban los empleados para adquirir productos de la empresa (STS de 9.4.2001, Rec. 4166/2000): se trata de «...una ventaja, beneficio o mejora social, pero en cualquier caso esa ventaja, mejora o beneficio se halla establecido exclusivamente a favor de los trabajadores de la empresa por la única razón de serlo tiene su causa en el contrato de trabajo, y esa ventaja o beneficio en derecho laboral sólo tiene un nombre...: condición más beneficiosa de naturaleza colectiva; condición más beneficiosa porque supone una mejora establecida por encima de las exigibles legalmente, y de naturaleza colectiva porque fue establecida de forma genérica para todos los trabajadores de la empresa sin atender a ninguna condición individual de cada trabajador». El TS hace referencia a argumentos utilizados por jurisprudencia anterior del propio tribunal: «...como se desprende claramente de los términos del art. 41 ET...las modificaciones posibles son las allí recogidas “entre otras”...»; y que «la aplicación del art. 41 ET no se halla referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación...».

- La modificación de los criterios empresariales para distribuir unilateralmente el incentivo a percibir por cada trabajador, en los salarios individuales (STS 22.6.1998, Rec. 4539/1997), también se calificó de alteración sustancial: «a) Porque afecta a un aspecto tan determinante de la relación laboral como lo es el del sistema retributivo, pues, aunque sólo se refiere a la retribución variable de cada trabajador, depende de la aplicación de tales criterios, y, por lo tanto, de que estos sean unos u otros, algo tan importante como el incremento anual de su salario; b) Porque con su unilateral decisión la empresa sustituye unos

⁶³ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *op. cit.*, pp. 3-4.

criterios pactados susceptibles de objetivación, cuales eran los de cantidad y calidad del trabajo, cooperación, creatividad... y por ello susceptibles de control en su aplicación individualizada, por otros dos (la situación de cada empleado con respecto al mercado, considerando las responsabilidades asignadas,... y la contribución individual de cada empleado a la consecución de los objetivos de la Compañía) de índole completamente subjetiva y, por lo tanto, no susceptibles de control individual ni colectivo; siendo sustancial el que hasta 1997 cada trabajador o sus representantes pudieran discutir y demostrar si el reparto empresarial se acomodaba a los criterios pactados (aunque no lo hubieran hecho nunca), mientras que con los nuevos criterios de 1997 queda, de hecho en manos exclusivas de la empresa esa distribución del incremento».

En cuanto a jurisprudencia reciente, diversas sentencias resuelven acerca de modificaciones sustanciales sobre la cuantía del salario. Por ejemplo, la SAN 220/2013, de 10.12.2013 (Rec. 368/2013) admite la legitimidad de la medida modificativa (que afectará únicamente a conceptos retributivos fijos extraconvenio), a pesar de que anteriormente la empresa había procedido a la congelación de los incrementos retributivos y a la suspensión de los contratos, puesto que se considera acreditada la causa justificativa, la proporcionalidad de la medida y la buena fe mostrada en las negociaciones; la STS de 25.1.2017 (Rec. 47/2016) califica de sustancial la supresión de un crédito de 600 euros para realizar compras en establecimientos de la empresa, por el carácter abierto del listado de materias del art. 41.1 ET; también la STSJ Madrid de 30.6.2014 (Rec. 119/2014) considera sustancial la modificación que introduce un sistema de copago del servicio de comedor en la empresa cuando anteriormente era un servicio gratuito para los trabajadores, por lo que constituía un «beneficio consolidado de los trabajadores».

A continuación desarrollaremos más detalladamente tres supuestos controvertidos y considerados relevantes: el primero discute la «absorbibilidad/compensación» de una condición más beneficiosa sobre la cuantía del salario (STS de 25.1.2017); la siguiente examina la posible existencia de una condición más beneficiosa y su modificación (STS 25.3.2014) y, por último, la STS 12.9.2016 examina la existencia de una modificación sustancial de la cuantía del salario:

a) STS núm. 58/2017, de 25.1.2017 (Rec. 2198/2015)

Este conflicto se inicia con la formulación del recurso de casación para la unificación de doctrina, por parte de por un trabajador que interpuso una demanda contra la empresa

Grupo Corporativo GFI Norte, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial ante el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao, que desestimó sus pretensiones, al igual que el TSJ de País Vasco, que resolvió el recurso de suplicación de igual forma (en STSJ País Vasco de 17.3.2015).

El trabajador venía prestando sus servicios para la empresa desde 2005, y en sus nóminas constaba una partida denominada «mejora voluntaria compensable y absorbible», a la vez que en el Anexo de su contrato de trabajo se establecía que «La retribución del trabajador se revisará anualmente y siempre y cuando lo establezca el convenio de aplicación y no sean de aplicación las normas de compensación y absorción». En 2008 comenzó a resultar de aplicación a los trabajadores otro convenio colectivo, en el cual se recogía, en cuanto a las mejoras adquiridas: «Se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a la firma de este Convenio, que computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo»; y dicha mejora voluntaria ha sido compensada por la empresa con el plus de antigüedad devengado conforme al nuevo Convenio Colectivo aplicable, a razón del 5% de Salario Base por cada trienio, obteniendo el demandante 81,65 euros por trienio (el primer trienio se cumplió en 2.008 y el segundo en 2.011), que reclama la cantidad de 5.225,98 euros desde enero de 2012 hasta abril de 2014.

Las sentencias recurridas desestimaron la pretensión del actor, basándose en que la configuración expresa de la mejora como compensable y absorbible impedía considerarla como condición más beneficiosa, además de considerar que la mejora —al tratarse de un complemento personal— presenta homogeneidad con el complemento de antigüedad, lo que permite su compensación/absorción.

En la sentencia de contraste aportada por la parte recurrente (STS de 19.4.2012, R.º 526/2011) se daban hechos sustancialmente iguales: obtención de los trabajadores de un "complemento personal convenido", el cual fue disminuyendo conforme aumentaba la cuantía salarial por promoción profesional (ascensos) o por mayor antigüedad (trienios), y el Convenio colectivo, tras fijar una regla general de absorción y compensación, disponía que las situaciones que pudieran existir a fecha de la firma del mismo serían respetadas como derechos adquiridos, a título personal. Estos hechos llevaron al Tribunal a considerar inviable la compensación/absorción efectuada, por entender que la «obligación nacida de la fuerza normativa del Convenio no puede minorarse —pues no otra cosa es la absorción pretendida y practicada— por el hecho de que, al margen y por encima de los conceptos salariales a que obliga el Convenio, el empresario haya pactado con algunos trabajadores —los demandantes— un "complemento personal convenido", cuya naturaleza jurídica es claramente la de una condición más beneficiosa que, en cuanto tal, es precisamente inmune

al juego de la compensación y la absorción». Citando doctrina del propio Tribunal, como la STS de 28.2.2005 (Rec. 2486/2004), dice el TS que «la institución de la compensación y absorción que en el precepto citado (art. 26.5 ET) se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras» y por ello ha de producirse «necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (sentencias de 15/10/1992 y 10/6/1994)». Y es evidente que entre el complemento de antigüedad y el complemento personal convenido que aparece en el caso tal homogeneidad brilla por su ausencia».

El tribunal aprecia la contradicción existente entre el pronunciamiento de la STS de 19.4.2012 y la del TSJ de País Vasco ahora recurrida que alega el demandante, observando que la previsión realizada en el contrato que calificaba dicha mejora de «compensable y absorbible» no resulta trascendente al juicio de contradicción, por entender —en contra de lo alegado por la empresa en su escrito de impugnación del recurso— que la calificación explícita de compensable y absorbible del complemento salarial realizada en el contrato no supone diferencia sustancial alguna, pues se trata de una cualidad que viene expresamente impuesta por el art. 26.5 ET, el cual señala que «Operará la compensación y absorción...».

Asimismo, interpreta que la mejora voluntaria objeto de debate representa una condición más beneficiosa (en adelante, CMB), la cual se define como «una mejora de las condiciones laborales, que se incorpora al conjunto de los derechos del trabajador y supone una ventaja para él»; y se configura su “base esencial” ... por “la voluntad de otorgar o establecer el beneficio correspondiente”. Otra cosa es que ese origen contractual “ab origine” la distinga de la propiamente dicha CMB [“adquirida”, se dice usualmente], que ha sido creación jurisprudencial... y que efectivamente se adquiere por los trabajadores a lo largo de la relación laboral —de manera individual, plural e incluso colectiva—, generalmente a través de pactos que no tengan naturaleza de convenio colectivo o más usualmente mediante actos repetitivos que expresan la unilateral voluntad del empresario de otorgar un “beneficio” ofertado sin “contraprestación”. Condición esa que igualmente se incorpora al nexo contractual, de forma y manera que el “beneficio” conferido ... goza del mismo efecto de la inicialmente pactada y no pueda prescindirse del mismo por decisión —exclusiva— del empresario, pues “mantiene su vigencia 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 las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral...”».

Prosigue la resolución haciendo referencia a numerosa jurisprudencia y, a continuación, indica que la identidad de efectos entre una CMB *inicial* y una *adquirida* implica unas exigencias uniformes en su neutralización mediante el mecanismo de compensación y absorción y la aplicación de la misma doctrina judicial en lo relativo a los requisitos precisos para que se produzca dicho fenómeno:

a) Se exige para ello que medie «imprescindible homogeneidad» entre los conceptos retributivos analizados, operando como norma general que la única excepción se da cuando uno de los conceptos retributivos intervinientes es inabsorbible, ya sea por su propia naturaleza, ya por disposición expresa de la norma legal o convencional que regula esta materia.

b) De modo que, cuando se especifique en la cláusula convencional que la mejora salarial podrá ser «compensable o absorbible», implica que «lo podrá ser con futuras mejoras salariales siempre que las mismas cumplan el requisito de homogeneidad –en los términos exigidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia— para que sea jurídicamente válida esa compensación o absorción»;

c) Pero resulta difícil construir una doctrina universal aplicable a todos los supuestos de hecho, debiendo examinarse las peculiaridades de cada situación y ajustarse la solución a cada caso concreto. Por tanto, entiende el tribunal que la compensación y absorción y, particularmente, el requisito de homogeneidad, han de ser tratados individualmente según los conceptos retributivos en cuestión, y que «la exigencia de homogeneidad... debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si ... ello no supone disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

d) También alude la resolución a que, a pesar de que generalmente se ha indicado que «...si bien es innegable que el salario se compone de la suma de todos sus elementos [art. 26.1 ET...]», en todo caso «esa definición nos lleva únicamente a una cuantificación matemática de la retribución», por lo que es preciso contemplar «las diversas causas atributivas que sinalagmáticamente integran la estructura salarial», razonando que resulta decisiva la identidad o similitud entre las causas atributivas de los conceptos salariales en cuestión para que pueda operar el mecanismo compensatorio, ya que, si se admitiese la sustitución global de la remuneración, ello entrañaría «una reestructuración salarial extramuros de las previsiones del art. 26.5 ET y dejaría sin efecto las circunstancias específicas de atribución que corresponden a las diversas partidas salariales, con quiebra ... del principio de sinalagmaticidad de las relaciones laborales. Y en la materia –

neutralización— se impone la aplicación de los principios de irrelevancia del *nomen iuris* y de causalidad o concausalidad».

e) No obstante, siguiendo lo expuesto en otras resoluciones judiciales, dice el tribunal que la referida exigencia de homogeneidad se ha relativizado en algunos casos, y así ha sucedido con los conceptos retributivos de antigüedad y salario base, sosteniendo que «si bien el complemento de antigüedad reviste carácter personal ..., sin embargo, se singulariza en su configuración jurídico-retributiva, por cuanto aparece ligado más rigurosamente, a ciertos efectos, al salario base y no se halla condicionado a las características del trabajo realizado o al volumen y calidad de este último», por tanto, «desde esta perspectiva no es desmesurado homogeneizarlo con el salario base, por lo que cabe su absorción y compensación con el mismo». Ello posibilita la neutralización de conceptos retributivos que, al ser genéricos (es decir, no vienen determinados por condiciones de trabajo especiales o por obligaciones adicionales del trabajador), resultan «homogeneizables».

Prosigue argumentando que «en un plano más concreto, similar al de autos ahora enjuiciado, se ha sostenido que es posible la compensación cuando se trata de una “... mejora voluntaria denominada "absorbible", vemos que su propio título constitutivo la contempla, sin que represente obstáculo la búsqueda de la homogeneidad dado que la fórmula empleada en su reconocimiento deja abierta la aptitud compensatoria en términos de compatibilidad siempre que el origen de la variación sea legal o convencional” (SSTS 21/10/09 -rco 35/09-; 03/07/13 -rco 279/11-; y 21/01/14 -rco 99/13-); y que cabe la compensación y absorción del complemento de antigüedad con un complemento personal tras una fusión y absorción de empresas, y procede por previsión de la norma convencional aplicable (STS 24/04/13 -rco 16/12-))».

Termina diciendo que, a pesar de que la adjetivación como «compensable y absorbible» de la mejora voluntaria pactada en el contrato no constituye una particularización trascendente respecto al litigio de la sentencia de contraste, «la reconsideración del tema nos lleva a rectificar el criterio en ella expuesto y a entender que la naturaleza personal de la mejora pactada en autos comporta suficiente homogeneidad con el también personal complemento de antigüedad utilizado como elemento compensador, como para consentir el mecanismo neutralizador». Teniendo en cuenta la flexible doctrina sobre la homogeneidad de conceptos genéricos que no obedezcan a condiciones de trabajo singulares (como —según el tribunal— sucede en este caso), y que «el concepto —jurídicamente indeterminado— de “homogeneidad” no puede llegar a confundirse con una esencial “igualdad”, sino que se limita -DRAE- a lo “pertenciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales

caracteres”, que en este caso sería el tratarse –uno y otro— de complementos “personales”, por atribuirse en atención a circunstancias del trabajador y no del trabajo realizado. Ciertamente, dicho juicio de homogeneidad se refiere indudablemente «a la inclusión de ambos conceptos [compensado y compensador] en el mismo grupo de complementos salariales que contempla el art. 26.3 ET [condiciones personales; trabajo realizado; situación y resultados de la empresa], de manera que nuestra exigida “similar causa atributiva” se limita a la mera pertenencia al mismo grupo de entre los tres citados, por cuanto que –entre otras razones— no puede razonablemente exigirse una mayor identidad –ya en la especie—, porque su exigencia anularía en la práctica el mecanismo neutralizador legal y contractualmente previsto».

De esta forma, el TS rectifica el criterio establecido por la STS 19.4.2012 en lo referido a la negación de la homogeneidad –la cual posibilita la compensación/absorción— entre complementos salariales de igual naturaleza personal y especialmente su afirmación de que «un "complemento personal convenido", cuya naturaleza jurídica es claramente la de una CMB ... en cuanto tal, es precisamente inmune al juego de la compensación y la absorción», declaración que contradice a la doctrina tradicional y actual del TS. Concluye así el tribunal que desestima el recurso de casación, confirmando las resoluciones adoptadas previamente por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao y el TSJ de País Vasco.

Posteriormente, los tribunales han seguido este criterio en distintas resoluciones ante casos similares (SAN de 20.9.2018, Rec. 173/2018), argumentando que la mencionada STS de 19.4.2012 y otra resolución que adoptó la misma interpretación (STS de 20.7.2012) se trata de «dos aislados pronunciamientos», y que el Convenio colectivo aplicado en la empresa «permite la absorción y compensación del complemento personal convenido en el contrato de trabajo con los conceptos salariales derivados de promoción profesional y antigüedad, porque así se establece en su artículo 7 ... precepto que, como se afirma en la STS 15/2017 (EDJ 2017/11097), "... comporta un marco convencional pactado que excluye el requisito de homogeneidad y habilita la compensación y absorción con las mejoras de cualquier tipo que vinieren satisfaciendo las empresas, incluso las derivadas del contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria del empleador o por cualesquiera otras causas, lo que impide considerar que pudiere haberse ganado por los trabajadores una condición más beneficiosa inmune a la aplicación de este mecanismo, con el que justamente se pretende evitar por el Convenio Colectivo la consolidación irreversible de mejoras salariales superpuestas ..."».

En lo relativo a la decisión de no haber utilizado el mecanismo de compensación y absorción hasta el año 2018, a pesar de que el convenio colectivo lo permitía desde muchos años antes, entiende la Sala de la AN que «tiene su único origen en la voluntad de la empresa, sin que respondan a pacto alguno con los trabajadores ni con sus representantes, de tal suerte que mal puede ser de aplicación el artículo 3.1.c del ET, y tampoco resulta de aplicación el artículo 1256 del Código Civil que impide dejar la validez del cumplimiento de los contratos al arbitrio de una sola de las partes contratantes y como argumenta la S.TSJ de Cataluña de 9 de julio de 2002, rec. 243/2002: "el que la empresa no hubiera hecho uso de la compensación y absorción en anteriores ocasiones ello no implica ni le impide hacer uso de su efectividad ya que si bien es verdad que la continuación en el abono o en el respeto a situaciones personales después de la vigencia de una norma legal o convencional que permita la compensación por absorción significa un mantenimiento tácito de aquélla, ello no implica ni determina que la misma se consolide definitivamente perdiendo el empresario su facultad compensatoria, sino únicamente que la concurrencia queda reducida a la época de la vigencia del incremento que no se aplicará, sin que, en modo alguno impida utilizarlo en ulteriores mejoras -cual acontece en el supuesto enjuiciado que la demandada hace uso de su facultad de compensar a la entrada en vigor del nuevo convenio que las establece siéndole bastante con su alegación o invocación sin que haya de justificar o demostrar el tipo de razones – económicas o de cualquier otra índole— que le movieran a tal cambio de actitud." En el mismo sentido se han pronunciado las SS TSJ Andalucía Sevilla de 1/03/2018, rec. 4202/2017, Cataluña 30/01/2008, rec. 826/2006 ...».

Termina concluyendo que, también en este caso, «la absorción y compensación está expresamente prevista en el artículo 7 del convenio que excluye el requisito de homogeneidad, no existe pacto individual o colectivo que prohíba dicha absorción y es jurídicamente irrelevante el hecho de que hasta la actualidad la empresa no haya aplicado el Instituto de la absorción y compensación puesto que ello no quiere decir que la misma se consolida definitivamente, perdiendo la empresa la facultad compensatoria, pudiendo la empresa proceder a dicha absorción a la hora de aplicar ulteriores mejoras».

En definitiva, este giro jurisprudencial supone una flexibilización del concepto de homogeneidad, pasando de una exigencia de estricta homogeneidad a la posibilidad de una neutralización entre conceptos homogeneizables, si bien esta interpretación doctrinal ya se venía aplicando en sentencias anteriores (como la STS de 10.1.2017, Rec. 518/2016 o STS de 12.5.2017, Rec. 4239/2015).

b) STS núm. 1668/2014, de 25.3.2014 (Rec. 140/2013)

El litigio comienza con la interposición de una demanda de conflicto colectivo por parte de la representación de diversas Federaciones sindicalistas (de UGT, CC.OO y Solidaridad de Trabajadores Vascos) contra varias organizaciones empresariales (Gamesa Eólica, S.M.U., Gamesa Eléctric, S.A.U. y Cantarey Reinoso, S.A.U., entre otras), por modificar en 2012 el sistema de retribución variable anual derivada del cumplimiento de objetivos a fijar por la empresa, que se había establecido para complementar la partida fija, constituyendo la partida variable un porcentaje del salario fijo bruto anual. Este derecho estaba reconocido en los contratos individuales de trabajo, o en documentos que recogían pactos individuales tras la firma del contrato, si bien en algunos casos se percibía la cuantía variable sin estar reconocida ni en el contrato ni en ningún otro documento adicional. La modificación suponía en esencia eliminar los objetivos individuales, y alegaban los codemandantes que la decisión unilateral de la empresa de efectuar «una modificación sustancial del sistema de retribución variable» no había sido notificada a los representantes de los trabajadores, por lo que solicitaban que los trabajadores fueran «repuestos en sus anteriores condiciones de retribución variable por objetivos...y con mantenimiento del tipo de objetivos denominado individual».

La SAN 10.10.2012 resolvió desestimando la demanda, por estar esas retribuciones variables pactadas individualmente en contratos de trabajo y haber sido abonadas a los trabajadores desde su reconocimiento en 2007, además de que la determinación de los objetivos anuales era fijada anualmente por las empresas, que han cumplido lo pactado. Continúa la sentencia diciendo, respecto a la pretensión del mantenimiento del objetivo individual, que tampoco es admisible que «el régimen precedente, según el cual los objetivos, que debían alcanzarse, atendiendo a los del grupo, a los del área y a los pactados individualmente cada anualidad, constituyan una condición más beneficiosa ... puesto que el régimen de retribuciones variables, existente en las demandadas, no trae causa en una decisión unilateral empresarial, sino en los contratos de trabajo, que otorgaron a las empresas la potestad de fijar anualmente los objetivos, lo que han venido realizando cada año, sin que conste acreditada protesta alguna, aunque variaban de año en año».

En cuanto a la falta de comunicación a los representantes de los trabajadores, se argumenta en la resolución que «la transgresión de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, con independencia de las consecuencias sancionadoras ... no constituye razón suficiente para anular la medida empresarial, puesto que el informe previo del comité no es vinculante para la empresa».

Dice la AN que «los nuevos objetivos ... no eran de imposible cumplimiento y no habían cometido éstas en su fijación un abuso de derecho», y destacaba que «La carga de la prueba de la afirmación discutida competía a los demandantes ... quienes no han probado ... que los objetivos previstos para el año 2012 no pudieran conseguirse, habiéndose probado, por el contrario, que son muy similares a los fijados en las anualidades anteriores».

En el recurso de casación presentado posteriormente, un recurrente invoca infracción del art. 41.1.I ET, en relación con los arts. 41.4, 20.1 y 3.1.c) ET y con los arts. 1256, 6.4 y 7.2 del Código Civil (CC); y el otro denuncia infracción de los arts. 41 y 26.3 ET.

El TS rechaza los planteamientos de las partes recurrentes, ya que, el derecho a la retribución variable está reconocido en los contratos individuales de trabajo, donde se pactó que los objetivos serían fijados anualmente por las empresas, y así lo han venido haciendo cada año, «sin que conste acreditada protesta alguna de los afectados, aunque variaban de año en año, no estando establecida ni una fórmula de fijación anual negociada que permitiera la intervención de los representantes de los trabajadores ni un sistema mediante el que se establecieran unas bases para su determinación que posibilitaran un concreto control de su cumplimiento», además de «que no cabe deducir de los diversos sistemas aplicados en los años anteriores que el mantenimiento del tipo de objetivos denominado individual quepa configurarlo como una condición más beneficiosa», y «que de la conducta observada a lo largo del tiempo por parte de la empresa no puede deducirse la voluntad de incluir en la remuneración de sus trabajadores un sistema permanente de retribución variable».

Por último, interpreta el tribunal que no se han fijado objetivos inalcanzables por los trabajadores, ni se han fijado «de modo irrazonable, inidóneo, arbitrario, desproporcionado o con vulneración de la dignidad o de los derechos fundamentales de los afectados, o bien ... mediante el establecimiento de unas condiciones “que ni siquiera depende del esfuerzo de los trabajadores ... sino de una serie de circunstancias completamente ajenas a los mismos y que forman parte del ámbito del riesgo empresarial” (STS/IV 5-junio2012 -rco 95/2011)», del mismo modo que tampoco se han establecido objetivos que no superen el «juicio de razonable idoneidad», de modo que se rechazaría por ser contraria a derecho «la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines—legales— que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable ..., o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta».

c) STS núm. 717/2016, de 12.9.2016 (Rec. 246/2015)

El supuesto comienza con la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F) contra la Axencia de Turismo de Galicia y los Sindicatos Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT) y el Comité de Empresa de Turgalicia. Resolvió la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, desestimando la demanda en STSJ Galicia de 2 de junio de 2015.

El objeto de impugnación es la decisión de la Axencia de Turismo de Galicia del 25 de febrero de 2015, que modificó el sistema de retribución de las indemnizaciones por razón del servicio de los trabajadores procedentes de la Sociedad de Imagen y Promoción Turística de Galicia, S.A. (TURGALICIA). En efecto, los trabajadores afectados percibían, por desplazamientos a un país extranjero, unas dietas por manutención cuya cuantía variaba en función del país de destino (conforme al Anexo III del RD 462/2002), estableciéndose dietas de, por ejemplo: 75,13 € (Grupo 2, Suecia), 97 € (Grupo 2, Japón), 68,52 € (Grupo 1, Alemania) de 35 € (Grupo 3, Andorra), etc.

A partir del 25 de febrero de 2015, ante este tipo de desplazamientos los empleados pasarán a percibir una cantidad unitaria y homogénea, para la dieta (51,09 €) o media dieta (25,55 €) en el extranjero, independientemente del país al que se viaje. Esto supone una grave minoración que resulta especialmente llamativa en el Grupo 2, sufriendo una gran reducción de indemnización los viajes a Bélgica (38%), Colombia (35%), Japón (47%) o Reino Unido (38%).

La resolución del TSJ de Galicia ante la demanda interpuesta —que consideraba que se había realizado una modificación sustancial de condiciones de trabajo sin acreditar causa alguna y sin respetar el procedimiento previsto a tal efecto— entendió que no se produjo tal modificación sustancial «porque no afecta a las retribuciones de los trabajadores, sino a las dietas que no figuran entre las causas o supuestos recogidos en el artículo 41 ET», por lo que «se encuadra dentro del poder de dirección del empresario que regula el art. 20 ET, porque tal y como se certifica por la propia Agencia las cuantías son superiores a las del convenio colectivo de oficinas y despachos o al resto de los funcionarios y personal de la Xunta de Galicia».

Contra esta resolución se presenta recurso de casación, alegando la infracción de lo dispuesto en el art. 41 ET y de la jurisprudencia que lo aplica, sosteniendo también que la decisión empresarial ha supuesto en algunos casos la reducción de hasta casi un 40% en las indemnizaciones por manutención en los desplazamientos a países extranjeros, además de

no haber sido debidamente justificada y de resultar incoherente el abono del mismo importe por viajes a países con distintos niveles de vida.

El TS califica de sustancial la supresión de percepciones extra-salariales, valiéndose de los ya consolidados argumentos relativos al carácter abierto de la lista de condiciones susceptibles de alteración sustancial enunciada en el art. 41 del ET y al uso de la expresión “entre otras” en el precepto («...siendo su enumeración meramente ejemplificativa y no exhaustiva»), y aludiendo al origen de la sustancialidad de la modificación que, como ya sabemos, no debe predicarse de la condición objeto de modificación, sino de la propia modificación efectuada, siendo sustancial «aquella de tal naturaleza que altere o transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista "ad exemplum" del artículo 41.2 ET, pasando a ser otras distintas de un modo notorio» (tal y como entendieron resoluciones como la STS 22 junio 1998, rec. 4539/1997, y STS 9 abril 2001, rec. 4166/2000), «debido a la ausencia de una regla...el adjetivo implica un concepto jurídico indeterminado». Alude a la STS de 27.6.2005 (R.º 94/2004), conforme a la cual «nada impide que conceptos extra-salariales sean objeto de tales cambios que caigan dentro del régimen del artículo 41 ET».

Basándose en abundante jurisprudencia, el TS interpreta que «ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes», que «es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador», y que «habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones». Además, «deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como "el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados"».

Por otro lado, repasa el tribunal las consideraciones que realizó su STS 67/2016, acerca de otra modificación efectuada sobre las condiciones de estos empleados afectados, esta vez referida a las dietas percibidas por desplazamientos en territorio nacional: indica que las cantidades en concepto de “dieta” son percepciones salariales, que «derivan de un reconocimiento empresarial explícito incardinable en la figura del derecho adquirido o "condición más beneficiosa"», y que el mismo tribunal «ha admitido la existencia de

condiciones más beneficiosas en el ámbito del empleo público incluso cuando se oponen a prescripciones restrictivas». Destaca también que ha surgido «un derecho de forma lícita, ante actos explícitos emanados de órgano competente; se está ante una CMB praeter legem (al margen de las previsiones legales) más que ante un derecho nacido contra legem (de manera contraria a lo querido por las normas)...».

Ahondando en otras consideraciones específicas, el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, excluye expresamente de su ámbito aplicativo al personal laboral (art. 2.2); y tampoco se incluye a los empleados al servicio de Administraciones autonómicas (art. 2.1). A pesar de ello, esta normativa venía siendo de aplicación a los empleados de la Axencia, quienes han venido percibiendo las dietas en el importe marcado por el citado RD hasta el 25 de febrero de 2015. Por tanto, ello «ha generado, sin duda, una condición más beneficiosa que la cuestionada decisión empresarial ha querido eliminar».

Respecto al argumento utilizado para rechazar el recurso, que alega que las compensaciones que venían percibiendo los empleados afectados por la decisión empresarial son superiores a lo previsto en el convenio colectivo sectorial aplicado y a las percibidas al resto de personal de la Xunta, el Tribunal lo rechaza entendiendo que «el nivel de derechos, por elevado que sea, no sirve para descartar que existe una MSCT. La determinación del carácter oneroso de los cambios ha de afrontarse por referencia a las alteraciones padecidas por los propios trabajadores de la Axencia y no mediante comparación con otros colectivos. Hay que examinar la entidad de los cambios, su duración, las eventuales compensaciones y cualesquiera otras circunstancias concurrentes».

Finalmente, el TS declara la nulidad de la decisión modificativa del sistema de retribución de las indemnizaciones por servicio, conforme al art. 138.6 LJS, por haberse obviado el procedimiento previsto en el art. 41.4 ET para poder llevar a cabo tal medida, eludiéndose con ello también el deber de información y consulta a los representantes de los trabajadores acerca de medidas que comportan cambios relevantes en la organización del trabajo y en los contratos de los trabajadores. El Tribunal se apoya para defender este argumento en otras resoluciones, como las SSTS de 10.12.2014 (rec. 60/2014), 16.12.2014 (rec. 263/2013) y 13.10.2015 (rec. 306/2014), entre otras. Además, los trabajadores deberán seguir percibiendo las indemnizaciones en las mismas cuantías e idénticas condiciones existentes con anterioridad a la modificación sustancial.

A la vista de la interpretación jurisprudencial de los conceptos analizados, podemos concluir que destaca el giro interpretativo del TS en lo relativo a la posibilidad de compensar y absorber complementos personales pactados en el contrato de trabajo con las retribuciones derivadas de promoción profesional y antigüedad.

. Respecto a las modificaciones sustanciales, los tribunales no han dejado de ejercer un control de las causas justificativas de las mismas cuando alteran la cuantía salarial, y de los pertinentes juicios de razonabilidad y proporcionalidad, para poder apreciar si procede o no tal mecanismo modificativo propuesto por la empresa, si bien es cierto que se ha admitido, en general, con mayor holgura la aplicación del mismo, al haberse disminuido las exigencias en cuanto a las causas justificativas y debido al carácter extra-salarial (por tanto, no considerado núcleo básico de la retribución del trabajador) de las partidas obtenidas a modo de condición más beneficiosa, al tratarse de meros complementos retributivos.

4.1.2. Incremento del Salario Mínimo Interprofesional: consecuencias y aplicación judicial.

El Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, incrementa la cuantía del SMI en un 22,3% respecto al año anterior, situando el salario mínimo en 900 euros mensuales, es decir, 12.600 euros anuales, lo cual ha generado incógnitas en cuanto a la posibilidad de compensar y absorber las percepciones extra-salariales y los complementos salariales para realizar los pertinentes ajustes en las nóminas de los trabajadores, de acuerdo a este nuevo límite mínimo establecido. La Audiencia Nacional ya se ha pronunciado acerca de esta controversia en los siguientes pronunciamientos:

a) SAN núm. 51/2019, de 3.4.2019 (Rec. 58/2019)

Esta resolución estima la pretensión de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores contra Avanza Externalización de Servicios, S.A., Organización Sindical de Trabajadores de Aragón, Unión Sindical Obrera, Central Sindical Independiente y de Funcionarios, Confederación Intersindical Galega y la Federación de Servicios de Comisiones Obreras.

El conflicto versa sobre la supresión del concepto “Plus de Transporte” a través del mecanismo de compensación y absorción, lo que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo (por afectar al sistema de remuneración) prescindiendo de los preceptivos trámites previstos en el art. 41.4 ET. La empresa venía

abonando al personal operativo de la empresa –los trabajadores del Grupo IV— un plus de transporte a razón de 61,33 euros –percepción de naturaleza extra-salarial— aplicando en 2018 la estructura salarial fijada en su Convenio colectivo de 2009, a pesar de que el mismo fue anulado por SAN de 12.5.2016, confirmada por STS de 16.2.2018. En enero de 2019 la empresa incrementó unilateralmente el salario base hasta los 900€ (o hasta la parte proporcional correspondiente para aquellos trabajadores cuya prestación de servicios no se realizaba a jornada completa), absorbiendo y compensando los incrementos del referido “Plus de Transporte” y de la “Mejora Voluntaria” (de quienes la viniesen percibiendo), suprimiendo aquél y disminuyendo la cuantía de este concepto retributivo.

La estructura retributiva del Convenio de empresa anulado establecía el carácter extra-salarial del concepto “Plus de Transporte”, contemplando en su art. 28 que su objeto es «mitigar los gastos que ocasionan al trabajador sus desplazamientos dentro de la localidad, así como desde su domicilio a los centros de trabajo y su regreso». Razona la sentencia que, atendiendo a la intención de las partes contratantes, queda patente en la redacción del precepto que ambas partes quisieron que el plus de transporte fuese de naturaleza extra-salarial debido a la finalidad compensatoria de dicho concepto retributivo. Asimismo, el hecho de que «la empresa abone kilometraje con y sin retención no desvirtúa dicha naturaleza», que «el plus transporte en un supuesto concreto de despido improcedente haya sido tenido en cuenta por la empresa para lograr una conciliación con un trabajador» y que «el plus de transporte (...) forme parte de las bases de cotización a la seguridad social», no desvirtúan en ningún caso su naturaleza extra-salarial. Y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26.2 ET («No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos»), debe concluirse que dicho plus de transporte es una percepción extra-salarial.

La resolución alude a la STS 25.1.2017, que recuerda que «"para que pueda operar el mecanismo -absorción/compensación- es necesario que entre los conceptos retributivos a examinar medie imprescindible homogeneidad, siendo norma general en la materia que únicamente se excepcionan los supuestos en que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula (...)»». Además, argumenta que, en relación con los incrementos del SMI, «el art. 27.1, párrafo 3º del E.T ("La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando

estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel."), establece la compensación y absorción únicamente con las retribuciones de carácter salarial».

Concluye la Audiencia Nacional que la empresa demandada ha efectuado una modificación sustancial del sistema de remuneración, unilateralmente, y decreta su anulación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 138.7 de la LRJS, por no haberse cumplido con los tramites legalmente previstos para su adopción.

b) SAN núm. 71/2019 de 24.5.2019 (Rec. 57/2019)

Esta sentencia desestima la demanda interpuesta por Federación de Servicios de Comisiones Obreras (Ccoo-Servicios) y Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General De Trabajadores, contra INCATEMA, S.L. y Unión Sindical Obrera (USO).

La parte demandante reclama que los trabajadores, que perciben una prima de producción, tienen derecho al salario de 900 euros mensuales por 14 pagas, además de los complementos salariales y la mencionada prima, aunque la suma de tales conceptos supere 12600 euros en cómputo anual.

La empresa demandada alega que «el régimen de prima productividad comparte que si se incrementan retribuciones fijas disminuye la prima productividad» y que «los trabajadores, afectados por el convenio, perciben una retribución superior en cómputo anual, por todos los conceptos, al salario mínimo interprofesional de 2019», entre otros argumentos.

El artículo 35 del convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados, que regula la estructura salarial, describe en su apartado primero los conceptos retributivos del personal de la empresa: “Salario Base”, “Plus de Puesto de Trabajo” (que sustituye al plus de productividad), “Plus Mantenimiento de Vestuario” y “Plus de Transporte”. Tales conceptos son considerados de naturaleza salarial. En su apartado segundo, el precepto establece que «Las cantidades que se abonen en los conceptos salariales señalados en el punto anterior tendrán carácter no compensable ni absorbible, y revalorizables con los incrementos salariales que se pacten en este Convenio Colectivo».

El importe de la prima de producción, que se ha constatado que perciben los trabajadores afectados por el conflicto, «viene determinado por el presupuesto de la empresa y los gastos de personal, que se devenga mensualmente».

Como ya hemos señalado, los demandantes reclaman «que se les abonen 900 euros por 14 pagas o, lo que es lo mismo, 12.600 euros anuales, a los que deberán adicionarse los

complementos salariales, pactados en el art. 35 del convenio, plus de puesto de trabajo, plus mantenimiento de vestuario y plus de transporte y la prima de producción», de acuerdo con los arts. 1 , 2 y 3 del RD 1462/2018. A ello se opone la empresa demandada, que considera que «está obligada únicamente a retribuir a sus trabajadores, que no alcancen el salario mínimo interprofesional para 2019, que asciende a 900 euros mensuales y 12.600 euros anuales, a incrementar su retribución hasta el citado límite, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 ET y el RD 1462/2018».

La sentencia reproduce el contenido del art. 27 ET, que regula el SMI: «1. El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:

- a) El índice de precios de consumo.
- b) La productividad media nacional alcanzada.
- c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.

d) La coyuntura económica general. Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado. La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel.

2. El salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable».

A continuación, entiende la Sala de la AN que «la finalidad laboral directa de este precepto, es servir de suelo o garantía salarial mínima de todos los trabajadores, fuere cual fuere la rama de producción, servicios o categoría profesional en que se encuadren, ninguno de los cuales puede percibir, por su trabajo en cualquier actividad, un salario por debajo de la cuantía del SMI, que actúa, de este modo, como garantía mínima del derecho a una retribución suficiente, requerida por el art. 35 CE». También invoca el art. 1.1 del RDL 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, conforme al cual «Con el fin de garantizar la función del salario mínimo interprofesional como garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena establecida en el artículo 27 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y de limitar sus efectos a los estrictamente laborales, a partir de la fecha de entrada en vigor de este real decreto ley dicho salario se desvinculará de otros efectos o finalidades distintas de la indicada anteriormente».

Tras referirse a la doctrina constitucional (STC 31/1984, de 7-03-84), que determina la función del SMI de garantizar una garantía salarial mínima a los trabajadores, afirma la AN que la finalidad del art. 27.1 ET es que «ningún trabajador perciba una retribución inferior al nuevo SMI, pero no que éste repercuta e implique el incremento del salario que venía percibiendo el trabajador, cuando éste sigue siendo superior al SMI».

A continuación, examina los artículos 1, 2 y 3 del RD 1462/2018 y concluye que los mismos «tienen por finalidad, porque así lo dispone el art. 1 in fine, la aplicación en cómputo anual del salario mínimo, para lo cual se tendrán en cuenta las reglas sobre compensación y absorción, contenidas en dichos preceptos»; que el párrafo uno del art. 3.1 dispone que «para cumplir el mandato del art. 27.1. in fine ET, el salario mínimo en cómputo anual, que se tomará como término de comparación, será el resultado de adicionar al salario mínimo fijado en el artículo 1 del RD, es decir, 900 euros mensuales, los devengos a que se refiere el artículo 2 (complementos salariales del art. 26.3 ET y primas o incentivos de producción), sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía anual inferior a 12.600 euros»; y el art. 3.2 «dispone que, estas últimas percepciones, son compensables con los ingresos que por todos los conceptos viniesen percibiendo los trabajadores en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo en vigor...».

Los demandantes entienden que «el salario mínimo, utilizable como término de comparación con sus salarios profesionales, incluye los 900 euros mensuales por 14 pagas, más los complementos salariales (...) y prima de productividad, fuere cual fuere su importe global», y destacan que el apartado segundo del art. 35 del convenio colectivo establece que los complementos salariales no son compensables o absorbibles, defendiendo que «no procedía, en ningún caso, la compensación y absorción de la prima de productividad, por cuanto dicho complemento comporta mayor esfuerzo para los trabajadores, por lo que no cabe su compensación y absorción, al tratarse de un concepto salarial heterogéneo, que no tiene absolutamente nada que ver con el SMI».

La Sala de la AN reflexiona acerca del contenido del párrafo segundo del art. 3.1 del RD 1462/2018 («A tales efectos, el salario mínimo en cómputo anual que se tomará como término de comparación será el resultado de adicionar al salario mínimo fijado en el artículo 1 de este real decreto los devengos a que se refiere el artículo 2, sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía anual inferior a 12.600 euros»), admitiendo que del tenor literal del precepto puede desprenderse la posibilidad de que el mismo fuese favorable a la reclamación de los demandantes, para terminar concluyendo que esa interpretación resulta

completamente opuesta a la finalidad del SMI, que «consiste en garantizar la función del SMI como garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena establecida en el art. 27 ET, quienes tienen derecho a percibir en cómputo anual, por todos los conceptos, la cantidad de 12.600 euros», de forma que el mencionado precepto «quedaría desbordado radicalmente» si se admitiese dicha postura.

Así, de ser estimada la pretensión de los demandantes, debería calcularse de nuevo el salario base en todos aquellos convenios colectivos con salarios bases que fuesen inferiores al SMI, «que se convertiría, de este modo, en salario base, o salario fijo por unidad de tiempo para todos los trabajadores cuyos salarios base convenio o pactados contractualmente fueran inferiores al SMI de cada año», lo que alteraría su naturaleza jurídica y acabaría con el papel de la negociación colectiva, ya que sería el Gobierno «quien decidiría, a la postre, el importe de los salarios base o por unidad de tiempo, al margen de lo pactado en convenios colectivos o contratos de trabajo y desbordaría también el art. 35.1 CE». Aniquilaría, también, lo dispuesto en el art. 27.1 ET, a la vez que provocaría una situación discriminatoria hacia aquellos trabajadores cuyos convenios utilicen el SMI como referencia a cualquier efecto, puesto que se les aplicaría el SMI, que sería inferior que el de los trabajadores cuyos convenios o contratos no utilicen al SMI como referencia, de manera que el salario mínimo a percibir por los trabajadores sería diferente en función de los convenios o contratos que se les apliquen. Por último, «el incremento del salario base, pactado en los convenios, con base al incremento del SMI, supondría un incremento objetivo de los salarios medios», lo que imposibilitaría alcanzar el objetivo del Comité Europeo de Derechos Humanos para que la cuantía del SMI llegue a ser del 60% del salario medio de los trabajadores.

En lo que respecta al apartado segundo del art. 35 del convenio de empresa, entiende la AN que no impide la compensación y absorción de los incrementos del SMI, pues «su simple lectura permite concluir que afecta únicamente a las revalorizaciones del propio convenio colectivo».

En definitiva, hay cierta disparidad de criterios entre las recientes resoluciones de la Audiencia Nacional al respecto, puesto que, mientras que la primera sentencia analizada decide que no debe incluirse en el cómputo del SMI un “plus de transporte” extra-salarial, la segunda entiende que el “plus de productividad” sí se incluye en dicho cómputo, a pesar de su carácter no compensable ni absorbible, permitiendo la aplicación de los mecanismos de compensación y absorción de los incrementos del SMI.

5. PROCEDIMIENTO PARA LA REALIZACIÓN DE MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO

5.1. Modificaciones individuales

En lo que al plazo de notificación respecta, en las modificaciones individuales, es suficiente con el preaviso por parte del empresario al trabajador con una antelación de 15 días a la fecha de efectividad de la medida modificativa, frente a los 30 días de preaviso que existían bajo regulaciones anteriores, consiguiendo así el legislador agilizar notablemente el proceso de adaptación de la mano de obra a las circunstancias concretas de la empresa. Es preciso puntualizar que incluso para impugnar la decisión del empresario, el cambio sustancial debe ser efectivo con anterioridad, algo que permite concluir que sería más favorable para el trabajador un plazo de preaviso más amplio que el que existe actualmente, al otorgarle una mayor garantía de que tendrá tiempo suficiente para tomar una decisión procedimental ante la medida aplicada unilateralmente por el empresario. A su vez, esta reducción del plazo de preaviso exigido legalmente tampoco parece beneficiar realmente al empresario, ya que puede que llegue a hacer efectiva una resolución que posteriormente sea calificada de injustificada o nula. En definitiva, un mayor plazo de preaviso parece que resultaría más eficaz para ambas partes de la relación laboral⁶⁴.

Respecto al contenido y forma de esa comunicación de la decisión de modificar sustancialmente una condición de trabajo, la ley vigente no se pronuncia, si bien es entendible que se exigirá que esa comunicación del empresario debe hacer alusión a las concretas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción en que se sustentan, especificando los elementos retributivos que –en su caso– se verán afectadas y cómo van a quedar reconocidas, con el fin de que el trabajador pueda tener conocimiento de los elementos fundamentales de la alteración sustancial, para así poder tomar una decisión en cuanto a cómo proceder frente a la misma, «dado que la notificación escrita constituye una garantía para el trabajador a efectos de controlar la legalidad de la medida empresarial»⁶⁵.

En cuanto al aspecto formal del mensaje, es defendible sostener la necesidad de que se realice por escrito, para que pueda quedar constancia de la medida empleada y el trabajador pueda reaccionar. Además, se invertirá la carga de la prueba en caso de que no se pueda

⁶⁴ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 10.

⁶⁵ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de...», *op. cit.*, p. 54.

lograr demostrar de forma fehaciente que el empresario ha comunicado la decisión, y será éste, por tanto, el encargado de demostrar que así actuó.

También se exige, además, que se notifique la decisión empresarial a los representantes legales del trabajador con 15 días de antelación a la fecha de efectividad del cambio de condiciones de trabajo. Se suscitan dudas acerca de esto, en concreto respecto de los representantes legales a que se refiere el art. 41 ET (unitarios o sindicales), por lo que parece aceptable interpretar que pueden ser destinatarios de la notificación de la medida tanto los representante sindicales, como los unitarios; sin embargo, se flexibiliza esta exigencia cuando en la empresa no existen representantes legales de los trabajadores.

5.2. Modificaciones colectivas

En cuanto al procedimiento en las modificaciones colectivas, es reseñable la disminución de la duración del preceptivo período de consultas (el cual versará sobre las causas justificadoras del cambio en las condiciones de trabajo y las posibles opciones viables para mitigar o evitar sus consecuencias para los trabajadores a los que afecta), pues tras las sucesivas reformas, se ha pasado de duración mínima de 15 días a establecerse legalmente un período de un máximo de 15 días. El empresario deberá realizar una convocatoria formal a estas consultas, siendo suficiente notificárselo al presidente del comité negociador (no es necesaria la notificación individual a cada miembro del mismo)⁶⁶.

Respecto a las partes negociadoras, la Ley 3/2012 da preferencia a las secciones sindicales a la hora de constituir dicha comisión negociadora, que intervendrán como interlocutores, siempre y cuando así lo acuerden éstas, y tengan una mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Por otro lado, la forma de elección se distingue en función del número de centros de trabajo con trabajadores afectados (si hay uno, o varios centros de trabajo a los que concierna esta medida). El art. 9 del RDL núm. 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores parciales y otras medidas urgentes en el orden económico y social (más tarde, Ley 1/2014), modifica el apartado 4 del art. 41 ET, regulando qué miembros podrán formar parte de la comisión negociadora ante la ausencia de secciones sindicales:

a) si el procedimiento concierne únicamente a un centro de trabajo, serán los delegados de personal o miembros del comité de empresa (aunque, si estos optan por no

⁶⁶ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 7.

constituir la comisión negociadora, ante el silencio de la Ley, parece que se procederá según las reglas previstas para cuando no existen representantes de los trabajadores);

b) en caso de haber varios centros afectados, tendrá preferencia el comité intercentros –si esta competencia se contempla en el convenio colectivo aplicable— y, si este órgano no se encuentra constituido o si dicha función no está recogida en el convenio colectivo –o no quisiera asumirla—, se conformará una comisión con los representantes unitarios de cada centro al que afecte el procedimiento, distinguiéndose:

a. Cuando todos los centros de trabajo afectados cuentan con representantes legales de los trabajadores, éstos integrarán la comisión negociadora.

b. Cuando algunos de los centros de trabajo tengan representantes de los trabajadores y otros no, la comisión estará formada por los representantes de los centros que cuenten con dicha representación de los trabajadores, a excepción de que los trabajadores de los centros que no tienen representantes opten por designar la comisión conforme al procedimiento previsto para el supuesto en que no existan representantes legales. Si se elige esta última opción, la comisión estará integrada conjuntamente –de forma proporcional al número de trabajadores afectados— por unos y otros representantes.

c. En caso de que en ninguno de los centros afectados existan representantes de legales de los trabajadores, integrarán la comisión representativa las personas designadas por y entre los miembros de las comisiones elegidas en los centros de trabajo afectados conforme al procedimiento previsto a tal efecto, de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la decisión empresarial.

La ley ofrece la posibilidad de crear una comisión negociadora que participe en dicho diálogo en caso de que los trabajadores no dispongan de representantes en la empresa (a diferencia de lo que sucedía en las regulaciones anteriores, en cuyo caso no había posibilidad de desarrollo del período de consultas o, a lo sumo, podría proponerse algún método alternativo, que debía ser aprobado por la empresa como un interlocutor válido), y contempla dos clases: la formada por un máximo de tres componentes elegidos democráticamente por los trabajadores, de entre ellos mismos; o la constituida por tres miembros seleccionados por los sindicatos más representativos –en general o del sector correspondiente— y que tengan legitimación para ser partícipes de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable. Si se opta por esta última opción, el empresario podría solicitar que se asigne su representación a las organizaciones empresariales de las que fuese miembro, y cabe que sean de las más representativas a nivel sectorial, intersectorial o autonómico.

Además, se limita el número de miembros integradores de la comisión, señalando la ley que, si de la aplicación de las reglas de designación de los miembros se obtiene como resultado un número de representantes superior a trece miembros, estos elegirán por y entre ellos un máximo de trece, de forma proporcional al número de trabajadores que representen.

Se puede apreciar que la normativa actual ofrece mayores posibilidades para constituir la comisión negociadora y lograr que se celebre el período de consultas, a la vista de los problemas prácticos que planteaba la regulación de 2012, puesto que se concedía un plazo muy breve para conformar dicha comisión, que debía quedar constituida dentro de los 7 primeros días del período de consultas —que tendrá una duración máxima de 15 días—, y a pesar de que esta ley aumentó la duración de este plazo en dos días respecto a la reforma de 2010, lo que dificultaba seriamente la consecución del objetivo, pues, con una estricta aplicación de los plazos, en caso de no lograr la constitución de la comisión negociadora —ya que el período de consultas no se paraliza durante este proceso de elección— se produciría igualmente la indefensión de los trabajadores afectados, que no podrían gozar del proceso de negociación (cuya celebración parecía, en un principio, primordial para el legislador).

Por ello, parte de la doctrina consideró conveniente iniciar conversaciones informales antes de la apertura legal del procedimiento de consultas, y ello llevó al legislador de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, a establecer el deber de constituir la comisión negociadora con carácter previo a la notificación empresarial de comienzo del proceso de negociación. Tras la comunicación fehaciente a los trabajadores de la intención de proceder a la modificación sustancial, el plazo para constituir la comisión negociadora será de siete días, pero en caso de que alguno de los centros afectados por la medida empresarial no cuente con representación de los trabajadores, dispondrán de un plazo de quince días para conformar la comisión. A lo anterior cabe añadir que, a pesar de la perentoriedad e imposibilidad de prórroga de dichos plazos, no hay una exigencia legal que obligue a la empresa a abrir el período de consultas inmediatamente después de transcurridos los referidos plazos de constitución de la comisión negociadora⁶⁷. No obstante, si logra constituirse posteriormente la comisión, en ningún caso se ampliará la duración máxima⁶⁸. Por consiguiente, esta brevedad en los plazos puede suponer, si no llega a formarse la comisión, que finalmente se imponga unilateralmente por el empresario la decisión modificativa quedando, ciertamente indefensos los trabajadores por no poder acceder a negociar su posición y sus condiciones contractuales.

⁶⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 15.

⁶⁸ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, pp. 11-12.

Las partes podrán pactar en cualquier momento del proceso de negociación la sustitución del período de consultas por un procedimiento de mediación o arbitraje que resulte de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá tener lugar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento de consultas. Esto es, por tanto, un signo de evidencia más de la intención de evitar situaciones de bloqueo cuando el empresario quiere introducir medidas de flexibilidad interna.

El empresario y los representantes legales de los trabajadores están obligados a negociar de buena fe en este proceso, es decir, con voluntad dialogante y con el propósito de llegar a un acuerdo. El deber de buena fe se trata en cierto modo de «un concepto un tanto difuso, que exige no sólo que el período de consultas se desarrolle efectivamente sino también que, durante el mismo, se dé la información necesaria y se entregue la documentación justificativa requerida, exista un intercambio de impresiones entre las partes, se intenten acercar las posiciones, etc.»⁶⁹.

Surgen dudas interpretativas respecto de cuál sea la documentación que debería aportar la empresa, ante la falta de un pronunciamiento de la ley acerca de esta obligación. Entiende la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que, dado que la finalidad del período de consultas es la negociación con miras al logro de un acuerdo, y que la doctrina de la SAN de 14.11.2012 (procedimiento 170/12), «reitera que el deber de negociar de buena fe obliga a la empresa a facilitar a la representación legal de los trabajadores la información y documentación necesaria para asegurar que la negociación pueda llegar a buen fin, consideraciones también presentes en SAN 27 de julio de 2011 (Proc. 3831/11) y 22 de julio de 2011 (Proc. 3828/11), derivándose de todo ello que el deber de buena fe pivota sobre la aportación por parte de la empresa de “información suficiente”, calificativo que se aplica a aquella que permita alcanzar los objetivos del período de consultas», ya que, obviamente, si los trabajadores no tienen a su disposición en tiempo hábil las causas alegadas por la empresa para tratar de justificar su decisión, «el período de consultas queda vacío de contenido, de ahí que sea exigible a la empresa la aportación de toda la información relativa a la concurrencia de las causas justificativas y adecuación a las mismas de la medida modificativa, pues de no ser así la representación legal de los trabajadores no estaría en condiciones de “negociar”»⁷⁰.

Sin embargo, no es imprescindible alcanzar un acuerdo, sino solo intentarlo, o sea, tratar de llegar al mismo, que deberá obtenerse por mayoría simple de los miembros. Desde

⁶⁹ GALA DURÁN, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo como instrumentos de mantenimiento del empleo tras la reforma laboral de 2012», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2012: *Las reformas y el empleo*, 2013, Vol. 1, p. 58.

⁷⁰ POSE VIDAL, S.: «La aplicación judicial de la flexibilidad interna», *op. cit.*, p. 14.

la regulación de 2010, si se logra el acuerdo será presumible la validez de las causas aducidas por el empresario, de forma que solo se podrá impugnar judicialmente en caso de haberse realizado con abuso, dolo, coacción o fraude; esto no quiere decir que no se contemple la posibilidad de impugnación por parte del trabajador, sino que se trata, sencillamente, del reconocimiento de una presunción legal *iuris tantum* de validez (de que concurren las causas alegadas por el empresario), recayendo sobre el trabajador la carga de la prueba en contra, ya que el acuerdo no reemplaza a su consentimiento.

En lo que atañe a la comunicación efectuada al trabajador, la ley no dice nada acerca del plazo para realizar la notificación una vez finalizado el período de consultas, sino solamente cuándo surtirá efectos desde dicha notificación. Desde 2010 se establece que, para los períodos de consultas concluidos sin acuerdo, el empresario ha de notificar la decisión a los trabajadores afectados (no a los representantes, pues se da por hecho que ya disponen de la información por haber intervenido en el período de consultas⁷¹) con una antelación a su fecha de efectividad de 7 días, siendo inmediatamente ejecutiva la medida empresarial; esto significa que el trabajador individualmente considerado dispondrá de un plazo muy breve – bastante más que el que corresponde a un trabajador que sufre una modificación sustancial calificada como individual, cuyo plazo es de 15 días como mínimo— para reaccionar ante la medida empresarial optando por rescindir su contrato de forma indemnizada.

Por el contrario, la ley no indica qué sucede cuando el período de consultas finaliza con acuerdo o es resuelto por arbitraje o mediación, por lo que se entiende que serán los representantes quienes notifiquen a los trabajadores acerca de lo acordado, si bien también sería interpretable, analógicamente, que el plazo para que la medida sea efectiva es de 7 días (como en las modificaciones colectivas sin acuerdo) o de 15 días (al igual que sucede con el procedimiento de las modificaciones individuales).

Esta regulación nos lleva a considerar que sería más garantista para el trabajador disponer de un plazo más extenso, del tiempo apropiado para poder tomar una decisión sobre la alteración de sus condiciones de trabajo⁷².

⁷¹ Aunque parece haber un giro interpretativo, pues la STS de 22.3.2018 (R.º 660/2016), ha resuelto esta controversia exigiendo la notificación a los representantes de los trabajadores, so pena de nulidad de la decisión empresarial. DE HERRERA RUIZ, I.B.: «Modificación sustancial colectiva: es nula si no se comunica a los representantes de los trabajadores», 2018. Recuperado el 2 de julio de 2019, en: <https://ignasibeltran.com/2018/04/24/modificacion-sustancial-colectiva-es-nula-si-no-se-comunica-a-los-representantes-de-los-trabajadores/>

⁷² ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, pp. 10-13.

5.3. Conexión con el procedimiento de inaplicación del convenio colectivo del art. 82.3 del ET

Con la actual normativa, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo pasan a estar recogidas todas en el art. 82.3 ET, ampliándose el campo de actuación del denominado «descuelgue», pues hasta entonces este procedimiento sólo estaba previsto para la inaplicación de las condiciones salariales (aunque, en este caso, «sólo puede afectar a las partidas salariales y no a las extra salariales»⁷³). Se establece un procedimiento específico denominado de «inaplicación del convenio colectivo», referido a «las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones» (hasta aquí la lista es idéntica a la del art. 41.1 ET) y «mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social». No se trata, a diferencia del art. 41 ET, de una lista abierta, sino que estamos ante un *numerus clausus*. De este modo, la nueva regulación permite que la cuantía salarial pactada y acordada en convenio, pueda «dejar de aplicarse por acuerdo entre la dirección y la representación del personal legitimada para negociar un convenio»⁷⁴.

A pesar de que se trata una vía alternativa a la del art. 41, cabe tener en cuenta que ambas medidas podrían llevarse a cabo sucesivamente respecto de una misma empresa: «primero se recurre a la inaplicación o descuelgue con el objetivo de modificar lo previsto en el convenio colectivo y, posteriormente, a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo para modificar aquellas condiciones que superan lo previsto en la nueva regulación convencional»⁷⁵.

La celebración del período de consultas con los representantes de los trabajadores es preceptiva, y dicho período se desarrollará en los mismos términos que el previsto en el art. 41.4 ET para los procedimientos colectivos de modificaciones sustanciales. Los sujetos negociadores (cuya designación se realizará conforme a lo dispuesto en el mencionado art. 41.4 ET) deberán regirse por el deber de buena fe en las negociaciones, debiendo adoptarse el acuerdo por los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio

⁷³ GALA DURÁN, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo como instrumentos de mantenimiento del empleo tras la reforma laboral...», *op. cit.*, p. 59.

⁷⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 11.

⁷⁵ GALA DURÁN, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo como instrumentos de mantenimiento del empleo tras la reforma laboral...», *op. cit.*, p. 59.

colectivo, conforme a lo previsto en el art. 87.1 ET. Deberá procurarse que el acuerdo sea lo más completo y claro posible, determinando con precisión las nuevas condiciones de trabajo que resultarán aplicables en la empresa y su duración, que podrá prolongarse, como máximo, hasta el momento en que resulte de aplicación un nuevo convenio en la empresa. Asimismo, deberá notificarse el acuerdo a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral⁷⁶.

Una vez logrado el acuerdo, se presumirá la concurrencia de las causas y que, por tanto, están justificadas las modificaciones sustanciales, de tal forma que solo podrán ser impugnadas judicialmente en caso de que exista fraude, dolo, coacción o abuso de derecho al ser concluidas. Por tanto, se puede apreciar la clara intención de evitar un control judicial del contenido del acuerdo obtenido tras el período de consultas. Si bien es cierto que ya se venía considerando que existía una mayor legitimidad de tal acuerdo —por haber sido pactado entre el empresario y los representantes de los trabajadores— permitiendo atenuar la necesidad de un control de las causas de la decisión empresarial, la jurisprudencia continuaba ejerciendo este control cuando el empresario sobrepasaba los límites formales o no realizaba las alegaciones pertinentes. Se entiende que del tenor literal del art. 82.3 ET no parece desprenderse que deba efectuarse una interpretación causal automática y simplemente formal, por lo que se trataría más bien de una presunción *iuris tantum*, no exenta de control judicial, y no de una presunción *iuris et de iure*. Y, teniendo en cuenta que se trata de inaplicar lo regulado en convenio colectivo —aunque sólo sea temporalmente—, no hay motivos para cambiar esta interpretación, exigiéndose la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; de ahí proviene la excepcionalidad de las condiciones de trabajo susceptibles de modificación, las cuales se encuentran tasadas en el precepto —mientras que, en cambio, las modificaciones sustanciales comunes a este precepto previstas en el art. 41 ET, no tienen ese carácter exclusivo y excluyente—⁷⁷. Por otra parte, dicha inaplicación de las condiciones de trabajo suponen una «excepción de la eficacia general del convenio colectivo estatutario»⁷⁸.

Respecto a la duración, bajo las anteriores regulaciones, existía la limitación temporal de un máximo de tres años de duración, la cual ahora se elimina y, como ya hemos advertido, ahora se limita hasta el momento en que resulte de aplicación un nuevo convenio. Algún autor concluye que, si se relaciona el art. 82.3 con lo previsto en el art. 86.3 ET, puede suceder

⁷⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 10.

⁷⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial...», *op. cit.*, p. 11.

⁷⁸ GALA DURÁN, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo...», *op. cit.*, p. 60.

que las partes negociadoras del convenio colectivo de empresa inaplicado no alcancen un acuerdo para su renovación en el plazo de un año, y aquél perderá (salvo pacto en contrario) vigencia, aplicándose, en su caso, el convenio colectivo de sector. Esto plantea algunos interrogantes: «¿seguirá siendo de aplicación el acuerdo de inaplicación? ¿O se entiende sustituido por el convenio colectivo de sector, aunque la norma se refiere a un nuevo convenio? Y, en todo caso, de no existir un convenio de sector aplicable, ¿el acuerdo de inaplicación se seguirá aplicando sin límite temporal o de forma indefinida?», situación que podría conducir, incluso, a que «el acuerdo de inaplicación continuará vigente hasta el momento en que, a nivel empresarial, se adopte un nuevo convenio, lo que, de hecho, puede hacer que la duración de dicho acuerdo sea indefinida. Es más, si se produce un acuerdo de inaplicación respecto de un convenio colectivo de sector, éste finaliza su vigencia y no se renueva en el plazo de un año, el acuerdo de inaplicación seguirá vigente de forma indefinida hasta que se adopte un nuevo convenio de sector, por lo que sería posible que la empresa afectada por dicho acuerdo tuviera condiciones laborales superiores a las de las empresas que se regían por el convenio colectivo inaplicado»⁷⁹. En esta misma línea, se reflexiona que «si no se acuerda uno nuevo o se dicta laudo arbitral, aquel se dejará de aplicar “y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que sea de aplicación”. Si no lo hubiera será de aplicación la normativa laboral legal, que en materia salarial sólo garantiza el SMI (Salario Mínimo Interprofesional)⁸⁰».

La STS 22.12.2014 aborda esta problemática surgida cuando el convenio colectivo aplicable pierde su vigencia y no existe un convenio nuevo ni de ámbito superior aplicable, inclinándose por la tesis «conservacionista», frente a la denominada tesis «rupturista» y, aplicando el art. 3 del ET (el cual establece cuáles son las fuentes de la relación laboral), entiende que «cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque —como se ha dicho algunas veces— las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral». El tribunal argumenta que la adopción de la tesis «rupturista» produciría consecuencias indeseables tanto para el trabajador como para el empresario, pues podrían darse situaciones tales como que «cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría

⁷⁹ GALA DURÁN, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo como instrumentos de mantenimiento del empleo tras la reforma laboral...», *op. cit.*, p. 62.

⁸⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial...», *op. cit.*, p. 11.

a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad...». Dicha contractualización de tales derechos y obligaciones comporta que éstos puedan verse modificados mediante el procedimiento del art. 41 ET, que resulta mucho más flexible y sencillo de efectuar que el del art. 82.3 ET de inaplicación del convenio colectivo. Sin embargo, el convenio colectivo que perdió su vigencia no regirá las nuevas contrataciones que se puedan producir en la empresa, lo que —admite el tribunal— puede dar lugar a problemas de doble escala salarial, de discriminación, etc., que la sentencia no resuelve, limitándose a aludir al deber de negociar de buena fe en el ámbito colectivo. No obstante, esta argumentación puede ser criticada en ciertos aspectos: la referencia al art. 3.1.c) ET suscita dudas acerca de la posible continuidad en la aplicación de las condiciones más beneficiosas aun cuando entre en vigor un nuevo convenio colectivo que las empeorase, por lo que resultaría útil haber delimitado la eficacia temporal de las condiciones contractualizadas; surgen también cuestiones en torno a los acuerdos de inaplicación del convenio, pues conforme a la tesis conservacionista, dichos acuerdos seguirían siendo de aplicación hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio, dado que son aplicables también durante el período de ultraactividad del convenio. Asimismo, la consideración de que la contractualización de las condiciones de trabajo se produce desde el primer momento en que se realiza una remisión en el contrato de trabajo al convenio colectivo aplicable, podría decirse que contradice al sistema de fuentes de la relación laboral. A su vez, «incluso, fomenta la ingeniería jurídica, toda vez que las partes podrían ahora incluir en los contratos de trabajo que los convenios colectivos únicamente resultarán de aplicación mientras continúen vigentes y nunca más allá de la llegada a término de plazo de ultraactividad, manifestando expresamente que en ningún caso las condiciones quedarían contractualizadas»⁸¹.

En lo que a la causalidad respecta, se pretende fijar un criterio más objetivo y cuantificable para apreciar la concurrencia de causa económica, considerando tal, en última instancia, «la disminución persistente de ingresos “o” ventas, una u otra no de forma acumulativa “durante dos trimestre consecutivos”. De tal forma que, pese a tener beneficios, si estos han disminuido durante dos trimestres consecutivos ya se puede llevar a cabo el descuelgue. Condición en la que se encuentran actualmente más del 85% de las empresas»⁸².

⁸¹ RODRÍGUEZ-PATIÑO, B.: «Contractualización de las condiciones al terminar la ultraactividad del convenio colectivo», 2015. Recuperado el 10 de julio de 2019, en <https://www.abogacia.es/2015/04/29/contractualizacion-de-las-condiciones-al-terminar-la-ultraactividad-del-convenio-colectivo/>.

⁸² TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial...», *op. cit.*, pp. 10-11.

Se considerará la concurrencia de causas técnicas cuando existan cambios, entre otros, en los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando haya cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; por último, habrá causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. En síntesis, esta causalidad es apreciada conforme a unos criterios prácticamente idénticos a los utilizados en la valoración del despido objetivo (salvo que, para la apreciación de la causa económica en los despidos objetivos, se exige que la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas alcance los tres trimestres consecutivos)⁸³.

El principal conflicto en torno a esta nueva regulación aparece cuando no se logra que el período de consultas termine con un acuerdo, complicándose excesivamente el procedimiento. En este supuesto, cualquiera de las partes negociadoras podrá acudir a la comisión paritaria del convenio, que deberá pronunciarse acerca de la discrepancia en un plazo máximo de 7 días desde que le haya sido planteada la misma. Si no se le llega a plantear el conflicto a esta comisión paritaria, o si ésta no alcanza un acuerdo, las partes tendrán que recurrir a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico recogidos en el art. 83 ET, entre los que se incluye el compromiso de someter sus discrepancias a un arbitraje vinculante, teniendo el laudo arbitral la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas, y solo podrá recurrirse conforme a lo establecido en el art. 91 ET.

No obstante, cabe someter la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, como último recurso, en caso de no haber conseguido una solución por otras vías o no haberse podido aplicar los procedimientos anteriores. La CCNCC podrá actuar cuando la inaplicación de condiciones de trabajo afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma; en los demás casos, tendrá que acudir a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas –los cuales no están presentes en todas las CCAA, asumiendo provisionalmente la competencia la mencionada CCNCC—. La decisión, que podrá ser adoptada –en el plazo máximo de 25 días— desde esos propios organismos públicos o por un árbitro designado por ellos a tal efecto, tendrá la misma eficacia del acuerdo alcanzado en el período de consultas y, por tanto,

⁸³ Señala GALA DURÁN, C., que «es posible que ese acercamiento causal al artículo 51 se deba a que la inaplicación de determinadas condiciones del convenio colectivo se ve en mayor medida como una vía previa a la del despido colectivo y que puede servir para el mantenimiento del empleo y, en consecuencia, para evitar –o retrasar– el recurso a aquél», en: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012», *op. cit.*, p. 6.

sólo podrá recurrirse conforme al procedimiento del art. 91 ET (según este precepto, sólo es posible el recurso contra el laudo arbitral si no se han respetado los requisitos y las exigencias formales previstas, o si el laudo ha resuelto acerca de puntos no sometidos a su decisión, limitándose así considerablemente las posibilidades de impugnación).

A lo anterior se añade que cabe plantearse la posible inconstitucionalidad de la imposición del sometimiento a un arbitraje realizado por un organismo de la Administración, que decidirá sobre lo acordado en un convenio colectivo estatutario que fue negociado al amparo del art. 37.1 de la Constitución (que establece el derecho a la negociación colectiva, en relación a su vez con el art. 28.1 CE relativo a la libertad sindical)⁸⁴.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16.7.2014 ha considerado que no existe tal inconstitucionalidad, por no quebrantar el derecho a la negociación colectiva ni a la tutela judicial efectiva. Dicha sentencia, además de recordar que el derecho del art. 37 CE no es absoluto, argumenta que la obligatoriedad del arbitraje atiende al derecho al trabajo (art. 35.1 CE), los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad y de realizar una política orientada al pleno empleo (artículos 38 y 40.1 CE, respectivamente), «ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España»; asimismo, considera que la medida cumple el juicio de razonabilidad y proporcionalidad. A pesar de ello, lo anterior «no impide concluir que, tras la reforma laboral de 2012, los convenios colectivos estatutarios han perdido fuerza vinculante pues, además de por acuerdo entre las partes legitimadas para su negociación o a causa de un procedimiento autocompositivo, pueden ser modificados a través de un arbitraje institucional obligatorio. Otra cosa –eso es lo que en el fondo ha decidido mayoritariamente el TC– es que esa pérdida de fuerza se considere legítima constitucionalmente».⁸⁵

6. VÍAS DE REACCIÓN

El elenco de posibilidades de respuesta por parte del trabajador afectado por una decisión unilateral de una alteración sustancial de sus condiciones de trabajo ha permanecido, hasta la actualidad, prácticamente idéntico al de la regulación de 1994, existiendo, independientemente de su calificación como individual o colectiva, las siguientes vías de reacción: el simple acatamiento u aceptación, la aceptación y una posterior impugnación

⁸⁴ GALA DURÁN, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo...», *op. cit.*, pp. 62-63.

⁸⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 11.

judicial de la decisión empresarial y la rescisión indemnizada del contrato (en caso de haberle ocasionado un perjuicio); asimismo, en el caso de haber sufrido una modificación colectiva, las partes legitimadas tienen a su disposición (además del ejercicio de una acción judicial individual) la posibilidad de realizar una reclamación en un proceso de conflicto colectivo. A continuación nos centraremos en el estudio de las acciones individuales de que dispone el trabajador, cuando el empresario le impone unilateralmente una modificación sustancial:

6.1. Aceptación de la modificación

En primer lugar, una de las vías por las que puede optar el trabajador que soporta una modificación sustancial es acatar la decisión empresarial, mostrando su conformidad y, por tanto, adaptándose a sus nuevas condiciones laborales (lo cual se entiende que no supone que produzca una novación del contrato, sino solo la aceptación de tales cambios), en cuyo caso no está previsto ningún tipo de indemnización o compensación de daños y perjuicios, si bien cabe un posible pacto.

Esta vía no aparece recogida expresamente en la ley, si bien se infiere del no ejercicio por parte del trabajador de las otras alternativas de que dispone (esto es, impugnación judicial o rescisión contractual) una vez transcurridos los breves plazos establecidos para ello, lo cual permite considerar el aquietamiento ante las modificaciones producidas.

Se trata de una actuación individual del trabajador, la cual no guarda relación alguna con la que sigan los representantes de los trabajadores. «El aquietamiento individual del trabajador sólo implica la renuncia de este último a sus posibles vías de reacción, sin que en ningún caso queden limitadas las facultades que el legislador reconoce a los representantes de los trabajadores para actuar contra las modificaciones operadas»⁸⁶.

Tras la aceptación individual, que supone que el trabajador no desea finalizar la relación contractual, se abre la vía de la impugnación judicial de la modificación, sobre la cual trataremos en el epígrafe tercero del presente capítulo.

6.2. Rescisión del contrato

Esta posibilidad de rescindir el contrato a instancia del trabajador con derecho a obtener una indemnización, cuando no está conforme con la decisión unilateral del empresario, ya se contemplaba en la regulación de 1994, siendo la cuantía de dicha

⁸⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art. 41 del ET», *op. cit.*, p. 169, *cit. pos.* TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Revista Actualidad Laboral*, *op. cit.*, p. 12.

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, siempre y cuando se hubiere producido un perjuicio para el trabajador afectado por la medida modificativa, sin necesidad de acreditar el cumplimiento de ningún otro requisito.

En lo relativo a las materias que dan derecho a la indemnización, desde la reforma de la Ley 3/2012, la cual amplió la lista de materias, puede obtenerse la cuantía económica para los casos en que la medida de flexibilidad interna afecte, además de a la jornada, el horario o el régimen de trabajo a turnos —que ya se recogían en los anteriores marcos normativos—, al sistema de remuneración, cuantía salarial y funciones cuyas alteraciones sustanciales sobrepasen los límites previstos para la movilidad funcional.

Aunque la Ley nada establece acerca de la forma requerida para ejercer esta facultad, debe entenderse que ha de ser expresa, con el fin de que el empresario pueda conocer la decisión del trabajador y reaccionar ante sus posibles consecuencias; el ET tampoco establece exigencia de preaviso alguno. No obstante, parece conveniente exigir la forma escrita para realizar la notificación al empresario, a efectos probatorios.

En un principio, se establece que las modificaciones sustanciales de las materias indicadas constituyen «presupuestos habilitantes para —sin necesidad de acreditar ninguna otra exigencia— la rescisión del contrato de trabajo a instancia del trabajador con el derecho a percibir una indemnización»⁸⁷; no obstante, y a pesar de ello, la jurisprudencia ha señalado, en cuanto a esta facultad rescisoria del trabajador:

«a) Que no es dable establecer una presunción *iuris tantum* de perjuicio para el trabajador en todo caso de modificación sustancial, debiendo ser acreditado —STS de 18.3.1996 (R.º -u.d.- 2468/1995)—. No se limita el contenido de dicho perjuicio causado al trabajador, pero no puede considerarse que cualquier cambio provoque dicho perjuicio, por lo que es necesario acreditar el mismo «de forma real con cierta consideración» (como ya hemos comentado anteriormente, en el epígrafe dedicado a los cambios provenientes de la reforma legislativa), debiendo ser valorados «elementos como su cuantía, las responsabilidades familiares que tenga a su cargo el trabajador, el pago de vivienda, los ingresos familiares totales, el lugar de residencia, etc.»⁸⁸, de modo que se considera que existe un perjuicio en situaciones excepcionales, apreciándolo la jurisprudencia cuando la decisión empresarial dificulte la convivencia familiar o el cuidado de hijos y padres, cuando dificulte

⁸⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 8.

⁸⁸ GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012...», *op. cit.*, p. 3.

el pluriempleo que viniera realizando, cuando cause perjuicios económicos por incremento de gastos...⁸⁹. Pese a lo anterior, parece que debe reconocerse al trabajador esta facultad de forma general, ya que el propio hecho de sufrir una modificación sustancial justificaría esta opción, al verse alteradas unilateralmente (y desde la parte fuerte del contrato, el empresario) las condiciones en que el trabajador y el empresario concertaron el contrato mediante un mutuo acuerdo⁹⁰. Esta interpretación también la comparte gran parte de la doctrina, especialmente respecto a la alteración sustancial de la cuantía salarial, independientemente del importe modificado, ya que dicha alteración se produce en un elemento esencial del contrato de trabajo⁹¹, por lo que la modificación sustancial de la cuantía salarial siempre implicará un perjuicio para el trabajador.

«b) Que la facultad rescisoria se puede ejercitar aún sin un previo pronunciamiento judicial –STS de 21.12.1999 (R.º -u.d.- 719/1999)–». A pesar de esto (y de que la facultad rescisoria encuentra su fundamento, como hemos indicado, en el incumplimiento por parte del empresario de lo pactado con el trabajador, independientemente de la acreditación del perjuicio), surge un conflicto cuando el empresario no acepta tal renuncia, o, aun aceptándola, no satisface el pago de la indemnización, no abona la cantidad debida o lo hace de forma incorrecta. En todos estos supuestos, la rescisión contractual terminará, indefectiblemente (si bien de forma indirecta), convirtiéndose en judicial y el trabajador estará obligado a continuar en su puesto de trabajo cumpliendo con la modificación realizada hasta que exista un pronunciamiento judicial al respecto, ya que, «si dejara de trabajar en el ínterin y posteriormente el juez estimara que no existe perjuicio genérico lo suficientemente grave para aplicar la rescisión, la empresa podría sancionar o incluso despedir al trabajador por ausencias injustificadas»⁹².

Por otro lado, tanto si se trata de una modificación de carácter individual como de una colectiva –y, dentro de esta última categoría, incluso si la decisión proviene de un acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores—, el trabajador tiene esta posibilidad de acudir a la extinción del contrato indemnizada.

⁸⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 12.

⁹⁰ MORALES ORTEGA, J.M.: «Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción», *op. cit.*, pp. 424 y ss, *cit. pos.* ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 16.

⁹¹ GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012...», *op. cit.*, p. 3.

⁹² TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 12.

«c) Que no es aplicable al ejercicio de la facultad rescisoria la caducidad de 20 días – STS de 29.10.2012 (R.º -u.d.- 3851/2011) →»⁹³. Respecto al plazo para poder efectuar la extinción contractual, parte de la doctrina entiende que es aplicable el plazo general de que dispone el trabajador para reaccionar seleccionando la vía que considere oportuna (aceptación, extinción del contrato o impugnación judicial), lo que puede ocasionar ciertos conflictos, especialmente respecto a la brevedad del plazo desde la notificación de la decisión modificativa, el cual ha ido disminuyendo con las sucesivas reformas⁹⁴.

Resulta llamativa la exigencia de resolución judicial para poder optar por esta vía cuando se alega justa causa de extinción del contrato *ex art. 50 ET*, estando obligado, por tanto, el trabajador a continuar cumpliendo con sus obligaciones laborales en su puesto de trabajo hasta que se resuelva judicialmente el asunto (sólo se admite, a modo de excepción, la suspensión del contrato «cuando se pone de manifiesto que la convivencia laboral es imposible o la modificación es una carga excesivamente onerosa»)⁹⁵, lo cual no parece muy lógico si tenemos en cuenta que en estos casos se alega un menoscabo de los derechos fundamentales del trabajador o que se haya atentado contra su dignidad, mientras que con el perjuicio general se produce de forma automática dicha extinción contractual, de acuerdo con el art. 41.3 ET⁹⁶. En este caso, si la sentencia es estimatoria de la pretensión del trabajador, éste tendrá derecho a obtener una indemnización de 33 días por años con un máximo de 24 mensualidades, como si fuera un despido improcedente, y dispondrá del plazo de prescripción de un año (art. 59.1 ET), a contar desde el momento en que se haya efectuado la notificación y el trabajador sufra el perjuicio específico. En este caso, la resolución judicial tiene efectos constitutivos y no declarativos y, hasta que no sea de carácter firme, subsiste el vínculo contractual.

Como hemos señalado, solo podrá suspenderse la relación laboral una vez instada la resolución judicial en casos excepcionales, en situaciones en que se ponga de manifiesto de forma notoria la imposibilidad de la convivencia laboral o que supongan una carga excesivamente onerosa para el trabajador (v. gr. casos de acoso). Pero, obviamente, será la

⁹³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 8.

⁹⁴ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 15.

⁹⁵ ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación...», *op. cit.*, p. 16.

⁹⁶ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 67, *cit. pos.* ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *op. cit.*, p. 16.

propia sentencia de instancia la que determine el carácter de excepcionalidad del supuesto, que puede confirmar tal situación o negarla y, en este último caso, las ausencias del trabajador serían injustificadas, de modo que la empresa podría sancionarlas e incluso despedir al trabajador. Por esta razón, se aconseja al trabajador «seguir en el puesto de trabajo hasta que recaiga la sentencia de instancia confirmando el carácter de excepcionalidad del supuesto y autorizando al trabajador a dejar de trabajar, aquí ya de forma justificada durante el tiempo que dure los posibles recursos interpuestos por la empresa. De lo contrario, de ser esto completamente imposible, debido a situaciones muy graves, como acoso sexual o psicológico, que pongan en peligro la salud del trabajador, tanto física como psicológica, lo más aconsejable sería coger una baja por IT por la situación insostenible que se vive en la empresa hasta que recaiga la sentencia de instancia dándole la razón, en su caso»⁹⁷.

6.3. Impugnación judicial

6.3.1. Interposición de la demanda

Esta acción exige el previo cumplimiento u obediencia de la decisión empresarial, sin *Ius resistantiae*, puesto que los trabajadores no poseen, *a priori*, facultad de decisión acerca de la legalidad o ilegalidad de la imposición de la medida de alteración sustancial de condiciones de trabajo y de negativa a su cumplimiento por apreciar subjetivamente que la misma no cumple con las exigencias del art. 41 ET. Por tanto, el trabajador, en caso de estar disconforme y no optar por rescindir el contrato, debe acatar la orden del empresario y, posteriormente, impugnarla ante la jurisdicción competente, que será quien decida acerca de la legitimidad o no de la misma. No se trata de una actuación compatible con la extinción previa del contrato pues, como ya hemos apuntado, es una opción dirigida a continuar con la relación contractual. Por esta razón, lo contrario resultaría incongruente con la finalidad de una y otra vía de reacción, si bien, por otro lado, esto no supone que rescisión e impugnación sean alternativas y excluyentes siempre, pues existiría la posibilidad de decidir extinguir el contrato con indemnización tras la resolución judicial derivada de la impugnación, siempre y cuando esta última no hubiera declarado que la medida empresarial es injustificada o nula, ya que la ejecución del fallo, en ese caso, haría desaparecer el perjuicio alegado que permite al trabajador extinguir su contrato⁹⁸. La Ley 36/2011, reguladora de jurisdicción social, así lo reconoce expresamente en su artículo 138.7, concediéndole al

⁹⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial...», *op. cit.*, p. 13.

⁹⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial...», *op. cit.*, p. 14.

trabajador el plazo de quince días, tanto en modificaciones individuales como colectivas (y, dentro de estas últimas, incluso si proviene de un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores).

En lo que respecta al procedimiento de la impugnación judicial de la decisión de modificación sustancial, el trabajador afectado deberá presentar la demanda en el plazo de caducidad de veinte días hábiles, a contar desde la fecha de la notificación por escrito de la medida, siendo indiferente que se haya cumplido o no con la exigencia de sustanciación del período de consultas. La legitimación pasiva corresponde al empresario que efectuó la modificación sustancial, y a los trabajadores que tengan asignada ciertas preferencias cuando la controversia trate sobre ello. También se demandará, por exigencia legal, a los representantes de los trabajadores cuando hayan prestado su conformidad con la medida empresarial (en el caso de modificación sustancial, traslados o reducciones de jornada colectivas).

6.3.2. Tramitación

En cuanto a la tramitación de este procedimiento, es una novedad de la mencionada LJS la posibilidad de que el órgano jurisdiccional recabe un informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (aunque antes podía solicitarse dicho informe como diligencia final), remitiéndole copia de la demanda y documentación pertinente —tal y como establece el art. 138.3 de la LJS— referido a los determinados hechos alegados por el empresario para justificar su decisión en consideración a la alteración sustancial adoptada y el resto de circunstancias y situaciones que concurran⁹⁹.

Este procedimiento goza de urgencia y tramitación preferente (dados los cortos plazos, tanto para realizar la impugnación como para dictar y ejecutar el fallo¹⁰⁰), razón por la cual existe expresa prohibición de acumulación a otras acciones en un mismo proceso, ni siquiera mediante reconvención. Así lo regula el art. 26.1 LJS, aunque se aprecia, claramente,

⁹⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 16; GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)», *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁰ El art. 138 Ley de Jurisdicción Social (publicada en BOE núm. 245, de 11/10/2011) dispone: «5. *El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda, de no haberse recabado el informe previsto en el apartado 3 de este artículo.* 6. *La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto (...).*».

un lapsus del legislador de la Ley 3/2012, al no incluir en esta prohibición la reducción de jornada y la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas, etc.¹⁰¹

Por otra parte, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, redujo estos plazos para agilizar este proceso respecto de los existentes bajo la anterior regulación (Ley de Procedimiento Laboral, de 1995) y suprimió el requisito de conciliación laboral previa; por su parte, el nuevo art. 138 LJS de 2011 aumentó el ámbito de aplicación del precepto, extendiendo las posibilidades de acudir a este proceso especial a cualquier tipo de alteración de las condiciones de trabajo y no sólo a la realizada mediante las vías formales contenidas en el art. 41 ET (mientras que, anteriormente, cuando no se seguía lo fijado en el art. 41 ET, se aplicaba la modalidad procesal ordinaria). Y la reforma de 2012 también amplía los supuestos en que se sigue este procedimiento especial para la impugnación de medidas de flexibilidad interna (reducción de jornada, suspensión del contrato, etc.)¹⁰². Ello significa que se amplían los casos en que se utiliza este procedimiento especial, aplicándose en todos ellos el indicado plazo de caducidad de veinte días para la impugnación (en el proceso ordinario el plazo es el de prescripción de un año).

No obstante, ya que el plazo de caducidad empezará una vez realizada la notificación por escrito, no comenzará el cómputo del mismo para ejercitar la acción impugnatoria hasta que se realice la notificación, tal y como indica el art. 59.4 ET, y de lo dispuesto en este precepto se desprende que, de no tener lugar la notificación de la medida empresarial en los términos previstos en los arts. 40, 41 o 47 ET, el plazo para ejercitar la acción será de un año desde que se ha adoptado efectivamente la decisión de modificación sustancial¹⁰³. Surge en torno a este asunto —el hecho de que no se iniciará el cómputo del plazo para impugnar hasta que se produzca la comunicación por escrito— la cuestión de si dicha notificación ha de efectuarse tanto al trabajador como a los representantes de los trabajadores, o si solo es necesaria la comunicación a uno de estos sujetos: mientras que en el art. 138.1 LJS se establece 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 o a sus representantes» (siendo, por tanto, suficiente la notificación a uno u otro sujeto, indistintamente), el art. 41 ET dispone que la comunicación escrita ha de efectuarse «al trabajador afectado y a sus representantes» y, por su parte, el art. 59.4 ET indica que el plazo

¹⁰¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 16.

¹⁰² ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación...», *op. cit.*, p. 15.

¹⁰³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 16.

«se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso del periodo de consultas». Tales discordancias entre unos preceptos y otros lleva a plantearse a qué sujetos deberá dirigirse la notificación empresarial respetando el procedimiento legalmente previsto. No obstante, atendiendo a que con el concepto de caducidad se trata de evitar la imprecisión de ciertas relaciones jurídicas, y al tenor literal del precepto regulador de la prescripción y caducidad de las acciones (el art. 59.4 del ET), algunos autores concluyen que la notificación realizada al trabajador afectado determinará el comienzo del cómputo del plazo de caducidad de la acción impugnatoria, a pesar de que, en opinión de otros «una notificación efectuada sólo al trabajador impide el control de la decisión empresarial por parte de los representantes –que podrían instar, por ejemplo, la declaración judicial de nulidad de la decisión empresarial por superar los umbrales numéricos del art. 41.2 del ET, obstaculizando el derecho de información de los representantes de los trabajadores y el ejercicio de su función de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral previstos en el art. 64 del ET»¹⁰⁴. Por tanto, la notificación que solo se realice a los representantes de los trabajadores no determinará el *dies a quo* del referido plazo de caducidad, puesto que ello dificultaría notablemente la capacidad de reacción de los trabajadores afectados por la decisión del empresario, que podrían verse desprovistos del derecho de plantear una acción contra la misma por haberse producido el transcurso del referido plazo de veinte días. Los tribunales han resuelto que la notificación expresa de la decisión empresarial habrá de dirigirse tanto a los trabajadores individuales como a sus representantes legales, para que pueda comenzar el cómputo del referido plazo de caducidad de la acción impugnatoria. Así lo han determinado sentencias como la STS de 16.2.2016 (Rec. 289/2014), que a su vez cita a la STS 9.12.2013: argumenta el Tribunal que la previsión expresa del art. 41.3 ET para las modificaciones individuales, donde se exige la notificación formal tanto a los trabajadores como a sus representantes, no excluye esa misma exigencia para el caso de las modificaciones colectivas, «sino tan solo que aquéllas, precisamente por ser individuales, deben igualmente ser comunicadas individualmente». Seguidamente, interpreta el TS que el apartado 5 del art. 41 ET, sigue esa misma línea: «... cuando expresamente prevé que “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 (...)”, de lo que se infiere expresamente la exigencia de notificación tras agotar el período de consultas, no planteándose ahora si ha de ser o no individual y sin que de la dicción literal del precepto en ese punto se pueda deducir que se excluya a la

¹⁰⁴ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de...», *op. cit.*, p. 56.

representación legal de los trabajadores sino que al hablar de “trabajadores” se incluye también a sus propios representantes, por ostentar asimismo aquella condición laboral, comenzando el cómputo en cuestión desde la notificación a quienes, como tales afectados, estén legitimados para ejercitar la acción judicial correspondiente».

Es preciso señalar que el incumplimiento de alguna exigencia formal, lo que incluye la omisión de la notificación por escrito al trabajador afectado o a sus representantes, no supondrá que se invalide la decisión de la medida de modificación sustancial (es decir, no se declarará injustificada por tal motivo), de acuerdo con los arts. 138 LJS y 41.3 ET, aunque así lo entendieran resoluciones judiciales anteriores¹⁰⁵. En todo caso, en el art. 7.6 de la LISOS se establece que será infracción grave la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario sin acudir al procedimiento previsto en el art. 41 del ET, y por ello podrá sancionarse pecuniariamente a la empresa conforme al art. 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) –que prevé una multa que oscila entre los 626 € y los 6250 €-¹⁰⁶.

Por otra parte, es reseñable que en este proceso especial no es posible recurrir en suplicación, por lo que esta extensión del ámbito del proceso especial reduce considerablemente ciertas garantías procedimentales del trabajador.

En caso de iniciarse un proceso de impugnación colectiva, se suspenderá la individual hasta la resolución de aquélla, cuya eficacia, cuando devenga firme, será de cosa juzgada sobre el proceso individual, tal y como señala el art. 160.3 LJS. Sin embargo, un eventual acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores alcanzado una vez empezado el proceso judicial, no paralizará el trascurso del procedimiento, independientemente de que dicho acuerdo se obtuviese en un proceso colectivo o no.

Si en el proceso aparece otra materia que precise de un sometimiento a control judicial, el asunto deberá ser reenviado al procedimiento ordinario.

6.3.3. Resolución del proceso

El objeto del proceso que regula el art. 138 LJS se limita a declarar la medida empresarial como justificada o injustificada, en función de si han quedado acreditadas o no las causas y argumentos alegados por la empresa demandada; también podrá determinar la nulidad de la misma en los casos previstos legalmente de forma expresa. Al mismo tiempo

¹⁰⁵ *Vid.*, entre otras, STSJ de Navarra, de 2.7.2008 (rec. 154/2008) y 12.1.2011 (rec. 351/2010).

¹⁰⁶ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de...», *op. cit.*, p. 56.

se pronuncia, además, en lo referente a los criterios de preferencia utilizados para la selección de los trabajadores que soportarán las medidas.

En caso de que la resolución judicial declare justificada la modificación sustancial, se reconoce al trabajador el derecho a la extinción de su contrato en los supuestos establecidos en el art. 41.3 ET, el cual podrá ejercer en el plazo de quince días, obteniendo una indemnización de veinte días de salario por año trabajado prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Si el fallo declara injustificada la decisión empresarial, se reconocerá el derecho del trabajador a ser restituido en sus condiciones de trabajo previas y, además, a obtener la compensación que proceda en concepto de daños y perjuicios por el tiempo en que la decisión produjo efectos¹⁰⁷, lo cual es una novedad recogida en la LJS. Se plantea un significativo conflicto en torno a esta situación: «1) Por un lado, delimitar cómo acreditará la empresa la causa —principalmente económica (...)— que justifica la modificación sustancial de la cuantía salarial»¹⁰⁸ (al haberse omitido los condicionantes finalistas de la medida, se concede una mayor libertad al empresario y lleva implícita una menor carga probatoria cuando se procede a una reclamación o se produce un conflicto, «porque la fórmula tradicional se diluye, relajándose la carga de la prueba notablemente pues la competitividad, la productividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa»¹⁰⁹) y, «en correlación con ello, qué argumentos o factores ayudarán al Juez a adoptar una decisión sobre el carácter justificado o no de la decisión empresarial, especialmente, cuando la razón principal que fundamenta esa decisión es ganar competitividad recortando costes salariales (¿qué valorará en este caso el Juez y cómo lo hará?, ¿podría exigir una reducción equivalente en las horas de trabajo?)». Se puede deducir que el Juez llevará a cabo un juicio de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la medida adoptada por el empresario y posteriormente, a la vista de los hechos concretos, se pronunciará acerca de la existencia de la causa justificativa, en base a la competencia que se le encomienda. Además, es probable que la aplicación en la práctica de esta opción de modificación de la cuantía salarial con fines relacionados con la competitividad o la productividad sea limitada, debido a los interrogantes que surgen en cuanto al alcance del control judicial pertinente, pues, en caso de que los tribunales no consideren legítima esta

¹⁰⁷ GALA DURÁN, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo...», *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁸ GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos...», *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁹ «En opinión de Sempere Navarro y Martín Jiménez, la omisión de los condicionantes teleológicos de la medida implica otorgar a la empresa una mayor libertad e implícitamente supone una menor carga probatoria...», GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012...», *op. cit.*, p. 10.

actuación empresarial para cumplir los objetivos señalados, es bastante probable que las empresas muestren reticencia respecto a la utilización de esta vía modificativa, salvo en situaciones excepcionales.

La calificación de nula se reserva para los casos en que existan determinados fallos formales (incumpliendo las exigencias del período de consultas que recoge el art. 41.4 del ET, para las modificaciones sustanciales), o bien cuando se realice la modificación produciendo una discriminación prevista en la Constitución o en la Ley al trabajador —esto es otra novedad introducida por la nueva LJS—, o cuando se vulnere algún derecho fundamental o libertad pública del trabajador, «incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108 de la LJS». Esto último significa que entran dentro del ámbito de protección de esta declaración de nulidad los siguientes supuestos:

- Cuando la medida afecte a trabajadores cuyo contrato se encuentra en suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere el art. 45.1.d) del ET, o cuando se notifique la medida empresarial en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice durante este período de protección.
- Cuando afecte a las trabajadoras embarazadas, desde el momento inicial del embarazo hasta que comience el ya mencionado período de suspensión, o a trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando un permiso —o una reducción de jornada— de los recogidos en los apartados 4 y 5 del art. 37 ET y en el art. 46.3 —relativo a las excedencias por cuidado de un hijo o familiar—, y a trabajadoras víctimas de violencia de género por ejercitar determinados derechos («de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores»).
- Cuando afecte a trabajadores tras haberse reincorporado a su puesto de trabajo después de finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, si no hubieren transcurrido más de nueve meses desde el acontecimiento del nacimiento, la adopción o el acogimiento del hijo.

Ante lo anterior cabe prueba en contrario, salvo si se determina la procedencia de la medida de reajuste empresarial por razones ajenas al embarazo o al ejercicio de los referidos derechos a los permisos y excedencias.

Contrariamente a lo que sucede con la calificación de injustificada de la decisión empresarial (esto es, improcedente), en la nulidad no se contempla expresamente en la ley el derecho al abono de una compensación económica por los daños y perjuicios eventualmente ocasionados al trabajador mientras la decisión produjo efectos. Este problema se solventa mediante el derecho tutela indemnizatoria reconocido en el art. 183 LJS en los casos en que ha existido una conculcación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, aunque debe interpretarse que se puede solicitar la mencionada indemnización también en el resto de los casos, pues, de lo contrario, la tutela de la improcedencia resultaría, absurdamente, más amparadora que la propia tutela de la nulidad¹¹⁰.

6.3.4. Recursos

No procederá recurso ulterior alguno contra la sentencia dictada respecto a una modificación sustancial de las reguladas en el art. 41 del ET, excepto cuando la misma tenga carácter colectivo conforme al apartado segundo del mismo precepto. Resulta llamativo que no se reconozca la posibilidad de interponer este recurso aun cuando, mediante la acumulación de acciones se reclamase el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la alteración sustancial durante el tiempo que la misma produjo efectos, la cuantía de la acción impugnatoria superase el límite cuantitativo que el art. 191 LJS prevé para poder recurrir en suplicación. Además, teniendo en cuenta que, en cuanto a la movilidad funcional, en similares supuestos sí se podría hacer uso este recurso (art. 191.2.e) LJS), una interpretación lógica debiera dirigirse a la recurribilidad.

Surge otra cuestión en cuanto a la posibilidad de plantear el recurso cuando en el proceso se han acumulado pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador conforme a lo contemplado en el art. 184 LJS: a pesar de que una interpretación literal de los arts. 26.2, 178.2 y 184 LJS nos llevaría a no considerar el derecho al recurso, realizando una interpretación sistemática y finalista de dichos preceptos, se podría llegar a la conclusión de que debe aceptarse esta posibilidad de recurrir el fallo del órgano jurisdiccional, considerando que, en los casos en que se pretende obtener la tutela de los derechos fundamentales en procesos impugnatorios de medidas empresariales de flexibilidad

¹¹⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, pp. 16-17.

interna, es posible acumular la protección que otorgan ambas modalidades procesales especiales¹¹¹.

6.3.5. Ejecución del fallo

La sentencia dictada será inmediatamente ejecutiva y, si el empresario no reintegrare al trabajador en sus condiciones de trabajo previas o lo hiciere de manera irregular cuando se hubiere declarado injustificada la medida de alteración sustancial de una condición de trabajo, el trabajador podrá exigir ante el Juzgado de lo Social que se proceda a ejecutar el fallo y, además, la extinción de su contrato de trabajo por causa justa prevista en el art. 50.1.c) ET, en los términos previstos en los arts. 279, 280 y 281 de la LJS.

Hay autores que consideran que en este punto «persiste un problema ya existente con la regulación anterior: cuando la sentencia declara injustificada la modificación de la cuantía salarial y el empresario no procede a reintegrar al trabajador en la situación anterior o lo hace de forma irregular, éste puede solicitar, conforme al art. 138.8 LRJS, la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por la vía del art. 50.1.c) ET, lo que implica, de hecho, acabar despedido, y tras el RDL, con una indemnización de importe inferior». Este precepto debe reinterpretarse en el sentido de que el trabajador puede solicitar su readmisión en las condiciones salariales anteriores «o» (no «y») pedir la rescisión de su contrato por la vía del art. 50.1.c) ET»¹¹².

Cuando la sentencia declare la nulidad de la decisión empresarial, su ejecución será efectuada sus propios términos, excepto si el trabajador solicita la ejecución contemplada en el párrafo anterior, en cuyo caso se aplicarán los mismos plazos (la ley no especifica el modo en que se ejecutará la sentencia en sus propios términos, aunque es entendible que serán de aplicación los artículos 282, 283 y 284 de la LJS)¹¹³.

Por último, hay que reseñar que en las modificaciones colectivas los trabajadores disponen, además de todas las acciones de ejercicio individual ya descritas, de la reclamación en conflicto colectivo, en los términos previstos en el art. 153 LJS.

¹¹¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 18.

¹¹² GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012...», *op. cit.*, p. 3.

¹¹³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *op. cit.*, p. 18

7. CONCLUSIONES FINALES

Como ya hemos visto a lo largo de este estudio, la modificación sustancial de condiciones de trabajo se trata de un concepto jurídico indeterminado y su regulación también resulta imprecisa, por lo que resulta necesario acudir a la jurisprudencia para dilucidar qué se entiende por modificación sustancial, distinguiendo los casos en que la actuación del empresario entra dentro del ámbito del *ius variandi* empresarial de aquellos en los que se excede de esa competencia de la dirección de la empresa.

Finalmente, el estudio realizado acerca de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y, en especial, su regulación desde las más recientes reformas y su aplicación en la práctica, nos permite llegar a algunas conclusiones:

1) Es criticable la perspectiva desde la que el legislador decidió emprender la reforma del RDL 3/2012, puesto que –a pesar de lo reconocido en la Exposición de Motivos— no parece haber tenido muy en cuenta el tamaño de las empresas españolas –predominan las pequeñas y medianas empresas—, al menos en lo relativo a la protección de los derechos de los trabajadores, puesto que se permite que en aquellas empresas de menor tamaño se efectúen medidas modificativas individuales pluralmente, de forma unilateral, sin que los trabajadores tengan la posibilidad de acceder a ningún tipo de negociación de sus nuevas condiciones de trabajo.

2) La ampliación de los poderes directivos del empresario, así como la eliminación de las exigencias finalistas para apreciar que concurren la causas justificativas, han influido en la valoración judicial a la hora de apreciar si concurren dichas causas –pues los criterios ahora son más difusos— y si superan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad, pues ahora no será necesario alegar unas pérdidas concretas en la empresa para poder aplicar una medida de modificación sustancial, suavizándose notablemente las exigencias para poder interpretarse que concurren dichas causas. Esto termina disuadiendo a los trabajadores de acudir a la impugnación judicial cuando se ven afectados por estas medidas. Resulta especialmente controvertida la alegación de la causa económica que tiene por finalidad mejorar la ventaja competitiva de la empresa, por cuanto puede entenderse incluso que con la aplicación de estas medidas justificada en esta causa, se traslada parte del riesgo empresarial al trabajador. De esta forma, podría llegarse a utilizar la disminución del salario de los trabajadores como un instrumento de competencia entre las empresas, mediante el aumento de la competitividad o del nivel de productividad que se consigue aplicando dicha medida modificativa.

3) A la vista de la imprecisión que presenta el concepto de modificación sustancial, al igual que sus causas justificativas (lo que obliga a acudir a un análisis individualizado de cada caso concreto, generando cierta inseguridad jurídica), sería conveniente una regulación más exhaustiva, que tratase de delimitar con mayor claridad cuándo el empresario actúa dentro del poder de dirección y cuándo está ejerciendo una modificación sustancial, pues es probable que una mayor claridad legal también animase a los empresarios a optar por esta vía más a menudo, en lugar de elegir otras medidas más drásticas ante las dificultades económicas. En particular, la vía extintiva (despidos) sigue siendo la opción más utilizada. Personalmente, considero que quizá podría ayudarse el legislador de la abultada jurisprudencia en este ámbito, al menos para establecer unos mínimos o ciertos límites. Además, respecto a la modificación sustancial de una cuestión tan esencial como es la cuantía salarial (que constituye para el trabajador la razón de ser del vínculo laboral), resulta absolutamente necesaria una normativa más estricta y precisa, para evitar que se vean excesivamente minorados los derechos de los trabajadores, que terminan en una posición de indefensión e inseguridad ante los poderes cada vez más amplios del empresario.

4) Además, debido a la imprecisa regulación y al mencionado aumento de las facultades del empresario, se llega a afirmar que los jueces pueden llegar a ejercer cierta función creadora de derecho, la cual no les corresponde, actuando en numerosas ocasiones como limitadores ante posibles excesos por parte del empresario —quien, probablemente, considere que actúa dentro de la legalidad aun cometiendo dichos excesos— .

5) No parece razonable, desde una perspectiva lógica, que el legislador trate de promover la flexibilidad interna a la vez que facilita la externa, puesto que decidió rebajar cuantiosamente la indemnización a pagar al trabajador en los despidos improcedentes, de 45 días de salario por año de servicio a 33 días. Por tanto, es entendible que quizá no se consiga el objetivo principal de la reforma legislativa, que pretende fomentar el recurso a las vías modificativas en lugar de a las traumáticas vías extintivas, o al menos este no parece el cauce adecuado para conseguirlo, máxime si tenemos en cuenta que tradicionalmente se ha hecho un uso desmesurado de la flexibilidad externa y muy poco de la denominada interna.

6) Por otro lado, la disminución de la cuantía de la indemnización cuando el trabajador afectado opta por la rescisión del contrato (pasando de ser de 45 días a 33 días por año trabajado), resulta más perjudicial para sus intereses.

7) En lo relativo a los procedimientos de modificaciones colectivas, así como los procesos de inaplicación del Convenio colectivo, la brevedad de los plazos para constituir la

comisión negociadora y desarrollar el período de consultas, también puede dificultar en ocasiones que se realice una efectiva protección de los intereses de los trabajadores.

En cuanto al estado actual del mercado laboral, la principal razón de que el mercado español no logre la deseada estabilidad, se podría decir que se encuentra en que la última gran reforma laboral —la emprendida en el año 2012— facilitó, como ya sabemos, el recurso a las vías extintivas con el mencionado abaratamiento del despido, lo cual dificulta que el mecanismo de modificaciones sustanciales sea tenido en cuenta seriamente a la hora de intentar mejorar la situación competitiva de la empresa. Lo anterior, unido al incremento del poder modificativo del empresario y de sus facultades de dirección en general, no hace sino dificultar la superación de la precariedad laboral.

Personalmente, considero inadmisibles una regulación laboral tan permisiva y protectora de los intereses empresariales, que ya de por sí gozan de una posición dominante en el contrato de trabajo, que a su vez disminuya los derechos de los —cada vez más indefensos— trabajadores. La normativa actual, que sigue la línea del neoliberalismo económico, parece olvidarse de los trabajadores como uno de los dos pilares básicos para que el sistema económico pueda sostenerse adecuadamente. Si se da una preferencia excesiva a los intereses de una de las dos partes, finalmente la que resulta perjudicada terminará, probablemente, incidiendo negativamente en el sistema productivo, al observarse en unas condiciones mucho más desfavorables que las de la contraparte, lo que induce a tener una visión más negativa de la situación laboral del país y unas bajas perspectivas, tanto en el plano personal como social. Por todo ello, sería de gran utilidad una exhaustiva reforma de la actual legislación que se adapte a las circunstancias actuales del mercado laboral, teniendo en cuenta los intereses, tanto de las empresas, como de los trabajadores.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALAMEDA CASTILLO, M.T. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 14, 2016.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

GALA DURÁN, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo como instrumentos de mantenimiento del empleo tras la reforma laboral de 2012», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 2012: Las reformas y el empleo*, Vol. 1, 2013.

GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 11, 2012.

LLOMPART BENNÀSSAR, M.: «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *Revista Temas Laborales*, núm. 122, 2013.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 11, 2014.

MOLINA NAVARRETE, C.: «No todo ahorro de costes laborales valida una modificación sustancial de condiciones: ¿normalización legislativa, excepcionalidad judicial? (comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 131/2014, de 15 de julio)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 379, 2014.

MORALES ORTEGA, J.M.: «Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 105, 2001.

PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C.: «La flexibilidad interna en la empresa», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2ª Edición, 2012.

POSE VIDAL, S.: «La aplicación judicial de la flexibilidad interna», *Diario La Ley*, núm. 8177, 2013.

REY GUANTER, S.: «La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 17, 2012.

REY GUANTER, S.: «Las medidas sobre flexibilidad interna en la ley 35/2010. Una aproximación inicial», *Revista Temas Laborales*, núm. 107, 2010.

RIVERO LAMAS, J.: «La flexibilidad del trabajo en España», contribución a *Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*, Sao Paulo: Ltr., 1998.

ROQUETA BUJ, R.: «La flexibilidad interna tras la reforma laboral», Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales», Granada: Comares, 2000.

SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», *Revista Temas Laborales*, núm. 115, 2012.

SANGUINETI RAYMOND, W.: «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes», en AA.VV., «Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012», Albacete: Bomarzo, 2012.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art. 41 del ET», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2009.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 21, 2012.

RECURSOS EXTRAÍDOS DE INTERNET:

DE HERRERA RUIZ, I.B.: «Modificación sustancial colectiva: es nula si no se comunica a los representantes de los trabajadores» [en línea]: Una mirada crítica a las relaciones laborales, 2018. Extraído de: <https://ignasibeltran.com/2018/04/24/modificacion-sustancial-colectiva-es-nula-si-no-se-comunica-a-los-representantes-de-los-trabajadores/> [Consulta: 2 jul. 2019].

IBERMUTUA: «Real Decreto-ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva» [en línea]. *Revista digital ON MUTUA*, 2011. Extraído de: <https://revista.ibermutua.es//noticias/real-decreto-ley-72011-de-medidas-urgentes-para-la-reforma-de-la-negociacion-colectiva/> [Consulta: 14 may. 2019].

RODRÍGUEZ-PATIÑO, B.: «Contractualización de las condiciones al terminar la ultraactividad del convenio colectivo» [en línea]. Consejo General de la Abogacía Española, 2015. Extraído de: <https://www.abogacia.es/2015/04/29/contractualizacion-de-las-condiciones-al-terminar-la-ultraactividad-del-convenio-colectivo/> [Consulta: 10 jul. 2019].

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: «Encuesta Anual Laboral 2017» [en línea], p. 2. Extraído de: http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/EAL/EAL2017/Resumen_EAL_2017.pdf [Consulta: 14 jul. 2019].

JURISPRUDENCIA:

- STS de 17.5.2005 (Rec. 2363/2004)
- STS de 10.10.2005 (Rec. 183/2004)
- STS de 26.4.2006 (Rec. 2076/2005)
- STS de 19.4.2012 (Rec. 526/2011)
- SAN de 28.5.2012 (Rec. 81/2012)
- STS de 20.1.2014 (Rec. 56/2013)
- STS de 22.1.2014 (Rec. 89/2013)
- STS de 27.1.2014 (Rec. 100/2013)
- STS de 25.3.2014 (Rec. 140/2013)
- STC de 16.7.2014 (Rec. 5603-2012)
- STS de 22.12.2014 (Rec. 264/2014)
- STS de 16.2.2016 (Rec. 289/2014)
- STS de 12.9.2016 (Rec. 246/2015)
- STS de 25.1.2017 (Rec. 2198/2015)
- SAN de 20.9.2018 (Rec. 173/2018)
- SAN de 3.4.2019 (Rec. 58/2019)
- SAN de 24.5.2019 (Rec. 57/2019)